

LA CORTE COSTITUZIONALE DECIDE SUL DIRITTO ALL’AFFETTIVITÀ DEI DETENUTI. TECNICHE DECISORIE E SOLUZIONI DI MERITO NELLA SENT. N. 10/2024*

di Alessia Follari**

Sommario. 1. Premessa: una recente occasione d’indagine su giudizio di costituzionalità e inerzia del legislatore. – 2. Affettività intramuraria e insufficienze del quadro normativo: un diritto negato. – 3. La sent. n. 10/2024 tra soluzioni di merito e discrezionalità del legislatore. – 4. Il futuro seguito applicativo: i margini di autoapplicazione della sentenza. – 5. Un esito differente dallo storico precedente d’inammissibilità: la valenza monitoria della sent. n. 301/2012. – 6. Il seguito legislativo tra tentativi approntati e occasioni mancate. – 7. Tecniche decisorie e soluzioni di merito: è la Corte che sceglie. Si consolida la tendenza a relativizzare la discrezionalità legislativa?

1. Premessa: una recente occasione d’indagine su giudizio di costituzionalità e inerzia del legislatore. Con la sent. n. 10/2024, la Corte costituzionale si è pronunciata sul «diritto all’affettività»¹ delle persone detenute, occupandosi nuovamente delle intollerabili insufficienze del diritto positivo: la disciplina sull’ordinamento penitenziario, infatti, non solo non prevede idonei strumenti legislativi ed esecutivi per garantirne l’effettività, ma – al contrario – presenta disposizioni ostative al suo esercizio e, pertanto, incompatibili con il dettato costituzionale.

Il principale punto di rottura con le garanzie costituzionali è da individuarsi nella «vigilanza continua» a cui sono sottoposti i colloqui dei detenuti con i propri cari, ai sensi dell’art. 18, c. 3, ord. pen.²: la permanente e incondizionata sorveglianza visiva da parte del personale carcerario impedisce una dimensione intima e privata degli incontri rendendosi, pertanto, inconciliabile con la piena e umana coltivazione delle relazioni affettive, nonché con il diritto alla sessualità e alla genitorialità del detenuto.

La Corte costituzionale ha accolto la sollecitazione del giudice rimettente ad adottare una pronuncia di natura additiva, censurando l’art. 18 ord. pen. nella parte in cui non prevedeva che la persona detenuta potesse essere ammessa, sia pure in presenza di certe condizioni, a svolgere colloqui con il coniuge, la parte dell’unione civile o la persona stabilmente convivente, senza l’imposizione del controllo a vista da parte del personale

* Sottoposto a referaggio.

** Dottoranda di ricerca in Diritto costituzionale – Università di Napoli Federico II.

¹ Sul tema del diritto all’affettività intramuraria, si v., *ex multis*, S. Talini, *L’affettività ristretta*, in *costituzionalismo.it*, 2, 2015; Id., *L’affettività ristretta* in M. Ruotolo, S. Talini (a cura di), *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2019; M. Ruotolo, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, 3, 2016; A. Pugiotto, *Della castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, in *Giurisprudenza Penale*, 2019; 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*, 4, 2022.

² L. n. 354/1975, *Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*.

di custodia.

Tale soluzione è arrivata a distanza di più di dieci anni dal precedente costituito dalla sent. n. 301/2012: in quel caso, la Corte aveva ritenuto inammissibile la questione su analogo oggetto, soprattutto allo scopo non infrangere il limite della discrezionalità legislativa, ritenendo di pronunciare un monito affinché il legislatore intervenisse per superare il *vulnus* di tutela; nel caso in esame, la Corte, dinanzi ad un monito inascoltato per lungo tempo, ha ritenuto sussistenti i presupposti per l'accoglimento della questione. A fronte di un legislatore che, pur avendo avuto molteplici occasioni di intervento sull'ordinamento penitenziario, non ha dato seguito alle indicazioni della Corte, si è parlato di un diritto costituzionalmente fondato eppure «castrato» dal nostro ordinamento penitenziario³, nonché del «dramma di una sessualità estirpata»⁴.

In questo contesto, il presente contributo si propone di indagare la tecnica decisoria adoperata e le soluzioni di merito adottate con la sent. n. 10/2024.

Una prima questione di rilievo concerne la qualificazione della pronuncia. A classificare la sentenza come «additiva di principio»⁵ è stata parte consistente della dottrina commentatrice⁶. Tale prospettazione appariva, in effetti, come la soluzione di accoglimento più rispettosa del limite della discrezionalità del legislatore, data la mancanza di «rime obbligate»⁷ e considerata anche la complessità delle questioni a cui fornire soluzione. La minuziosità dell'intervento additivo della Corte fornisce, però, argomenti per ritenere che la pronuncia in commento abbia espresso qualcosa in più di un «principio generalissimo»⁸.

La sentenza presenta, infatti, considerevoli motivi di interesse sul versante del processo costituzionale e sul ruolo assunto, tramite questo, dalla Corte costituzionale nella forma

³ Così, A. Pugiotto, *Della castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, cit., 17.

⁴ Così, S. Lo Giudice, *Sesso e affetti in carcere: ne vogliamo parlare?*, in *www.buffingtonpost.it*, 4 dicembre 2014.

⁵ La sentenza additiva di principio (anche detta «a dispositivo generico») presuppone l'esistenza di una pluralità di soluzioni discrezionali idonee a superare la lacuna incostituzionale: in questi casi, in assenza di «rime obbligate» (v. *infra*, nota n. 7), la Corte costituzionale è impossibilitata a pronunciare una sentenza additiva semplice. Pertanto, nell'attesa di un intervento del legislatore, pone un principio immediatamente cogente, a cui dovrà ispirarsi sia il legislatore nella costruzione della futura normativa, sia il giudice comune nell'individuazione della regola da applicare al caso concreto. Per un inquadramento di questa tipologia decisoria, si v. A. Anzon, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1992, 3199 ss.; G. Parodi, *Le sentenze additive di principio*, in *Foro Italiano*, 1998, 160-164; A. Ruggeri, A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2019, 198 ss.; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, 241 ss.

⁶ Cfr. 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 Online*, 1, 2024, 1; I. Giugni, *Diritto all'affettività delle persone detenute: la Corte costituzionale apre ai colloqui intimi in carcere*, in *Sistema Penale*, 2 febbraio 2024, ma l'A. rinviene, comunque, una concretizzazione del principio enunciato dalla Corte in «regole e criteri»; 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 febbraio 2024; P. Veronesi, *L'amore ai tempi delle catene: affettività e carcere secondo la sentenza n. 10 del 2024*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 1, 2024, ma l'A. ne sottolinea, comunque, il carattere «nient'affatto 'blando'» (22-23).

⁷ La costruzione delle «rime obbligate» di V. Crisafulli ha rappresentato una giustificazione teorica delle sentenze cd. manipolative: alle obiezioni di invasione della sfera di competenza degli organi legislativi mediante la creazione di diritto sostanziale, si è autorevolmente replicato che «se di creazione di nuovo diritto vuole parlarsi (ma non è), dovrà almeno aggiungersi, dunque, che si tratterebbe di una legislazione a rime obbligate. La Corte non inventa alcunché, ma estende o esplicita o specifica qualcosa che, seppure allo stato latente, era già compreso nel sistema normativo in vigore». Così, V. Crisafulli, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1976, 1707.

⁸ Espressione tratta da A. Anzon, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, cit., 3211; si v., in particolare, la nota n. 24 per i riferimenti alle posizioni di G. Zagrebelsky e G. M. Salerno.

di governo, poiché richiama certe tendenze – alcune antiche, altre più recenti – inerenti al suo rapporto con il legislatore: si fa riferimento alla storica preoccupazione per il «seguito»⁹ legislativo dei giudizi di legittimità, che ha indotto la Corte, sin dal principio del proprio funzionamento¹⁰, ma soprattutto a partire dagli anni Settanta¹¹, ad adoperarsi nella creazione di prassi e tecniche decisorie che le consentissero di governare l'«impatto»¹² del proprio intervento sull'ordinamento giuridico, fuori dalle strette maglie dall'alternativa accoglimento/rigetto in sua dotazione. Pertanto, dal punto di vista del processo costituzionale, occorre inquadrare la pronuncia nell'ambito delle strategie processuali di cui la Corte si è dotata per far fronte all'inerzia del legislatore, tra atteggiamenti di *self-restraint* e interventi «normativi»¹³ di vera e propria supplenza¹⁴, considerato che la sentenza additiva rappresenta un osservatorio efficace su queste dinamiche, poiché si trova «in rapporto di naturale tensione con la discrezionalità del legislatore, per il suo tipico effetto creativo»¹⁵.

La sentenza è meritevole di attenzione altresì quanto ai profili di carattere sostanziale: essa, infatti, si colloca nell'ambito del tema dei «nuovi diritti» costituzionali di emersione

⁹ Si v., *ex plurimis*, N. Assini, *Il seguito (legislativo) delle sentenze della Corte costituzionale in Parlamento*, in *Scritti sulla Giustizia costituzionale in onore di V. Crisafulli*, I, Padova, 1985; P. Falzea, *Aspetti problematici del seguito legislativo alle sentenze della Corte costituzionale*, in A. Ruggeri, G. Silvestri (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento: profili problematici e ricostruttivi*, Milano, 2000; S. Agosta, *L'attività legislativa consequenziale alle pronunzie della Corte costituzionale tra (antichi) pregiudizi e (rinnovate) prospettive di cooperazione istituzionale*, in A. Ruggeri (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza della costituzionale*, Napoli, 2006; R. Pinardi, *L'horror vacui nel giudizio sulle leggi. Prassi e tecniche decisionali utilizzate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, Milano, 2007.

¹⁰ Un primo monito rivolto al legislatore è stato espresso già con la sent. n. 1/1956, che ha inaugurato il funzionamento della Corte costituzionale. In quell'occasione si disse: «È quindi desiderabile che una materia così delicata sia presto regolata in modo soddisfacente con una disciplina adeguata alle nuove norme della Costituzione».

¹¹ In dottrina si è parlato di «svolta politica» della Corte costituzionale: così, S. Rodotà, *La «svolta politica» della Corte costituzionale*, in *Politica del diritto*, 1970, 37 ss.

Per un approfondimento sulle diverse tendenze assunte dalla Corte dinanzi agli andamenti della forma di governo nonché sulla possibilità di una loro classificazione, cfr. E. Cheli, *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, 1996, 35 ss.; Id., *Introduzione*, in P. Barile, E. Cheli, S. Grassi (a cura di), *Corte Costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982; C. Panzera, *Sentenze «normative» della Corte costituzionale e forma di governo*, in A. Ruggeri (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 499 ss.; F. Lanchester, *La Costituzione del 1948 e l'organo di garanzia esterno*, in *Il Politico*, 3, 2009, 51-66.

Con specifico riguardo al tema della politicità della Corte costituzionale, si v. A. Tesaurò, *Relazione della Commissione speciale nominata dal Presidente sul Disegno di legge approvato dal Senato della Repubblica nella seduta del 17 marzo 1949 «Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale»*, Camera dei deputati, Documenti – disegni di legge e relazioni, n. 469-A, 17 aprile 1950; T. Martines, (voce) *Indirizzo politico*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971, 161 ss.; S. Staiano, *Corte costituzionale e trasformazione del sistema politico*, in *Diritti di libertà e diritti sociali tra giudice costituzionale e giudice comune*. Atti del Convegno di Napoli e Pompei, 26-27 giugno 1997, Roma, 1998; A. Ruggeri, *Corte costituzionale e Parlamento tra aperture del «modello» e fluidità dell'esperienza*, in Id., G. Silvestri (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento: profili problematici e ricostruttivi*, Milano, 2000; R. Romboli, *La natura della Corte costituzionale alla luce della sua giurisprudenza più recente, relazione a Dalla giurisdizione come applicazione della legge alla giurisdizione come creazione del diritto*, in *Rivista AIC*, 19 settembre 2007; Id., *Le oscillazioni della Corte costituzionale tra l'anima «politica» e quella «giurisdizionale». Una tavola rotonda per ricordare Alessandro Pizzorusso ad un anno dalla sua scomparsa*, in *Rivista AIC*, 3, 2017.

¹² Anche nella sent. n. 10/2024, la Corte costituzionale ha dimostrato di interessarsi all'«impatto» della propria pronuncia: v. *infra*, nota n. 61.

¹³ Si v. G. Silvestri, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, 1684 ss.

¹⁴ V. *infra*, par. 7 per un'esposizione sulla più recente dottrina sul punto.

¹⁵ Così, S. Staiano, *Introduzione*, in M. Scudiero, S. Staiano (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, Napoli, 1999, XXVII-XXVIII.

giurisprudenziale¹⁶, con particolare riguardo alla delicata materia dei diritti costituzionalmente garantiti alla persona in stato di detenzione¹⁷.

È di tutta evidenza la sempre più accentuata propensione della Corte costituzionale a relativizzare¹⁸ la discrezionalità del legislatore come limite del sindacato di costituzionalità, con soluzioni che dimostrano certamente tutta la potenzialità politica del giudice delle leggi, ma anche e soprattutto le disfunzioni¹⁹ che vive la forma di governo. Le minuziose modalità di intervento della Corte sui profili sostanziali, dinanzi alla persistente e consapevole e inerzia del legislatore, inducono a riprendere i ragionamenti sulle rispettive responsabilità dei due organi nelle alterazioni disfunzionali del loro rapporto.

In tempi recenti, la duplice tendenza creativa, sia processuale che sostanziale, si è manifestata con la creazione di un nuovo modello di doppia pronuncia: lo strumento dell'ordinanza monitoria di rinvio a data certa²⁰, seguita – in mancanza di un intervento legislativo nelle more – da una sentenza additiva, non sempre rispettosa delle «rime obbligate». Il fatto che questo modulo in due tempi non sia stato replicato nel caso sul diritto all'affettività dei detenuti, come invece immaginato da alcuni²¹, induce a interrogarsi, ancora una volta, sulle ragioni ma anche sui limiti dell'«auto-normazione»²² delle regole sul processo costituzionale. Ciò nella consapevolezza che la costante esigenza sottesa ad entrambi i profili non può che rinvenirsi nel necessario recupero, da parte del legislatore, del proprio ruolo: sia in riferimento all'«etero-normazione» delle regole processuali costituzionali e degli strumenti di raccordo²³, sia con riguardo all'esercizio della potestà legislativa, troppo spesso non rivendicata.

2. Affettività intramuraria e insufficienze del quadro normativo: un diritto negato.

La sentenza ha deciso su una questione di legittimità sollevata, con ord. n. 5/2023, dal Magistrato di sorveglianza di Spoleto, a sua volta occasionata dal reclamo di un detenuto

¹⁶ Si v. F. Pastore, *Un esempio concreto di diritto fondamentale emerso in via giurisprudenziale: il diritto di procreare nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in V. Baldini (a cura di), *Cos'è un diritto fondamentale?* Atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa a Cassino, 10-11 giugno 2016, Napoli, 2017, 303-326, cui si rimanda per uno studio del tema dell'emersione in via giurisprudenziale dei diritti fondamentali, con specifico riguardo al diritto di procreare.

¹⁷ Per un approfondimento su stato di detenzione e «nuovi diritti», si v. M. P. Iadicicco, *Detenzione e nuovi diritti. Il controverso inquadramento delle istanze connesse all'affettività e alla sessualità nell'esecuzione penale*, cit.

¹⁸ Cfr. M. Ruotolo, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC*, 2, 2019, *passim*.

¹⁹ Per un'analisi delle dinamiche della forma di governo parlamentare italiana, delle sue trasformazioni a Costituzione invariata e delle sue disfunzioni, si v. S. Staiano, *Prolegomeni minimi a una ricerca forse necessaria su forma di governo e sistema dei partiti*, in *federalismi.it*, 3, 2012; Id., *La forma di governo italiana. Permanenza e transizione*, in *federalismi.it*, 2, 2018; Id., *A partire dal fondamento. Sulla forma di governo parlamentare italiana e sui suoi detrattori*, in *federalismi.it*, 29, 2021.

²⁰ Si v. ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019 (cd. caso Cappato); ord. n. 132/2020 e sent. n. 150/2021 (cd. caso sulla diffamazione a mezzo stampa); ordd. nn. 97/2021, 122 e 227/2022 (cd. caso sull'ergastolo ostativo).

²¹ Lo aveva prospettato, in attesa del deposito della sentenza, E. Santoro, *Siamo alle porte della quarta «incostituzionalità prospettata»? Qualche osservazione in attesa della decisione sull'ordinanza di rimessione n. 5 del 2023*, in *Consilia Online*, 3, 2023.

²² A. Spadaro, *Sulla intrinseca «politicità» delle decisioni «giudiziarie» dei tribunali costituzionali contemporanei*, in *federalismi.it*, 5, 2017, 10.

²³ Per un approfondimento sugli strumenti di raccordo tra Corte costituzionale e Parlamento, si v. R. Bin, C. Bergonzini, *La Corte costituzionale in Parlamento*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotta, P. Veronesi (a cura di), *«Effettività» e «sequito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 215 ss.

della Casa circondariale di Terni. Le doglianze dell'interessato concernevano le modalità di svolgimento dei colloqui visivi con i familiari: l'insussistenza, nel caso concreto, dei requisiti per accedere al sistema dei cd. permessi-premio²⁴, accostata alla sorveglianza continua del personale di custodia, avrebbero menomato il suo diritto, considerato «fondamentale, ad una serena relazione di coppia e ad assicurargli a pieno un ruolo genitoriale»²⁵. Così, all'esito dell'esame del quadro normativo di riferimento e avendo constatato la conformità ad esso dell'agire dell'amministrazione penitenziaria, il Magistrato ha riscontrato «un vero e proprio divieto di esercitare l'affettività in una dimensione riservata, e segnatamente la sessualità»²⁶ nel contesto penitenziario e ha ritenuto di dover promuovere giudizio di legittimità.

Tale divieto discenderebbe dal complesso di una disciplina penitenziaria sul punto scarna e poco eloquente, che relega le previsioni sugli incontri intramurari principalmente all'art. 18, c. 3, ord. pen. Questa disposizione, sebbene prescriva che i locali destinati ai colloqui con i familiari debbano favorire «ove possibile» una «dimensione riservata» ed essere «collocati preferibilmente in prossimità dell'ingresso dell'istituto»²⁷, impone che lo svolgimento debba avvenire «sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia». In riferimento ad essa, è stato prospettato il contrasto con gli artt. 2, 3, 13, cc. 1 e 4, 27 c. 3, 29, 30, 31, 32 e 117, c. 1, Cost., quest'ultimo in rapporto agli artt. 3 e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Il giudice rimettente ha, così, chiaramente sollecitato un dispositivo di natura additiva, auspicando la censura dell'art. 18, c. 3, ord. pen. «nella parte in cui non prevede[va] che alla persona detenuta [fosse] 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».

Una simile pronuncia, sebbene non sostitutiva di un necessario intervento riformatore in materia penitenziaria, è stata ritenuta dal giudice *a quo* esito doveroso dinanzi all'esigenza di risolvere una questione «specialmente urgente»²⁸, che già la Corte costituzionale – nel 2012, con la sent. n. 301 – aveva qualificato una «esigenza reale e fortemente avvertita»²⁹. Conseguentemente, dinanzi alla protratta inerzia del legislatore, e a fronte del monito già espresso dalla Corte costituzionale, l'art. 18 ord. pen. ha rappresentato – per il giudice rimettente – quel punto di riferimento già presente nel sistema legislativo, a partire dal quale fondare un intervento del giudice delle leggi idoneo quantomeno a ricondurre «a coerenza le scelte già delineate a tutela di un determinato bene giuridico, procedendo puntualmente, ove possibile, all'eliminazione di ingiustificabili incongruenze»³⁰.

²⁴ Istituto disciplinato dall'art. 30-ter ord. pen. (v. *infra* nel paragrafo).

²⁵ Così riportato nell'ord. n. 5/2023, *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*, 1^a Serie Speciale, 8 febbraio 2023.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Il riferimento alla «dimensione riservata» è frutto di un intervento legislativo avvenuto con d.lgs. n. 123/2018, all'art. 11, c. 1, lett. g), n. 3 (v. *infra*, par. 6).

²⁸ Così riportato nell'ord. n. 5/2023.

²⁹ Così, Corte cost., sent. n. 301/2012, considerato in diritto n. 3.

³⁰ Così, Corte cost., sent. n. 236/2016, come citata dal giudice rimettente.

Per uno studio sul sindacato della Corte costituzionale sulla discrezionalità del legislatore, si v. F. Pastore, *Politiche legislative e scrutinio di coerenza*, in M. Scudiero, S. Staiano (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, cit. In particolare (181 ss.), l'A. rileva come le scelte di indirizzo politico e le valutazioni discrezionali del legislatore debbano configurarsi come «non arbitrarie, ovvero non devono essere né irrazionali, né irragionevoli, né ingiuste»; a tal fine, la Corte non di rado opera un riscontro della coerenza tra la normativa oggetto del giudizio di legittimità e le politiche seguite

Com'è stato autorevolmente constatato in dottrina, e poi accolto dall'impostazione del giudice rimettente, l'«apparente anomia» dell'ordinamento penitenziario, «che nulla dice nelle sue disposizioni circa il diritto alla sessualità intramuraria del detenuto», «opera concretamente come se ne prevedesse il divieto», traducendosi in un «operante dispositivo proibizionista»³¹.

I nodi della disciplina penitenziaria, legislativa e regolamentare, sono principalmente tre. In primo luogo, l'assolutezza del controllo visivo o sorveglianza continua, che non ammette né condizioni né modulazioni. In attuazione dell'art. 18, c. 3 ord. pen. risalente alla versione originaria della legge sull'ordinamento penitenziario, il regolamento esecutivo adottato con d.P.R. n. 320/2000 ne ha confermato l'impostazione: l'art. 37 reg. es., nell'occuparsi dei colloqui, dispone, al c. 5, che «[i]n ogni caso, i colloqui si svolgono sotto il controllo a vista del personale del Corpo di polizia penitenziaria»; l'art. 61, c. 2, lett. b), reg. es. rinvia espressamente al controllo visivo anche in occasione dei colloqui straordinari, concessi dietro autorizzazione dal Direttore della struttura, della durata dell'intera giornata, anche finalizzati a consentire ai familiari di consumare un pasto in compagnia in appositi locali o all'aperto³².

In secondo luogo, la disciplina dei permessi-premio, volta a consentire al detenuto di trascorrere brevi periodi di tempo fuori dalle mura, rappresenterebbe una «risposta solo parziale»³³ al problema. Infatti, da un lato, a causa dei rigidi presupposti applicativi³⁴ ne sarebbe esclusa parte considerevole della popolazione carceraria³⁵, come proprio nel caso del detenuto reclamante³⁶; dall'altro, la logica – premiale, appunto – sottesa all'istituto non coinciderebbe con una vera e propria garanzia del diritto all'affettività nemmeno per quanti vi abbiano accesso³⁷. Affermare che il detenuto possa manifestare la propria intimità fuori dalle mura, subordinatamente all'autorizzazione da adottare sui

nella specifica materia dallo stesso legislatore. In questi termini, la coerenza di una norma «va rapportata, oltre che alle norme più generali preesistenti, anche alla linea complessiva secondo cui il sistema va sviluppandosi»: dinanzi alle obiezioni di quanti ritengono che un siffatto giudizio conduca allo «sconfinamento» della Corte nell'ambito proprio del legislatore, si è replicato che «tuttavia, neppure il più cieco difensore del principio di autonomia del potere legislativo, potrebbe negare come il controllo sulla ragionevolezza e sulla razionalità delle scelte compiute dal legislatore in materie riservate alla sua discrezionalità, sia una garanzia indispensabile per consentire il perpetuarsi della libertà concessa al legislatore nella attuazione ed interpretazione dei principi costituzionali».

³¹ Così, A. Pugiotto, *Della castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, cit., 18-19.

³² La formulazione originaria dell'art. 61 reg. es., in realtà, prevedeva la possibilità che gli incontri straordinari potessero avvenire senza controllo visivo e auditivo del personale; tuttavia, la proposta ricevette il parere sfavorevole del Consiglio di Stato (v. *infra*, par. 6).

³³ Corte cost., sent. n. 301/2012, considerato in diritto n. 3.

³⁴ L'art. 30-ter ord. pen. abilita il magistrato di sorveglianza a concedere permessi-premio, di durata non superiore ogni volta a quindici giorni, e per un massimo di quarantacinque giorni per ciascun anno di espiazione, «per consentire di coltivare interessi affettivi, culturali o di lavoro», a condizione che il condannato non risulti socialmente pericoloso e che abbia tenuto regolare condotta, nel senso che abbia «manifestato costante senso di responsabilità e correttezza nel comportamento personale, nelle attività organizzate negli istituti e nelle eventuali attività lavorative o culturali» (cc. 1 e 8).

³⁵ Ulteriore profilo di incongruenza della normativa è anche la preclusione dell'affettività intramuraria al detenuto in attesa di giudizio, fuori dall'ambito applicativo dei permessi-premio.

³⁶ Secondo quanto si legge nell'ordinanza di rimessione, l'interessato non soddisfaceva i requisiti di condotta previsti per ottenere l'autorizzazione; a ciò si aggiungeva, ad ogni modo, l'ulteriore difficoltà relativa alla mancata previsione per lui di un programma di trattamento (di cui fanno parte anche i permessi-premio, ex art. 30-ter, c. 3 ord. pen.), sebbene fossero già trascorsi diversi anni di detenzione.

³⁷ In questo senso, nel richiamare il ragionamento operato nell'ordinanza di rimessione, S. Talini, *Un passo decisivo verso la garanzia della sessualità intramuraria?*, in *Sistema penale*, 17 marzo 2023, 38-39.

presupposti dell'art. 30-ter ord. pen., e comunque per un periodo di tempo non superiore a quarantacinque giorni per ciascun anno di detenzione, non rappresenta un riconoscimento del diritto all'affettività e alla sessualità intramuraria, ma costituisce, al contrario, una «riconferma indiretta»³⁸ del divieto al suo esercizio.

In terzo luogo, l'introduzione, con il d.lgs. n. 121/2018, di un *tertium comparationis* che attesterebbe l'irragionevolezza del trattamento riservato ai detenuti maggiori d'età rispetto a quello di cui godono, a seguito dell'intervento riformatore, i minori. L'art. 19 d.lgs. cit., infatti, per com'è formulato, da un lato, garantisce a questi ultimi la possibilità di usufruire di visite prolungate da svolgersi in unità abitative appositamente attrezzate all'interno della struttura in modo da favorirne la riservatezza; dall'altro, considera i motivi eventualmente ostativi rispetto alla svolgimento di tali incontri: al c. 5, infatti, dispone la verifica, da parte del Direttore dell'istituto, della sussistenza di eventuali divieti dell'autorità giudiziaria che impediscono i contatti con le persone potenzialmente ammesse. Secondo quanto indicato dal giudice rimettente, quindi, per i minori sarebbero considerate quelle «particolari ragioni di sicurezza» idonee a presupporre un bilanciamento delle contrapposte esigenze, del tutto ignorate, invece, nell'assolutezza della disciplina prevista per i detenuti adulti.

3. La sent. n. 10/2024 tra soluzioni di merito e discrezionalità del legislatore. La Corte costituzionale ha ritenuto fondate le censure di incostituzionalità.

Se è vero che l'«ordinamento giuridico tutela le relazioni affettive della persona nelle formazioni sociali in cui esse si esprimono, riconoscendo ai soggetti legati dalle relazioni medesime la libertà di vivere pienamente il sentimento di affetto che ne costituisce l'essenza», allora «[l]o stato di detenzione può incidere sui termini e sulle modalità di esercizio di questa libertà, ma non può annullarla in radice, con una previsione astratta e generalizzata, insensibile alle condizioni individuali della persona detenuta e alle specifiche prospettive del suo rientro in società»³⁹.

D'altronde, le persone soggette a restrizione della libertà restano certamente titolari di tutti i diritti inviolabili riconosciuti e garantiti dall'ordinamento giuridico e, secondo giurisprudenza costante⁴⁰, una loro limitazione non può che giustificarsi solo in quanto strumentale alle funzioni della pena: come affermato nella nota sent. n. 26/1999, i diritti della persona «non sono affatto annullati da tale condizione», ma la loro compressione può dipendere soltanto dai «limiti a essa inerenti, connessi alle finalità che sono proprie di tale restrizione»⁴¹.

Tra questi diritti e libertà inviolabili deve ricondursi anche l'affettività. Sebbene la Corte non si sia soffermata apertamente nella sua definizione⁴², attraverso una lettura complessiva della sentenza si possono tracciare i connotati della concezione che dimostra di accogliere. Innanzitutto, la Corte la qualifica come «libertà»⁴³. Essa, in senso

³⁸ Così, il giudice rimettente. V. anche *supra*, nota precedente.

³⁹ Così, Corte cost., sent. n. 10/2024, considerato in diritto n. 3.

⁴⁰ Per una raccolta della giurisprudenza costituzionale e ordinaria di legittimità sugli spazi di compressione dei diritti in stato di restrizione della libertà, si v. S. Talini, *L'affettività ristretta*, cit., par. 3. Si v., in particolare, le sent. *in* richiamate: Corte cost. nn. 114/1979, 349/1993 e 26/1999.

⁴¹ Corte cost., sent. n. 26/1999, considerato in diritto n. 3.1. Per una ricostruzione della pronuncia, si v. M. Ruotolo, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Torino, 2002, 44 ss.

⁴² Per una definizione in dottrina, si v. S. Talini, *L'affettività ristretta*, cit., par. 3. L'A. descrive il «diritto all'affettività» come quella «posizione soggettiva giuridicamente rilevante» consistente nella «possibilità di coltivare in senso ampio i rapporti che conformano la sfera intima dell'individuo».

⁴³ Corte cost., sent. n. 10/2024, considerato in diritto n. 3.1.

generico, si manifesta come «libertà di esprimere affetto»⁴⁴, caratterizzata da una «naturale intimità [...] in ogni sua manifestazione»⁴⁵. In particolare, tra le sue forme di espressione, viene riconosciuta anche quella della sessualità: già in passato la Corte aveva riconosciuto il «diritto alla libertà sessuale» come «uno degli essenziali modi di espressione della persona umana [...] che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire»⁴⁶; in questa occasione la Corte ha puntualizzato che, comunque, la sessualità non esaurisce interamente l'affettività, poiché quest'ultima «più ampiamente coinvolge aspetti della personalità e modalità di relazione che attengono ai connotati indefettibili dell'essere umano»⁴⁷.

Così, come per ogni diritto e libertà inviolabile della persona, anche per l'affettività occorre individuare il «limite concreto»⁴⁸ entro il quale lo stato detentivo è in grado di giustificare la compressione: oltre questo limite, «il sacrificio della libertà stessa si rivela costituzionalmente ingiustificabile, risolvendosi in una lesione della dignità della persona»⁴⁹.

Il problema è che il legislatore, disponendo l'operatività dell'istituto del controllo a vista dei colloqui intramurari senza condizioni né eccezioni, ha rinunciato ad operare un bilanciamento delle contrapposte esigenze; infatti, sebbene tale controllo rappresenti «un importante presidio di regolarità, funzionale ad evitare la strumentalizzazione del colloquio medesimo a fini impropri»⁵⁰, esso è idoneo a restringere obiettivamente «lo spazio di espressione dell'affettività, per la naturale intimità che questa presuppone»⁵¹.

Pertanto – ha osservato la Corte costituzionale – la prescrizione del controllo a vista *ex art. 18, c. 3 ord. pen.*, in quanto disposta in «termini assoluti e inderogabili», si risolve in una «compressione sproporzionata e in un sacrificio irragionevole della dignità della persona, quindi in una violazione dell'art. 3 Cost.»⁵²; questo sacrificio, peraltro, dimostra un ulteriore profilo di irragionevolezza per il fatto di produrre, allo stesso modo incondizionatamente, un «pregiudizio indiretto» nei confronti di quelle persone che, legate al detenuto da stabile relazione affettiva, sono comunque estranee al reato e alla condanna⁵³.

Ulteriori motivi di incostituzionalità vengono, poi, individuati dalla Corte.

Il sacrificio dell'intimità oltre i limiti del necessario si rivela inidoneo alla finalità rieducativa della pena, a cui il nostro ordinamento tende *ex art. 27, c. 3, Cost.* Infatti, la persona detenuta subirebbe un pregiudizio nelle relazioni in cui si svolge la sua personalità, «esposte pertanto ad un progressivo impoverimento, e in ultimo al rischio della disgregazione», traducendosi, ciò, in un «*vulnus* alla persona in ambito familiare»⁵⁴. Una tale sanzione verrebbe ad essere percepita come «esageratamente» afflittiva, con un esito di «desertificazione affettiva», che è l'esatto opposto della risocializzazione⁵⁵.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ivi*, considerato in diritto n. 3.4.

⁴⁶ Così, Corte cost., sent. n. 561/1987, considerato in diritto n. 2, come menzionata sia dalla Corte nella sentenza in esame, sia nell'ordinanza di rimessione.

⁴⁷ Corte cost., sent. n. 10/2024, considerato in diritto n. 3.4.

⁴⁸ *Ivi*, considerato in diritto n. 3.1.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ivi*, considerato in diritto n. 3.3.

⁵¹ *Ivi*, considerato in diritto n. 3.4.

⁵² *Ivi*, considerato in diritto n. 4.1.

⁵³ *Ivi*, considerato in diritto n. 4.2.

⁵⁴ *Ivi*, considerato in diritto n. 4.3.

⁵⁵ *Ibidem*.

Infine, è stata riscontrata la violazione dell'art. 117, c. 1, Cost., in relazione all'art. 8 CEDU, sotto il profilo del difetto di proporzionalità tra il radicale divieto all'esercizio dell'affettività e le sue finalità: infatti, l'art. 8 CEDU, al par. 1 esprime la tutela del diritto al rispetto della vita privata e familiare e al par. 2 consente solo quelle ingerenze nel diritto, da parte dell'autorità, che siano necessarie «per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico de paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui». Nel caso in questione, potrebbero venire in rilievo esigenze legate alla tutela dell'ordine pubblico e alla prevenzione dei reati, ma – ancora una volta – l'assolutezza della prescrizione ne rivela l'inadeguatezza.

In riferimento ai tre parametri⁵⁶, gli artt. 3, 27, c. 3 e 117, c. 1, Cost., la Corte costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 18, c. 3, ord. pen., accogliendo la sollecitazione del giudice *a quo* verso l'adozione di un dispositivo additivo: di tale addizione si rende opportuno delineare la natura e l'ampiezza, allo scopo di verificare se la Corte si sia contenuta nell'enunciazione di principi generali o si sia spinta oltre.

All'assolutezza e inderogabilità della prescrizione della sorveglianza continua, ha fatto luogo l'individuazione dei «limiti concreti» al sacrificio dell'affettività intramuraria, ossia dei criteri che devono guidare la Direzione dell'istituto nel rispondere all'istanza della persona detenuta di accedere ad un colloquio non esposto al controllo a vista: l'istanza potrà essere rifiutata soltanto quando, tenuto conto del comportamento della persona detenuta in carcere, vi ostino ragioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina o ragioni giudiziarie riguardo all'imputato⁵⁷. In tutti gli altri casi, la compressione non potrà ritenersi giustificata.

Così facendo, la Corte costituzionale ha integrato la prospettazione del giudice rimettente: mentre nella formulazione del *petitum* erano considerate soltanto le «ragioni di sicurezza», la Corte ha ritenuto di dare rilievo ad ulteriori riferimenti presenti nel sistema, segnatamente al principio direttivo espresso all'art. 1, c. 5, ord. pen., così come modificato dall'art. 11, d.lgs. n. 123/2018⁵⁸, che indica altresì – come giustificazioni delle restrizioni – l'«esigenza di mantenimento dell'ordine e della disciplina» e «i fini giudiziari» nei confronti degli imputati⁵⁹. In particolare, ai sensi degli artt. 35-*bis* e 69, c. 6, lett. b),

⁵⁶ La Corte non si è pronunciata espressamente sugli altri parametri individuati dal giudice *a quo*. Se, da un lato, la Corte comunque si riferisce in più passaggi, seppure implicitamente, all'art. 2 Cost. attraverso i richiami alla tutela delle relazioni affettive della persona anche nelle formazioni sociali in cui esse si esprimono, menzionando altresì la dimensione familiare (art. 29 Cost.), maggiori perplessità destano i mancati riferimenti alla genitorialità (artt. 30 e 31 Cost.) in stato di detenzione. Sull'uso della tecnica dell'assorbimento dei vizi, si v. la riflessione di A. Ruggeri, *Finalmente riconosciuto il diritto alla libera espressione dell'affettività dei detenuti (a prima lettura di Corte cost. n. 10 del 2024)*, cit., 1. Cfr. altresì P. Veronesi, *L'amore ai tempi delle catene: affettività e carcere secondo la sentenza n. 10 del 2024*, cit., 11 ss.; V. Valenti, *Il diritto all'affettività-sessualità in carcere e la sentenza n. 10 del 2024. Cronistoria di una rivoluzione, costituzionalmente orientata, che non attende più di essere compiuta*, in *Consulta Online*, 1, 2024, 361-362.

⁵⁷ Il dispositivo della sentenza prevede quanto segue: «la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui non prevede che la persona detenuta possa essere ammessa, nei termini di cui in motivazione, a svolgere i colloqui con il coniuge, la parte dell'unione civile o la persona con lei stabilmente convivente, senza il controllo a vista del personale di custodia, quando, tenuto conto del comportamento della persona detenuta in carcere, non ostino ragioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina, né, riguardo all'imputato, ragioni giudiziarie».

⁵⁸ Secondo cui «[n]on 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».

⁵⁹ Corte cost., sent. n. 10/2024, considerato in diritto n. 7.

ord. pen., la valutazione complessiva, che tenga conto della pericolosità sociale del detenuto, della irregolarità della condotta e dei precedenti disciplinari, spetta, in prima battuta all'amministrazione e, in secondo luogo, del magistrato di sorveglianza; invece, l'apprezzamento delle ragioni processuali, con specifico riferimento alla valutazione delle esigenze di salvaguardia della prova, non può che competere all'autorità giudiziaria precedente⁶⁰.

La Corte, però, non si è limitata né a raccogliere il suggerimento additivo, né a specificarlo, ma si è spinta ancora oltre.

Si è detta consapevole dell'«impatto» che la propria pronuncia avrebbe prodotto sulla gestione degli istituti penitenziari e dello «sforzo organizzativo»⁶¹ necessario in contesti carcerari già gravati da (irrisolti e sempre attuali) problemi di sovraffollamento⁶².

Allo stesso tempo, ha giustificato il proprio intervento, ritenendolo ormai non più rinviabile a causa degli effetti in detrimento della dignità della persona, anche alla luce del lungo tempo trascorso dalla pronuncia dell'ultimo monito su analogo oggetto, con sent. n. 301/2012: considerata la «complessità dei problemi operativi»⁶³ che scaturiscono dalla materia, la Corte ha rimarcato la perdurante assenza del legislatore, sollecitandone ancora una volta la responsabilità.

Con la sentenza del 2012, infatti, la Corte costituzionale aveva dichiarato l'inammissibilità della questione, sia per un difetto di rilevanza, sia per via

⁶⁰ *Ibidem*. Si tenga conto del fatto che, per ragioni di coerenza con l'oggetto del giudizio principale, la Corte non si è addentrata nell'analisi dei regimi speciali, ma vi ha soltanto fatto cenno (considerato in diritto, n. 8). Per il regime di cui all'art. 41-bis ord. pen., si è limitata a rimandare alla disciplina derogatoria sui colloqui, espressa dal c. 2-quater, lett. b), dello stesso articolo; per i condannati per reati ostativi, ha chiarito come «in linea di principio non sussistono impedimenti normativi che precludano l'esercizio dell'affettività *intra moenia*»; per il regime temporaneo di sorveglianza particolare, ha accennato alla sua incompatibilità con il colloquio riservato, poiché «i presupposti della relativa applicazione, definiti dall'art. 14-bis, comma 1, ordin. penit., sono antitetici rispetto a quelli dell'ammissione al colloquio intimo, trattandosi di reclusi che «con i loro comportamenti compromettono la sicurezza ovvero turbano l'ordine negli istituti» (lettera a), «con la violenza o minaccia impediscono le attività degli altri detenuti o internati» (lettera b) o che «nella vita penitenziaria si avvalgono dello stato di soggezione degli altri detenuti nei loro confronti» (lettera c)». In senso critico rispetto alle considerazioni in merito al regime di sorveglianza particolare, R. De Vito, *Frammenti di un nuovo discorso amoroso: la Corte costituzionale n. 10 del 2024 e l'affettività in carcere*, cit., secondo cui «la casistica concreta è talmente vasta ed eterogenea da non consentire di escludere a priori questa categoria di detenuti dal colloquio riservato, tanto più tenendo conto di una cornice legislativa la quale specifica che le restrizioni della sorveglianza particolare non possono riguardare i colloqui con il coniuge, il conveniente, i figli, i genitori, i fratelli (art. 14 quater, comma quarto, ord. penit.). Sarebbe stata meglio una valutazione caso per caso, tesa a valutare in concreto la compatibilità tra la particolare pericolosità che ha legittimato l'applicazione del provvedimento di sorveglianza particolare e la possibilità di svolgere in maniera inoffensiva un colloquio senza controllo a vista».

⁶¹ *Ivi*, considerato in diritto n. 6.

⁶² Com'è noto, le riflessioni sull'irrinunciabilità della garanzia dei diritti inviolabili della persona anche in stato di detenzione devono fare i conti con l'effettività del loro godimento, che richiede, *in primis*, l'adeguatezza delle strutture carcerarie e del loro funzionamento. Le deficienze strutturali del sistema detentivo italiano sono state rilevate con le sentt. *Sulejmanovic c. Italia* (Corte EDU, 16 luglio 2009, ric. n. 22635/03) e *Torreggiani e altri c. Italia* (Corte EDU, 8 gennaio 2013, ric. nn. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10). In queste due occasioni, la Corte EDU ha riscontrato la violazione, da parte dell'Italia, dell'art. 3 CEDU, giacché le condizioni detentive in cui versavano i ricorrenti erano da ritenersi trattamenti disumani e degradanti, a ciò aggiungendosi considerazioni sull'assenza, nell'ordinamento, di rimedi tanto di natura preventiva quanto di natura compensativa. Pertanto, è innegabile che, per assicurare il godimento di spazi riservati all'espressione dell'affettività, debba innanzitutto essere soddisfatta l'imprevedibile precondizione della idoneità delle strutture carcerarie al rispetto della dignità della persona.

⁶³ Corte cost., sent. n. 10/2024, considerato in diritto n. 6.

dell'impostazione del *petitum* che le avrebbe imposto di superare il limite della discrezionalità del legislatore *ex art. 28, l. n. 87/1953 (v. infra, par. 5)*. Infatti, in quell'occasione, aveva ritenuto che i profili di incostituzionalità che si ripercuotevano sulla persona detenuta potessero essere rimossi soltanto attraverso la predisposizione di una disciplina compiuta, che stabilisse i termini e le modalità di esplicazione del diritto, e – pertanto – colma di scelte discrezionali di esclusiva spettanza del legislatore. Si trattava di: «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»⁶⁴.

Ad oggi, la Corte, sebbene ancora convinta dell'urgenza di una disciplina siffatta, si è fatta carico essa stessa di definire le modalità operative del diritto, in riferimento a ciascuno dei suddetti profili. Degno di nota è il modo con cui la Corte ha annunciato questo suo intervento: non lo ha giustificato facendo semplicemente riferimento al bisogno di «garantire l'effettività dei principi di cui si è detto», ma, in aggiunta, ha ritenuto che le specificazioni che si stavano operando in sede di legittimità fossero intese a «salvaguardare l'esercizio della discrezionalità legislativa»⁶⁵. La stessa discrezionalità che ha – di fatto – superato o, quantomeno, relativizzato (*v. infra, par. 7*).

Così, la Corte si è adoperata nella predisposizione di vere e proprie istruzioni operative di carattere prescrittivo, di cui è innegabile la duplice valenza: da un lato, nei confronti dell'amministrazione e del magistrato di sorveglianza che, nelle more dell'intervento legislativo, dovranno rispettare quando saranno chiamati a garantire l'esercizio del diritto all'affettività intramuraria; dall'altro, nei confronti del legislatore stesso, che dovrà declinare le proprie scelte discrezionali pur sempre tenendo conto delle linee direttrici delineate dalla Corte.

Più specificamente, in riferimento alle soluzioni di merito, la Corte si è espressa, innanzitutto, sui profili di carattere oggettivo inerenti alle modalità di svolgimento dei colloqui: il numero, la durata e le misure organizzative. A tal fine, ha individuato nel sistema una disciplina già esistente da cui trarre le *rationes* ispiratrici: si tratta della regolamentazione delle visite intramurarie per i detenuti minorenni, un elemento di novità rispetto al precedente giurisprudenziale, introdotta con il d.lgs. n. 121/2018, già citata dal giudice rimettente. Nel ripercorrere l'impostazione dell'art. 19, d.lgs. cit., la Corte ha richiesto: l'adeguatezza della durata dei colloqui, da valutarsi con riguardo all'obiettivo di consentire al detenuto e al suo partner un'espressione piena dell'affettività, «che non necessariamente implica una declinazione sessuale, ma che neppure la esclude»⁶⁶; la frequenza non sporadica degli incontri, che possa «raggiungere lo scopo complessivo di preservazione della stabilità della relazione affettiva»⁶⁷; l'appropriatezza dei luoghi di svolgimento dei colloqui. Rispetto a quest'ultimo criterio, la Corte non si è limitata ad enunciarlo, ma lo ha specificato ulteriormente, proponendo – di fatto – un'applicazione analogica dell'art. 19, c. 4, d.lgs. cit.: «può ipotizzarsi», a tal proposito, «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», in modo che sia sempre assicurata la riservatezza del locale di

⁶⁴ Corte cost., sent. n. 301/2012, considerato in diritto n. 3.

⁶⁵ Corte cost., sent. n. 10/2024, considerato in diritto n. 6.1.

⁶⁶ *Ivi*, considerato in diritto n. 6.1.1.

⁶⁷ *Ibidem*. Riferimenti alla durata e alla frequenza dei colloqui sono operati dall'art. 19, c. 3, d.lgs. n. 121/2018 che dispone: «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 [...]».

svolgimento dell'incontro⁶⁸.

In secondo luogo, la Corte è passata ad esaminare i profili di carattere soggettivo e, cioè, i soggetti ammessi a partecipare alle visite intramurarie dei detenuti. Sul punto, già il giudice rimettente aveva prospettato l'ammissibilità, alla luce del quadro normativo, del coniuge e della persona unita civilmente, ma anche della persona stabilmente convivente o legata all'interessato da relazione stabilmente affettiva: quanto alla persona unita civilmente e a quella stabilmente convivente, sono stati menzionati i cc. 20 e 38, art. 1, l. n. 76/2016 che equiparano i diritti delle persone unite civilmente a quelli del coniuge in tema di colloqui penitenziari e i diritti dei conviventi a quelli del coniuge nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario; infine, quanto alla persona legata all'interessato da relazione stabilmente affettiva, è stato valorizzato l'art. 1-*quinquies*, l. n. 70/2020 che ammette tali soggetti ai colloqui telefonici. La Corte costituzionale ha accolto questa impostazione soltanto parzialmente: da un lato, ha escluso dal novero dei soggetti ammessi le persone legate da una relazione affettiva stabile ma non conviventi; dall'altro, pur avendo ammesso, in astratto, le persone conviventi, ha imposto all'amministrazione di verificare in concreto, prima di autorizzare il colloquio riservato, la sussistenza di due presupposti: lo stabile legame affettivo e l'effettività della pregressa convivenza.

L'appello diretto dalla Corte nei confronti dell'amministrazione e della magistratura a dare una «ordinata attuazione»⁶⁹ della decisione – nelle more dell'intervento del legislatore – richiama l'utilità della valenza immediatamente cogente delle sentenze additive di principio. Quando impossibilitata a pronunciare una sentenza additiva semplice, in mancanza di una soluzione costituzionalmente obbligata come richiederebbe la teoria delle «rime obbligate»⁷⁰, la Corte ricostruisce un «principio generalissimo»⁷¹ con valore immediatamente precettivo, a cui è possibile fare riferimento nella individuazione della regola concreta in sede applicativa.

Eppure, nella sentenza in esame, la Corte sembra aver espresso qualcosa in più di un «principio generalissimo». La Corte ha restituito agli organi competenti una serie di indicazioni puntuali che si pongono come vere e proprie «regole» da rispettare ai fini dell'ammissione del detenuto a colloqui riservati: a tal fine, la Corte ha circoscritto le ragioni eventualmente ostative e ha selezionato i soggetti ammessi; in aggiunta a quanto richiesto dal giudice rimettente e per far fronte all'«impatto» della pronuncia, ha altresì delineato le condizioni oggettive di funzionamento dei suddetti colloqui.

Con la sent. n. 301/2012 si erano già posti in rilievo i molteplici ed innegabili spazi di discrezionalità legislativa con riguardo a tutti i suddetti versanti: essi «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

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Corte cost., sent. n. 10/2024, considerato in diritto n. 9.

⁷⁰ Le sentenze cd. additive di principio (v. anche *supra*, nota n. 5), poiché pronunciate in assenza di una soluzione costituzionalmente obbligata, sono state definite, in dottrina, «un'ingegnosa trovata che consente di superare l'ostacolo delle rime obbligate»: così, C. Panzera, *Sentenze "normative" della Corte costituzionale e forma di governo*, cit., 525 ss. A voler essere rigorosi, la Corte dovrebbe in questi casi pronunciare l'inammissibilità della questione *ex art.* 28, l. n. 87/1953, al più esprimendo un monito diretto al legislatore. Eppure – come constatato dall'A. – a partire dalla sent. n. 215/1987, «da quadratura del cerchio si compie attraverso un delicato passaggio di livello: dall'introduzione della soluzione univoca [...] all'enunciazione del principio sotto il quale sono raccolte tutte le potenziali ipotesi ricostruttive di dettaglio, fra cui si pone la futura scelta, *inter partes* del giudice ed *erga omnes* del legislatore».

⁷¹ V. *supra*, nota n. 8.

contrapposte»⁷².

Senonché, con riferimento alle ragioni ostative, ampliandone il novero inizialmente individuato dal giudice *a quo*, la Corte ha attinto da riferimenti normativi interni all'ordinamento penitenziario; similmente può dirsi per le misure organizzative, al netto di quelle espressioni ipotetiche (si pensi, ad esempio a formulazioni come: «può ipotizzarsi») che, pur volendo probabilmente esprimere deferenza nei confronti del limite posto dall'art. 28, l. n. 87/1953, rimarcano l'intromissione in profili di discrezionalità.

A destare maggiori perplessità è l'individuazione dei soggetti ammessi alle visite intramurarie riservate.

Con la sent. n. 301/2012, la Corte, si dissociava dalla prospettazione del giudice *a quo* proprio per motivi di discrezionalità: mentre quest'ultimo riteneva che il diritto dovesse essere riconosciuto ai soli detenuti coniugati o intrattenenti una convivenza stabile *more uxorio*, escludendo chi, ad esempio, avesse una relazione affettiva consolidata non accompagnata da convivenza, la Corte rilevava come questa soluzione non solo fosse incoerente con i parametri individuati dall'ordinanza di rimessione, ma fosse, appunto, soltanto una delle soluzioni ipotizzabili⁷³. È evidente che non abbia ritenuto l'inclusione della persona non convivente come soluzione costituzionalmente obbligata.

Eppure, con la sent. n. 10/2024, la Corte ha operato proprio una scelta tra le più soluzioni prospettabili, ammettendo, come si è avuto modo di vedere, soltanto coniuge, unito civilmente e persona convivente, purché siano rispettati i presupposti dello stabile legame affettivo e della effettività della pregressa convivenza, da verificare in concreto. Insomma, la Corte ha scelto tra le varie soluzioni possibili, anche specificando i criteri di valutazione che dovranno essere utilizzati dall'autorità competente.

È vero che il dato normativo sembrerebbe andare in questa direzione escludente: infatti, nel frattempo, il legislatore è intervenuto valorizzando le figure dell'unito civilmente e del convivente nell'ambito delle regole sull'ordinamento penitenziario, ma senza fare alcun riferimento allo stabile legame affettivo.

Ciò su cui la Corte non sembra essersi soffermata, invece, è il ragionamento sulla ragionevolezza di una tale esclusione: mancano riferimenti al bilanciamento che avrebbe condotto – nella decisione della *quaestio* sottoposta – all'esclusione di quella «relazione affettiva consolidata non accompagnata dalla convivenza» che dodici anni prima immaginava nel ventaglio delle possibili soluzioni.

Stando così le cose, dovrà ritenersi del tutto legittimato il futuro legislatore nel seguire la prospettiva escludente ipotizzata dalla Corte; allo stesso tempo, una tale posizione sembrerebbe avere già anticipato gli esiti che avrebbe un futuro giudizio di legittimità su profili di irragionevolezza concernenti proprio l'esclusione di alcune categorie di soggetti alle manifestazioni della libertà di espressione dell'affettività intramuraria: coerente con la presente pronuncia sarebbe un dispositivo di rigetto, ma, in quel caso, la Corte dovrà fornire adeguato supporto logico-argomentativo sul bilanciamento delle contrapposte esigenze.

Così descritto complessivamente, l'intervento della Corte sull'affettività intramuraria si colloca all'interno di quello che accorta dottrina ha qualificato come «attività "creativa", orientata all'emersione di diritti»: un ruolo svolto dalla Corte «nel portare avanti le lancette

⁷² Corte cost., sent. n. 301/2012, considerato in diritto n. 3. Inoltre, si era detto: «Per avere eloquente dimostrazione della varietà delle soluzioni al riguardo prospettabili, è del resto sufficiente scorrere i numerosi progetti di legge sinora presentati in materia e non coronati da successo, nonché le discipline concretamente adottate in altri Stati, alle quali si accenna nella stessa ordinanza di rimessione».

⁷³ *Ivi*, considerato in diritto n. 4.

dell'orologio del diritto penitenziario»⁷⁴.

4. Il futuro seguito applicativo: i margini di autoapplicazione della sentenza. Si è detto dell'appello operato dalla Corte a dare «ordinata attuazione»⁷⁵ alla decisione in esame: un appello rivolto non soltanto al legislatore ma, nelle more del suo intervento, all'«amministrazione della giustizia, in tutte le sue articolazioni, centrali e periferiche, non esclusi i direttori dei singoli istituti»⁷⁶: in questo modo – ha affermato la Corte – «l'azione combinata del legislatore, della magistratura di sorveglianza e dell'amministratore penitenziario, ciascuno per le rispettive competenze, potrà accompagnare una tappa importante del percorso di invero del volto costituzionale della pena»⁷⁷.

Volendo esaminare i «margini» di autoapplicazione e i profili di necessaria o eventuale integrazione della sentenza in commento, occorrerà soffermarsi sul suo seguito «applicativo»⁷⁸, nonché, innanzitutto, sul ruolo del giudice *a quo* nel seguito giudiziale in senso stretto e, secondariamente, sui futuri esiti applicativi delle indicazioni della Corte per le nuove richieste di colloqui, ossia quelle formulate dai detenuti a partire dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza.

La disciplina sull'ordinamento penitenziario prescrive che la competenza a decidere sulle richieste di colloquio dei detenuti sia in capo al Direttore dell'istituto, salvo che non sia ancora intervenuta la sentenza di primo grado: in quel caso, provvede l'autorità giudiziaria procedente⁷⁹.

Tanto con riferimento al caso di specie che ha originato la questione di legittimità, quanto per le «nuove» richieste di colloqui riservati, la vera e propria sede applicativa della sentenza in esame sarà, pertanto, quella amministrativa, almeno in prima battuta; la sede giurisdizionale sarà successiva ed eventuale, dipendendo da ipotetiche contestazioni rispetto ai dinieghi prospettati dall'amministrazione (salvo che non sia ancora intervenuta la sentenza di primo grado: in tal caso, come si è detto, l'autorizzazione dovrà essere disposta dall'autorità procedente).

Andando con ordine, occorre considerare l'esito del caso di specie, originato dal

⁷⁴ Così, M. Ruotolo, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, cit., 14-15, cui si rinvia per uno studio classificatorio delle tecniche decisorie, secondo il rispettivo grado di incisività sul dato normativo, con cui la Corte costituzionale è intervenuta nell'ambito della normativa penitenziaria: si sono distinti i casi in cui la Corte si è limitata a interpretare o ad operare una integrazione «blanda» del dettato normativo, quelli in cui ha realizzato una vera e propria integrazione dei testi e, ancora, quelli in cui si è arrestata all'esercizio di una funzione «monitoria»; di emersione di diritti o, meglio, di «diritti sommersi» parla anche S. Talini, *Un diritto "sommerso": la questione dell'affettività in carcere approda alla Corte costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 18 ottobre 2012, *passim*.

⁷⁵ V. *supra*, nota n. 69.

⁷⁶ Corte cost., sent. n. 10/2024, considerato in diritto n. 9.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Per un inquadramento del seguito applicativo nelle dinamiche di «accentramento» e «diffusione» del giudizio di legittimità, anche alla luce delle caratteristiche del modello italiano, si v. S. Staiano, *Corte costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccentramento*, in *Federalismi.it*, 3, 2021, 100 ss.

Per un approfondimento sul seguito applicativo delle sentenze della Corte costituzionale, si v. R. Pinardi, *La Corte, i giudici ed il legislatore*, Milano, 1993; Id., *Brevi note sull'effettività delle tecniche decisionali elaborate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotta, P. Veronesi (a cura di), *"Effettività" e "seguito" delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, cit., 327 ss.; E. Lamarque, *Il seguito giudiziario alle decisioni della Corte costituzionale*, in E. Malfatti, R. Romboli, E. Rossi (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino, 2002, 95 ss.; Id., *Il seguito delle sentenze manipolative della Corte costituzionale presso i giudici comuni*, in R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotta, P. Veronesi (a cura di), *"Effettività" e "seguito" delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, cit., 87 ss.;

⁷⁹ Ex art. 18, c. 8, ord. pen.

reclamo⁸⁰ di un detenuto avverso il divieto oppostogli dall'amministrazione allo svolgimento di colloqui riservati con la compagna e la figlia; divieto che avrebbe provocato un attuale e grave pregiudizio all'esercizio dei suoi diritti⁸¹. Conclusosi l'incidente di costituzionalità ed essendo intervenuta la pronuncia della Corte costituzionale, il giudice *a quo* non potrà che constatare la necessità di un adeguamento dell'amministrazione penitenziaria alla pronuncia di accoglimento nel frattempo intervenuta, poiché il divieto opposto dall'amministrazione dinanzi al reclamo del detenuto era fondato su una normativa dichiarata illegittima. Pertanto, è da ritenersi che il giudice si limiterà ad ordinare all'amministrazione, ossia al Direttore dell'istituto penitenziario, di valutare la richiesta del detenuto sulla base dei presupposti così come individuati dalla Corte costituzionale.

Volendo, dunque, considerare il ruolo dell'amministrazione, sia in riferimento al reclamante sia in riferimento alle nuove richieste, questa dovrà accertare e valutare requisiti soggettivi e oggettivi.

Riguardo ai soggetti ammessi ad essere ricevuti, fuori dai casi del coniuge e dell'unito civilmente, si dovrà verificare, per la convivenza, il presupposto dello «stabile legame affettivo» anche con riferimento all'«effettività della pregressa convivenza»⁸².

Riguardo alle esigenze in eventuale contrapposizione, la riservatezza del colloquio potrà essere negata quando, tenuto conto del comportamento del detenuto in carcere, ostino ragioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina, ovvero anche, riguardo all'imputato, motivi di carattere giudiziario, potendo quindi rilevare in senso ostativo non soltanto la pericolosità sociale del detenuto, ma anche le irregolarità di condotta e precedenti disciplinari⁸³.

Ove l'autorità dovesse orientarsi nel senso di autorizzare la richiesta di colloquio non sottoposto a sorveglianza visiva, dovranno essere considerate anche le modalità di svolgimento degli stessi: nello specifico, la Corte ha ritenuto che si debba garantire l'adeguatezza della durata dei colloqui⁸⁴, da svolgersi in modo non sporadico e in luoghi appropriati, potendo ipotizzarsi «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»⁸⁵. Infine, tenute conto le esigenze organizzative dell'istituto dovrà darsi precedenza alle visite prolungate di quei detenuti che non usufruiscano dei permessi premio⁸⁶.

⁸⁰ Il giudice *a quo* era stato chiamato a pronunciarsi su un reclamo *ex artt.* 35-*bis* e 69 ord. pen., ossia impostato avverso l'inosservanza da parte dell'amministrazione di disposizioni sull'ordinamento penitenziario (v. *supra*, par. 2).

⁸¹ *Ex art.* 69, c. 6, lett. *b*), ord. pen.

⁸² Corte cost., sent. n. 10/2024, considerato in diritto n. 6.1.5.

⁸³ *Ivi*, considerato in diritto n. 7. Sul punto, si v. in particolare il commento di R. De Vito, *Frammenti di un nuovo discorso amoroso: la Corte costituzionale n. 10 del 2024 e l'affettività in carcere*, cit., secondo cui «Sarà decisivo, dunque, che quella premialità che la Corte ha fatto uscire dalla porta, non rientri dalla finestra attraverso l'allargamento a dismisura delle ragioni di sicurezza, ordine e disciplina ostative ai colloqui intimi. [...] Sia la direzione dell'istituto sia il magistrato in sede di reclamo, pertanto, non potranno limitarsi a una mera ricognizione della pericolosità o dell'illecito disciplinare, ma dovranno motivare sulla incidenza negativa della concreta pericolosità e del singolo illecito sulla possibilità di fruire del permesso privo di controllo a vista. Non ogni attitudine alla recidiva e condanna per infrazione disciplinare, in definitiva, potranno condurre al disconoscimento di un diritto, quale quello all'affettività, che, salvo casi limite, non può essere ostaggio della meritevolezza».

⁸⁴ *Ivi*, considerato in diritto, 6.1.2.

⁸⁵ *Ivi*, considerato in diritto, 6.1.3.

⁸⁶ *Ivi*, considerato in diritto n. 6.1.5. A tal proposito, la Corte ritiene possibile un'applicazione analogica della previsione di cui all'art. 19, c. 6, d.lgs. n. 121/2018 riferita ai detenuti minorenni.

Ove, invece, l'autorità non dovesse concedere l'autorizzazione, si passerà – a seguito di un eventuale reclamo del detenuto – alla sede giurisdizionale, dinanzi alla magistratura di sorveglianza. La questione cruciale risiede, in questo caso, nel fatto che i requisiti che l'amministrazione deve valutare (e che successivamente il giudice viene chiamato a verificare) non sono individuati dalla legge, ma da una sentenza della Corte costituzionale.

Alla luce della specificità dei presupposti così come individuati dalla Corte, l'idoneità della sentenza in commento a rendersi autoapplicativa è percepibile. Gli spazi di successiva integrazione o di traduzione dei principi (*rectius*: regole) enunciati dalla Corte sarebbero infatti minimi e, comunque, non troppo diversi da quelli eventualmente residui dinanzi ad un testo legislativo o regolamentare. Quanto detto è osservabile, in particolare, per quelle vere e proprie regole che, sotto forma di soluzioni immediate, sono state poste in tema di soggetti ammessi al colloquio e di ragioni ostative: le maglie definitorie sono così strette che alle autorità competenti non resterà altro che verificare la sussistenza dei presupposti in concreto. Parzialmente diverse sono, invece, le considerazioni da operare sulle modalità di svolgimento del colloquio, per le quali – come si è detto – la Corte ha utilizzato formule meno precise e, a tratti, di suggerimento o di ipotesi: adeguatezza della durata, non sporadicità dei colloqui e appropriatezza dei luoghi sono, infatti, formule bisognose di ulteriore specificazione, ma si tratta di un linguaggio comunque non sconosciuto ai testi normativi, legislativi o regolamentari, diretti alle autorità amministrative.

Complessivamente considerata, la sentenza sembra comunque esprimere un potere decisorio che – quanto al rapporto tra giudizio di legittimità e sede applicativa – si muove «nel verso dell'accentramento»⁸⁷: ciò accade, come constatato da autorevole dottrina, quando il «margine di intervento» lasciato alla sede applicativa sia «ristretto» e la decisione debba muoversi «lungo i binari predisposti dalla Corte, avendo questa definito pervasivamente il quadro dei principi e gli stretti confini entro i quali la loro attuazione si debba tenere»⁸⁸.

Anche all'esito della verifica compiuta nel tentativo di prevedere i futuri esiti applicativi della sentenza, si pongono fondati argomenti per ritenere che la pronuncia non sia esattamente inquadrabile come sentenza additiva di principio.

Ad ogni modo, anche a volerla intendere come sentenza additiva di principio, tale qualificazione non ne eliderebbe comunque il carattere autoapplicativo. Si è sostenuta, soprattutto in passato, la tesi della non autoapplicabilità della sentenza additiva di principio «in quanto di per sé non [sarebbe] sufficiente a integrare l'ordinamento conformemente a Costituzione»⁸⁹, ma necessiterebbe di una successiva operazione di specificazione sotto forma di regola del caso concreto. Al contrario, lo studio dell'esperienza di funzionamento di questa tipologia decisoria ha fatto emergere che la sua autoapplicabilità non possa escludersi in astratto, quanto piuttosto dipenda in concreto «dalla sua capacità di innestarsi con il tessuto ordinamentale in cui è inserita»⁹⁰; ciò coerentemente con l'idea secondo cui l'autoapplicabilità di qualsiasi norma sia «non predicabile in astratto per tipi di fonti, bensì solo in concreto, rispetto alla capacità regolativa che un determinato “testo” [...] è in grado di assumere connettendosi con le

⁸⁷ S. Staiano, *Corte costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccentramento*, cit., 124.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ Così, G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, cit., 244; sul punto, cfr. A. Anzon, *Nuove tecniche decisorie della Corte costituzionale*, cit., 3203 ss.

⁹⁰ Così, A. Guazzarotti, *L'auto-applicabilità delle sentenze additive di principio*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, 3436-3437.

norme che di volta in volta i casi concreti possono rendere rilevanti»⁹¹. È da ritenersi risolto anche l'antico dibattito sulla vincolatività delle sentenze additive di principio: sul punto, gli studi sul seguito applicativo delle sentenze della Corte costituzionale hanno ampiamente dimostrato come la prassi sia nettamente orientata nel senso di considerare la sentenza additiva di principio vincolante in tutte le sue componenti, ablativa e additiva⁹².

Le difficoltà applicative atterrano, allora, principalmente a questioni di carattere organizzativo: come garantire il diritto a colloqui riservati in locali «appositi» se questi locali materialmente non esistono?

Se è vero che il rischio del prolungato silenzio legislativo è consistente, è anche vero che la sentenza della Corte, ora che è presente nell'ordinamento giuridico e produce i suoi effetti nei sensi anzidetti, non necessariamente sarà destinata a rimanere «lettera morta». L'auspicio è verso un coerente adeguamento degli organi competenti, in modo che la risposta dell'ordinamento non si traduca – di fatto – nella mera sostituzione dell'effettività del diritto con il risarcimento del danno da lesione del medesimo⁹³.

Infatti, come anche ricordato dal Magistrato di Spoleto in una recente intervista⁹⁴, la garanzia dei diritti della persona ristretta è una priorità che non si potrà semplicemente rimandare a quando verranno completati gli interventi strutturali di adeguamento degli istituti penitenziari; interventi che vedranno la luce, probabilmente, tra anni. Ma è possibile (anzi, doveroso) immaginare, nel frattempo, anche attraverso la collaborazione dell'associazionismo e degli stessi detenuti, uno sforzo organizzativo che consenta di garantire l'esercizio di un diritto della persona – quello all'affettività intramuraria – che ha finalmente ottenuto riconoscimento in seno alle garanzie costituzionali.

5. Un esito differente dallo storico precedente d'inammissibilità: la valenza monitoria della sent. n. 301/2012. Due i motivi per cui, nel 2012, la Corte costituzionale dichiarò inammissibile la questione rimessale: da un lato, per difetto di rilevanza e, dall'altro, per ragioni attinenti alla formulazione del *petitum* ma in stretta

⁹¹ *Ivi*, 3439.

⁹² Si rimanda agli studi compiuti da E. Lamarque, *Il seguito giudiziario alle decisioni della Corte costituzionale*, cit., 95 ss.; Id., *Il seguito delle sentenze manipolative della Corte costituzionale presso i giudici comuni*, cit., 87 ss.

⁹³ In attuazione della sent. Torreggiani e altri c. Italia, il legislatore, con il d.l. n. 92/2014, ha introdotto all'art. 35-ter ord. pen. un rimedio di natura successiva destinato al detenuto che subisca il pregiudizio *ex art. 69, c. 6, lett. b)*, ord. pen. per un periodo di tempo non inferiore ai quindici giorni, in condizioni di detenzione tali da violare l'art. 3 CEDU. Tale rimedio consiste sia nella riduzione della pena, sia nel risarcimento del danno al detenuto; si noti, però, che la Corte di Cassazione a Sezioni Unite, nonostante la lettera della legge, ha qualificato quest'ultimo rimedio come indennitario e non risarcitorio, «poiché mancano gli elementi tipici del risarcimento ovvero il rapporto tra specificità del danno e quantificazione economica nonché la valutazione del profilo soggettivo» (Cass. civ., SS.UU., sent. 30 gennaio 2018 (dep. 8 maggio 2018) n. 11018).

Trascorsi ormai più di dieci anni, la permanenza diffusa delle condizioni inumane e degradanti nelle carceri italiane nonché lo spostamento della risposta ordinamentale verso la sede indennitaria sono circostanze dimostrate da uno studio condotto dall'associazione Antigone, che evidenzia anche le alte percentuali di ricorsi *ex art. 35-ter* accolti; si v. *Diciannovesimo rapporto sulle condizioni di detenzione. Trattamenti inumani e degradanti: i risarcimenti*, reperibile al seguente link: <https://www.rapportoantigone.it/diciannovesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/35-ter/>.

Per alcune riflessioni sulle questioni inerenti ai danni conseguenti a condotte omissive del legislatore, si v., *ex multis*, F. Ciccariello, *La responsabilità del legislatore tra vecchi e nuovi miti*, in *judicium.it*, 18 marzo 2018; A. Ruggeri, *Omissioni del legislatore e tutela giudiziaria dei diritti fondamentali*, in *dirittifondamentali.it*, 1, 2020.

⁹⁴ F. Gianfilippi, intervista rilasciata a Radio Radicale nell'ambito del dibattito *Dialoghi sul diritto all'affettività ristretta*, il 3 aprile 2024. L'intervista è disponibile al seguente link: <https://www.radioradicale.it/scheda/724639/dialoghi-sul-diritto-alla-affettivita-ristretta?i=4741038>.

connessione con il limite della discrezionalità legislativa posto dall'art. 28, l. n. 87/1953. Il Magistrato di sorveglianza di Firenze aveva sollevato questione di illegittimità dell'art. 18, c. 2⁹⁵, ord. pen., in riferimento agli artt. 2, 3, cc. 1 e 2, 27, 29, 31, 32 Cost., nella parte in cui prevedeva «il controllo visivo del personale di custodia sui colloqui dei detenuti e degli internati, impedendo così a questi ultimi di avere rapporti affettivi intimi, anche sessuali, con il coniuge o con la persona ad essi legata da uno stabile rapporto di convivenza».

In primo luogo, la Corte costituzionale rilevò un difetto di rilevanza: il giudice rimettente aveva omesso di descrivere in modo adeguato la fattispecie concreta e, conseguentemente, di motivare sulla rilevanza della questione. Il giudice *a quo* si era limitato, infatti, a riferire genericamente di doversi pronunciare sul reclamo di un detenuto, senza, però, precisarne né la natura né il contenuto, omettendo, quindi, di indicare la ragione per la quale occorreva fare applicazione della norma censurata nel caso di specie. Inoltre, aveva mancato di specificare il regime carcerario a cui era sottoposto l'interessato e se potesse beneficiare o meno dei permessi-premio: quest'ultimo riferimento sarebbe stato, invece, più che mai opportuno, giacché lo stesso giudice aveva prospettato, nell'ordinanza di remissione, che tali permessi rappresentassero «la soluzione migliore» per l'esigenza esposta; pertanto, se il reclamante avesse potuto goderne, ne sarebbe derivata – sempre seguendo il ragionamento del giudice – la non necessità della concessione di colloqui riservati intramurari.

Pertanto, l'inammissibilità della questione era da ritenersi soluzione obbligata, in ossequio della costante giurisprudenza costituzionale sul principio di autosufficienza dell'ordinanza di remissione, secondo cui l'atto introduttivo del giudizio di legittimità deve essere informato a criteri di completezza, stante la sua non emendabilità né integrabilità in momenti successivi: «l'omessa o insufficiente descrizione della fattispecie oggetto del giudizio principale – non emendabile tramite la lettura diretta degli atti di tale giudizio [...] – impedisce la necessaria verifica della rilevanza della questione e ne determina, di conseguenza, l'inammissibilità»⁹⁶.

In secondo luogo, la Corte contestò la formulazione del *petitum*, impostato in modo tale da richiedere un intervento di natura ablativa che avrebbe avuto come esito quello di espungere interamente l'istituto del controllo a vista sui colloqui da parte del personale di custodia. Secondo la Corte, un intervento «puramente e semplicemente ablativo» della previsione in oggetto si sarebbe rivelato «per un verso, eccedente lo scopo perseguito e, per altro verso, insufficiente a realizzarlo»⁹⁷: eccedente, perché la sorveglianza dei colloqui è istituto avente identità e funzioni proprie, che persegue «finalità generali di tutela dell'ordine e della sicurezza all'interno degli istituti penitenziari e di prevenzione dei reati», mentre la restrizione del diritto alla sessualità rappresenterebbe solo una delle sue «conseguenze indirette» e in quanto tale «non giustificerebbe, dunque, la caduta di ogni forma di sorveglianza sulla generalità dei colloqui»⁹⁸; insufficiente, perché da sola non basterebbe comunque a soddisfare le esigenze affettive dei detenuti, dovendosi «necessariamente accedere ad una disciplina che stabilisca termini e modalità di esplicazione del diritto di cui si discute», la quale – come si è appurato nei precedenti

⁹⁵ Il c. 2, nella sua formulazione antecedente al d.lgs. n. 123/2018, disponeva: «I colloqui si svolgono in appositi locali sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia».

⁹⁶ Corte cost., sent. n. 301/2012, considerato in diritto n. 2: la Corte ha citato uno dei propri precedenti (sent. n. 338/2011).

⁹⁷ *Ivi*, considerato in diritto n. 3.

⁹⁸ *Ibidem*.

paragrafi – implicherebbe «scelte discrezionali, di esclusiva spettanza del legislatore»⁹⁹. Peraltro, la Corte ritenne di dover pronunciare l'inammissibilità della questione, anche a voler leggere quel *petitum* formulato nel senso di ottenere una sentenza additiva di principio: la prospettazione d'incostituzionalità sarebbe stata comunque «espressiva di una scelta di fondo»¹⁰⁰, specie riguardo al novero dei soggetti ammessi ai colloqui riservati, così come indicati nell'ordinanza.

Pertanto, essendosi l'impostazione dell'ordinanza di remissione «tradotta in una valutazione pertinente al merito della questione di legittimità costituzionale»¹⁰¹, la Corte ritenne di arrestarsi dinanzi al limite della discrezionalità legislativa posta dall'art. 28, l. n. 87/1953.

In riferimento alla nuova censura di costituzionalità, che ha condotto alla sent. n. 10/2024, la Corte costituzionale ha ritenuto la questione ammissibile, sia per aver soddisfatto il requisito della rilevanza, sia per la formulazione del *petitum* e tenuto conto, anche, delle innovazioni legislative nel frattempo intervenute.

Sul primo versante, alla luce della rappresentazione offerta dal Magistrato di Spoleto, come anche supportata dall'intervento dell'associazione Antigone in qualità di *amicus curiae*¹⁰², la Corte ha ritenuto «confermato che la disciplina dei permessi-premio non è allo stato idonea a risolvere il problema dell'affettività del detenuto»¹⁰³, potendo così riscontrare la rilevanza della questione, anche considerato che il detenuto reclamante non aveva comunque accesso alla disciplina premiale.

A rendere percorribile la strada di una sentenza additiva hanno contribuito, secondo la Corte, sia l'impostazione del *petitum* operata dal Magistrato di Spoleto, diversa da quella del Magistrato di Firenze, sia per le «significative innovazioni» nel frattempo intervenute che hanno delineato un «quadro normativo ben differente da quello di allora»¹⁰⁴. Le modifiche intervenute sono riferite: in primis, alla nuova articolazione dell'art. 18 ord. pen. che, a seguito del d.lgs. n. 123/2018 (art. 11, c. 1, lett. g), n. 3), è stata «arricchita di un riferimento privilegiato alla riservatezza dei colloqui tra detenuto e familiari»¹⁰⁵ laddove si prescrive che «[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»; in secondo luogo, e con specifico riguardo ai profili soggettivi, all'art. 1, cc. 20 e 38, l. n. 76/2016, che hanno equiparato i diritti delle persone unite civilmente a quelli del coniuge in tema di colloqui penitenziari e i diritti dei conviventi a quelli del coniuge nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario; ancora, con riguardo agli istituti minorili, all'art. 19, c. 3, d.lgs. n. 121/2018, laddove si è predisposta una garanzia della riservatezza dei colloqui maggiore di quella prevista per i detenuti adulti, come anche rilevato dall'ordinanza di remissione sotto forma di profilo di irragionevolezza; infine, all'art. 1, c. 82, l. n. 103/2017 che ha posto come uno dei criteri direttivi della delega nell'ambito delle modifiche all'ordinamento penitenziario quello del «riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute e internate e disciplina delle condizioni generali per il suo esercizio» (lett. n)): ma, per quest'ultimo

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Ivi*, considerato in diritto n. 4.

¹⁰¹ Così, T. Grieco, *La Corte costituzionale sul diritto dei detenuti all'affettività ed alla sessualità*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 17 gennaio 2013, par. 4.

¹⁰² Per un'analisi della figura dell'*amicus curiae*, si v. A. Vuolo, *L'amicus curiae*, in *La Rivista "Gruppo di Pisa"*, 1, 2022, 74 ss.

¹⁰³ Corte cost., sent. n. 10/2024, considerato in diritto n. 2.6.2.

¹⁰⁴ *Ivi*, considerato in diritto n. 2.3.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

parametro, la Corte non ha potuto che constatare il mancato seguito del legislatore delegato che, così facendo, ha «lasciato aperta la pregressa lacuna»¹⁰⁶ (v. *infra*, par. 6).

Queste le ragioni differenziatrici dei due esiti, da un lato di inammissibilità e dall'altro di ammissibilità, del vaglio dei presupposti di due questioni pur vertenti su oggetto «sostanzialmente coincidente»¹⁰⁷.

Della sent. n. 301/2012, non può non riconoscersi, ad ogni modo, la valenza monitoria¹⁰⁸: come spesso fa, nel dichiarare inammissibile una questione di cui si è constatato il rilievo costituzionale, la Corte in quell'occasione rivolse un invito al legislatore ad intervenire, allo scopo di colmare la lacuna normativa e quindi di adeguare il diritto vigente alle garanzie dei diritti e delle libertà costituzionalmente riconosciuti. Qualificando l'affettività intramuraria come «una esigenza reale e fortemente avvertita»¹⁰⁹ e constatando l'inadeguatezza del quadro normativo, un simile monito «scavalca la mera sollecitazione rivolta al legislatore affinché superi le proprie pigrizie e le proprie reticenze»¹¹⁰, poiché si spinge sino a riconoscere il diritto all'affettività intramuraria come non incompatibile con lo stato di reclusione¹¹¹. Seppur in maniera meno incisiva rispetto ad altri interventi in cui arriva a preannunciare una successiva sentenza di accoglimento spesso di carattere manipolativo, la Corte ha instaurato una interlocuzione con il legislatore, non accontentandosi, quindi, del semplice «arresto» dinanzi alla mera inammissibilità.

6. Il seguito legislativo tra tentativi approntati e occasioni mancate. Le spinte verso un ripensamento degli spazi di garanzia dell'affettività alle persone in stato di detenzione e anche all'interno delle mura carcerarie sono state accolte, come si è visto, dalla Corte costituzionale, ma provengono, altresì dal contesto europeo e internazionale e dalle esperienze comparatistiche.

Nell'esperienza comparatistica, si sono registrati numerosi avanzamenti nel riconoscimento ai detenuti del diritto ad una vita affettiva e sessuale intramuraria: diffusa è l'esigenza di ricreare l'atmosfera di un ambiente quanto più possibile familiare, anche in condizioni di riservatezza, immaginando financo degli appartamenti predisposti nel verde; talvolta vengono individuate apposite occasioni di incontro con il *partner* (più spesso il coniuge), regolamentate per frequenza e durata¹¹².

Di questi progressi ha tenuto conto la Corte europea dei diritti dell'uomo: con le sentt. *Aliev c. Ucraina* (Corte EDU, 29 aprile 2003, ric. n. 41220/98) e *Dickson c. Regno Unito* (Corte EDU, 4 dicembre 2007, ric. n. 44362/04), la Corte ha espresso il proprio

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ *Ivi*, considerato in diritto n. 2.1.

¹⁰⁸ Di questo avviso, si segnalano: M. Ruotolo, *Tra integrazione e maientica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, cit., 29-30; A. Pugiotto, *Della castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, cit., 20; M. P. Iadicicco, *Detenzione e nuovi diritti. Il controverso inquadramento delle istanze connesse all'affettività e alla sessualità nell'esecuzione penale*, cit., 163.

¹⁰⁹ Corte cost., sent. n. 301/2012, considerato in diritto n. 3.

¹¹⁰ Così, A. Pugiotto, *Della castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, cit., 20.

¹¹¹ *Ivi*, 21, anche attraverso il richiamo a M. Ruotolo, *Tra integrazione e maientica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, cit., 30.

¹¹² Per una rassegna delle esperienze comparatistiche, si v. M. Salerno, *Affettività e sessualità nell'esecuzione penale: diritti fondamentali dei detenuti? L'atteggiamento italiano su una questione controversa*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2, 2017, 11; in particolare, per l'esperienza francese, si v. A. Della Bella, *Riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute: uno sguardo all'esperienza francese*, paper pubblicato nell'ambito del Tavolo 14 degli Stati Generali dell'Esecuzione penale, in www.giustizia.it.

apprezzamento, pur ritenendo che dalla Convenzione non potesse discendere alcun obbligo in capo agli Stati di riconoscere il diritto alla sessualità intramuraria, ritenendo quest'ultima una scelta rimessa alle valutazioni dei legislatori nazionali. Successivamente, con le sentt. *Khoroshenko c. Russia* (Corte EDU, 30 giugno 2015, ric. n. 41418/04) e *Correia de Matos c. Portogallo* (Corte EDU, 4 aprile 2018, ric. n. 56402/12), la Corte, per rendere effettivo il rispetto dell'art. 8 CEDU, ha posto in capo agli Stati contraenti *positive obligations*: le autorità statali sono comunque tenute a fornire ai detenuti una realistica opportunità di esercitare in maniera effettiva il diritto alle visite familiari¹¹³. Con la più recente sentenza *Lesław Wójcik c. Polonia* (Corte EDU, 1° luglio 2021, ric. n. 66424/09), la Corte, ribadita la propria posizione sul margine di apprezzamento degli Stati, ha ritenuto compatibile con l'art. 8 CEDU la subordinazione del beneficio delle visite coniugali alla buona condotta del detenuto. In generale, però, ritiene la Corte, ogni qual volta la legislazione intenda limitare il diritto all'affettività può farlo soltanto a condizione di aver considerato le esigenze di tutela riferite al caso concreto¹¹⁴.

Anche nel contesto dell'Unione europea, seppur soltanto attraverso lo strumento di *soft law* della raccomandazione¹¹⁵, si è espressa l'esigenza di facilitare i contatti con il mondo esterno e di «permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni familiari il più possibile normali» consentendo di beneficiare di «visite familiari intime per un periodo prolungato»¹¹⁶.

Nell'ordinamento italiano, a partire dalla seconda metà degli anni Novanta, tra disegni di legge e modifiche normative all'ordinamento penitenziario portate a compimento, vi sarebbe stata più di un'occasione per il legislatore di colmare la lacuna normativa, specie a seguito del monito espresso dalla Corte costituzionale nel 2012. Eppure, tali sollecitazioni non hanno ancora sorto gli effetti sperati di un riconoscimento espresso dell'affettività intramuraria.

Nel corso della XIII legislatura si susseguirono almeno cinque proposte di legge¹¹⁷ di iniziativa parlamentare aventi l'intento di riconoscere e regolamentare gli spazi e i tempi dell'affettività intramuraria, soffermandosi soprattutto sulle condizioni di riservatezza degli incontri. La principale ispirazione di questi primi tentativi era quella di adeguare l'ordinamento penitenziario alle indicazioni del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o dei trattamenti inumani o degradanti¹¹⁸. Nessuna di queste iniziative venne, però, discussa.

Una prima concreta occasione di integrare l'originaria previsione sui colloqui intramurari posta all'art. 18 ord. pen.¹¹⁹ si era creata nel contesto della predisposizione del

¹¹³ Si v. F. Martin, *Carcere e sessualità: nuovi spiragli costituzionali*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 1, 2023, 5.

¹¹⁴ Si v. S. Talini, *Un passo decisivo verso la garanzia della sessualità intramuraria?*, cit., 40.

¹¹⁵ Raccomandazione del Parlamento europeo 2003/2188 (INI); Raccomandazione R(2006)2 del Comitato dei Ministri agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee, rinnovata nel 2020.

¹¹⁶ Si v. S. Anastasia, S. Grieco, *Una nuova quaestio sul diritto alla sessualità in carcere*, in *Giustizia Insieme*, 29 marzo 2023.

¹¹⁷ A.C. 1503 del 1996, A.C. 3331 del 1997, A.A.S. 2442 e 2530 del 1997, A.S. 3701 del 1998; per la raccolta di iniziative, si v. M. Salerno, *Affettività e sessualità nell'esecuzione penale: diritti fondamentali dei detenuti? L'atteggiamento italiano su una questione controversa*, cit., 16, nota n. 74.

¹¹⁸ Il Comitato è stato istituito con la Convenzione europea per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti, adottata il 26 novembre 1987 e successivamente integrata da due Protocolli adottati nel 1993. Il principale scopo del Comitato è quello di monitorare i luoghi di reclusione per verificare il trattamento riservato alle persone private della libertà, allo scopo di prevenire ed impedire ogni forma di tortura e di trattamento inumano o degradante, nell'attuazione dell'art. 3 CEDU.

¹¹⁹ L'originaria formulazione dei primi due commi dell'art. 18 ord. pen. recitava: «I detenuti e gli internati sono ammessi ad avere colloqui e corrispondenza con i congiunti e con altre persone anche al fine di

regolamento di esecuzione dell'ordinamento penitenziario (d.P.R. n. 320/2000). In quell'occasione, attraverso una prima formulazione dell'attuale art. 61 reg. es., si prevedeva la possibilità che il detenuto venisse autorizzato dal Direttore dell'istituto ad accedere a colloqui straordinari con i propri familiari, della durata massima di 24 ore continuative, in apposite unità abitative senza controllo visivo ed auditivo del personale di custodia. Tuttavia, la proposta ricevette il parere sfavorevole del Consiglio di Stato, il quale riscontrò nella disposizione regolamentare una norma non meramente esecutiva di quella primaria: le scelte così immaginate, non avrebbero potuto essere legittimamente effettuate in sede regolamentare attuativa o esecutiva, in quanto postulavano «piuttosto l'intervento del Legislatore, al quale solo spetta il potere di adeguare sul punto una normativa penitenziaria che sembra diversamente orientata»¹²⁰.

Di quella prima occasione (mancata) resta celebre l'audizione dell'allora direttore generale del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, Alessandro Margara, dell'11 marzo del 1999 durante i lavori della II Commissione (Giustizia) della Camera dei deputati, tanto che molte delle successive iniziative parlamentari ne avrebbero ripreso lo spirito e le parole. Nel descrivere gli intenti di quella riforma del 2000, Margara affermava: «[...] vogliamo tenere assieme cose che possono apparire impossibili, ma non devono esserlo, cioè un carcere vivibile in cui la pena non abbia nulla di affittivo oltre la perdita della libertà, in cui il trattamento renda il più possibile improponibile la recidiva e dia opportunità di inserimento sociale».

In questa direzione, nuove proposte furono avanzate durante le legislature XIV¹²¹ (2001-2006), XV¹²² (2006-2008) e XVI¹²³ (2008-2013), ma senza che la discussione ebbe mai inizio per ciascuna di esse.

Un approfondimento merita la proposta di legge, presentata al Senato il 24 luglio 2012 dagli Onn. Della Seta e Ferrante (A.S. 3420). Un primo elemento di rilievo consiste nella diversità del parametro legislativo individuato per l'introduzione delle innovazioni: questa volta la novità principale non passava attraverso la modifica dell'art. 18 ord. pen., bensì soprattutto attraverso l'art. 28 ord. pen., che vedeva la propria formulazione arricchita dal riconoscimento espresso del «diritto all'affettività», nonché dal riconoscimento di una visita al mese della durata minima di sei ore e massima di ventiquattro, da espletare in locali adibiti o realizzati a tale scopo, senza controlli visivi e auditivi. Altra circostanza degna di nota è l'occasione che diede vita a questa nuova iniziativa parlamentare: era stata sollevata questione di legittimità da parte del Magistrato di sorveglianza di Firenze e alcuni parlamentari intendevano così avanzare nuovamente l'esigenza di provvedere a colmare la lacuna in via legislativa, prim'ancora della pronuncia della Corte costituzionale (che sarebbe stata depositata nel dicembre dello stesso anno). Intervenuta la Corte costituzionale con la sent. n. 301, occorre considerare quello che è stato il seguito legislativo in senso stretto del monito espresso in questa sentenza: nel fare ciò, non si può ignorare, però, che le successive forme di attivazione in senso riformista vennero fortemente influenzate altresì da ulteriori vicende. Nel 2013, infatti, due nuovi eventi impedivano al legislatore di rimanere del tutto inerte dinanzi all'urgenza di una riforma dell'ordinamento penitenziario: da un lato, la Corte EDU condannava l'Italia nella sent. Torreggiani, con cui veniva rilevato il carattere strutturale del problema

compiere atti giuridici» (c. 1); «I colloqui si svolgono in appositi locali, sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia» (c. 2).

¹²⁰ Consiglio di Stato, parere n. 61 del 2000. Sul punto, si v. S. Talini, *L'affettività ristretta*, cit., par. 4.

¹²¹ A.C. 3020 del 2002.

¹²² A.S. 63 del 2006.

¹²³ AC. 1310 del 2008, A.C. 3810 del 2010, A.S. 3420 del 2012.

del sovraffollamento delle carceri italiane e delle condizioni in cui versavano le persone detenute, in contrasto con l'art. 3 CEDU; dall'altro, poco dopo, la Corte costituzionale, con la sent. n. 279/2013 ammoniva nuovamente il legislatore affinché predisponesse le riforme necessarie al ripristino di condizioni detentive compatibili con i parametri costituzionali (in particolare gli artt. 2, 3, 27 c. 3, Cost.), anche attraverso il richiamo alla imprescindibile esigenza di tutela della dignità della persona, espressa con la sent. n. 26/1999.

In questo contesto, il principale riferimento in tema di affettività dei detenuti fu la proposta di legge presentata al Senato in data 31 luglio 2014 dall'On. Lo Giudice (A.S. 1587 del 2014), che, sebbene intervenne, appunto, per realizzare gli auspici del giudice delle leggi del 2012 – riprese sostanzialmente i contenuti di una precedente iniziativa, l'A.C. 1310 del 2008 presentato dall'On. Bernardini ed altri.

La proposta venne discussa congiuntamente ad altre concernenti modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario, confluendo infine nella composita legge-delega n. 103/2017.

Parallelamente alla predisposizione della legge-delega, e in funzione strumentale ad essa, il Ministero della Giustizia istituì, nel 2015, gli «Stati generali sull'esecuzione penale», un'occasione di confronto tra esperti della materia appartenenti a diversi settori: magistrati, avvocati, professori, operatori penitenziari, ma anche membri dell'associazionismo civile. Tra i diciotto tavoli di lavoro tematici che vennero formati, si segnala il Tavolo n. 6 «Mondo degli affetti e territorializzazione della pena», coordinato dall'On. Bernardini, dai cui lavori vennero elaborate proposte di modifiche normative: *in primis*, si immaginò l'introduzione di un permesso-premio speciale, cd. permesso di affettività (da inserire in un nuovo art. 30-*quinquies* ord. pen.) che avrebbe consentito la concessione di un permesso ulteriore, della durata non superiore a dieci giorni per ciascun semestre di carcerazione «al fine di coltivare specificamente interessi affettivi e da trascorrere con il coniuge, il convivente, altro familiare o con diversa persona tra quelle indicate dall'articolo 18»; in secondo luogo, si propose l'introduzione all'art. 18 ord. pen. di un nuovo istituto, quello della «visita» (da distinguere dal «colloquio» già previsto dalla normativa) che avrebbe garantito al detenuto la possibilità di incontrarsi almeno una visita ogni due mesi con gli ammessi ai colloqui a qualsiasi titolo, ma senza controllo visivo e/o auditivo da parte del personale di sorveglianza, da svolgersi in apposite unità abitative e della durata minima di quattro ore e massima di sei, e da interrompersi soltanto in caso di gravi motivi di ordine e sicurezza.

Il recepimento nella legge-delega fu molto più circoscritto degli intenti delle suddette proposte: tra i principi e criteri direttivi individuati dalla lett. n) del c. 85 dell'art. 1, l. cit., si menzionò soltanto genericamente il «riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute e internate e disciplina delle condizioni generali per il suo esercizio». Successivamente, in vista dell'emanazione dei decreti legislativi delegati, vennero istituite Commissioni di studio presso il Ministero della Giustizia. Fu la «Commissione Giostra»¹²⁴ ad occuparsi degli aspetti concernenti la tutela dei diritti delle persone detenute, riprendendo i suggerimenti dei precedenti Stati generali. In particolare, per la riformulazione dell'art. 18 ord. pen., si immaginò di garantire espressamente la possibilità di accedere a «incontri intimi»¹²⁵: incontri periodici, di durata non inferiore

¹²⁴ Commissione per la riforma dell'ordinamento penitenziario nel suo complesso – Commissione Giostra, istituita dal Ministro della Giustizia con d.m. 19 luglio 2017.

¹²⁵ Si v. *Relazione illustrativa* della Commissione per la riforma dell'ordinamento penitenziario nel suo complesso, proposta di modifica dell'art. 18, nuovi paragrafi 3-*bis*, 3-*ter*, 3-*quater*. Ulteriori proposte fornite

alle tre ore consecutive, senza controllo visivo e auditivo, in locali idonei a consentire relazioni intime; i visitatori ammessi erano, non solo il coniuge, la parte dell'unione civile e il convivente, ma si includevano altresì – in continuità con le riflessioni emerse in sede di Stati generali – persone legate da continuativi rapporti affettivi desumibili anche dai colloqui e dalla corrispondenza; infine, si stabilivano con maggiore puntualità anche le ragioni ostative agli incontri, disponendo di doversi negare l'autorizzazione quando l'interessato tenga 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.

L'attuazione della delega legislativa è successivamente avvenuta con plurimi decreti legislativi, i d.lgs. nn. 120-124/2018, non senza che venisse notata una certa «disarmonia sistematica»¹²⁶ nella separazione dei provvedimenti. Ad interessare il tema dell'affettività dei detenuti sono, in particolare, i d.lgs. nn. 121 e 123.

Il primo, come si è visto in precedenza (v. *supra*, par. 2), ha recepito un tipo di visita prolungata e in condizioni di riservatezza, ma lo ha fatto solo ed esclusivamente con riferimento ai minori in stato di detenzione (art. 19, d.lgs. n. 121/2018).

Tutto quel che resta delle proposte sulle garanzie dell'affettività intramuraria avanzate prima dagli Stati generali sull'esecuzione penale e poi dalla Commissione Giostra è la nuova formulazione dell'art. 18, c. 3, nella parte in cui si prescrive: «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 implementazione garanzie art. 1 o.p.» (così come modificato dall'art. 11 c. 1, lett. g), d.lgs. n. 123/2018).

Altre due occasioni, la prima con la legge-delega e la seconda con i decreti legislativi, in cui il legislatore, dovendo già intervenire sull'ordinamento penitenziario, avrebbe potuto dare seguito al monito espresso dalla Corte costituzionale.

Quanto sinora emerso rende evidente che le preoccupazioni per il seguito delle sentenze della Corte costituzionale non riguardano unicamente i casi di inerzia «assoluta» degli organi legislativi e *in primis* dei titolari dell'iniziativa, ossia quelle situazioni in cui le pronunce e i moniti della Corte costituzionale lasciano indifferenti tali soggetti, senza che si manifesti alcuna forma di attivazione: ciò raramente accade. I soggetti politici dimostrano di essere ben a conoscenza delle risultanze provenienti dalla Corte costituzionale, ed anzi, vi fanno riferimento, non sempre coerentemente, talvolta allo scopo di avvalorare le proprie «battaglie» politiche, talaltra allo scopo di riaprire l'accesso e antico dibattito sullo sconfinamento politico del giudice delle leggi.

Molto più frequenti sono i casi in cui si verifica una qualche forma di attivazione politica, spesso sotto forma di iniziativa parlamentare, anche dietro la non indifferente spinta proveniente dall'opinione pubblica; ebbene, specie quando le questioni sono spinose, cariche di implicazioni morali e talvolta di veri e propri «pre-giudizi» o «automatismi culturali»¹²⁷, l'iniziativa spesso viene anche esercitata, ma è destinata a restare, con ogni probabilità, lettera morta.

La fitta serie di proposte di modifiche normative su riconoscimento e regolamentazione dell'affettività dei detenuti, nonché la qualità delle occasioni di studio e la scrupolosità con cui si è tentato di dare voce ad un diritto inviolabile della persona, anche in stato di detenzione, disvelano, perciò, l'atteggiamento «silente», ma «indiscutibilmente

dalla Commissione Giostra, di interesse in questa sede, riguardarono altresì gli artt. 5 e 28 ord. pen. e 37-bis reg. es.

¹²⁶ Così, C. Florio, *Carcere: la riforma dimezzata*, in *Processo penale e giustizia*, 3, 2019, 1, nota n. 3.

¹²⁷ Così, M. P. Iadicicco, *Detenzione e nuovi diritti. Il controverso inquadramento delle istanze connesse all'affettività e alla sessualità nell'esecuzione penale*, cit., 158.

consapevole»¹²⁸ del legislatore.

7. Tecniche decisorie e soluzioni di merito: è la Corte che sceglie. Si consolida la tendenza a relativizzare la discrezionalità legislativa? Stando così le cose, tale silenzio non è solo ed esclusivamente frutto della mancanza di meccanismi di raccordo istituzionale¹²⁹ tra Corte costituzionale e legislatore, quanto piuttosto è imputabile alla consapevole responsabilità degli organi politici.

Del resto, la Corte costituzionale aveva già riconosciuto «in prima battuta», con sent. n. 301/2012, il diritto all'affettività (*rectius*: sessualità) come non incompatibile con lo stato di reclusione¹³⁰. Allo stesso tempo, però, essa assunse in quella sede un atteggiamento di *self-restraint* rispettoso della discrezionalità del legislatore laddove se ne ravvisavano evidenti profili connessi alle scelte da effettuare sul piano del *quomodo*. Le ragioni che indussero la Corte a dichiarare l'inammissibilità della questione consentono, quindi, di includere quella sentenza tra le pronunce di cd. di costituzionalità provvisoria o di incostituzionalità prospettata ma non dichiarata, sebbene non sia di secondario rilievo l'utilizzo di un linguaggio meno eloquente e incisivo rispetto ad altri casi dello stesso tipo in cui la Corte, oltre ad esplicitare i parametri violati, si è spinta sino a formulare dei veri e propri avvertimenti di un futuro intervento additivo.

Decorso un lungo periodo di tempo da quel precedente, dinanzi alle molteplici occasioni mancate da parte del legislatore, in dottrina¹³¹ si proponeva l'adozione di una sentenza additiva di principio, che appariva soluzione auspicabile per il ripristino della legalità costituzionale.

Senonché, anche all'esito delle considerazioni emerse nel corso dell'udienza pubblica¹³² sulla mancata previsione di spazi adibiti ai colloqui riservati tra gli interventi strutturali sugli edifici detentivi già previsti dal PNRR¹³³ e non più modificabili, alcuni¹³⁴ hanno

¹²⁸ S. Talini, *L'affettività ristretta*, cit., par. 4.

¹²⁹ Le disposizioni normative che regolano il raccordo tra i due organi costituzionali sono poche e scarsamente incisive: a livello costituzionale, il c. 1, art. 136 Cost. si limita a fare riferimento alle sole sentenze di accoglimento mero, menzionando l'effetto della «cessazione dell'efficacia» come conseguenza della dichiarazione di illegittimità costituzionale; con il c. 2 dello stesso articolo, così come con il c. 2, art. 30, l. 87/1953, si dispone poi la comunicazione della decisione alle Camere e ai Consigli regionali interessati affinché, ove lo ritengano necessario, provvedano nelle forme costituzionali. Stando alle disposizioni richiamate, gli organi legislativi procedono a «valutare in piena libertà l'esigenza di intervenire per colmare il vuoto creatosi nell'ordinamento» a seguito di una pronuncia di accoglimento; si v. P. Falzea, *Aspetti problematici del seguito legislativo alle sentenze della Corte costituzionale*, cit., 126-127.

¹³⁰ V. *supra*, nota n. 111.

¹³¹ Di questo avviso, A. Pugiotto, *Della castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, cit., 43. Si noti che l'A. aveva immaginato una formulazione della questione di legittimità per certi aspetti differente da quella poi adottata dal Magistrato di Spoleto, articolando una proposta in questi termini: «andrà chiesto alla Corte che accerti l'incostituzionalità della disciplina penitenziaria nella parte in cui non consente alle persone sottoposte a restrizione della libertà personale modalità di incontri prolungati e riservati, sottratti al controllo a vista del personale di custodia, al fine di tutelare il diritto all'intimità affettiva e sessuale del detenuto e dell'internato». Favorevole ad un intervento della Corte costituzionale, altresì S. Talini, *Un passo decisivo verso la garanzia della sessualità intramuraria?*, cit., 45.

¹³² Tenutasi, presso il Palazzo della Consulta, il 5 dicembre 2023.

¹³³ Si v. il Piano Nazionale per gli investimenti complementari al PNRR (PNC), approvato con d.l. n. 59/2021; in particolare, si v. la lett. G.1.1. del PNC.

¹³⁴ Si v. E. Santoro, *Siamo alle porte della quarta "incostituzionalità prospettata"? Qualche osservazione in attesa della decisione sull'ordinanza di rimessione n. 5 del 2023*, cit., 1132 ss. Due le perplessità avanzate dall'A.: da un lato, si è detto, le deficienze strutturali degli edifici detentivi potrebbero essere risolte soltanto da una predisposizione di spesa da parte del legislatore, a cui si aggiunge – però – l'ulteriore difficoltà di

dubitato della praticabilità di una simile tecnica additiva, proponendo, invece, l'utilizzo del nuovo modello di «doppia pronuncia» recentemente plasmato dalla Corte e inaugurato a partire dal cd. caso Cappato.

Questa nuova tecnica decisoria in due tempi, utilizzata, a partire dall'ord. n. 207/2018 e in altri due casi¹³⁵, si colloca proprio nell'ambito di quegli strumenti di cui la Corte si è autonomamente dotata nella sua opera di co-creazione delle regole del processo costituzionale, allo scopo di impedire prevedibili forme di inerzia da parte degli organi legislativi.

In questi casi, prospettata l'incostituzionalità della normativa oggetto della questione sollevata, la Corte non si arresta ad una dichiarazione di inammissibilità di carattere monitorio: sebbene questa sia la reazione più rispettosa dell'art. 28, l. n. 87/1953, lascia in vita norme incostituzionali o scoperte situazioni soggettive prive di riconoscimento, nell'attesa dei tempi necessari affinché sia sollevata una nuova questione di legittimità. Pertanto, la Corte ha immaginato di utilizzare lo strumento del rinvio dell'udienza (non già per ragioni processuali, bensì) per «ragioni di merito»¹³⁶ a una data futura e certa (normalmente, a distanza di circa un anno). Nel frattempo, il giudizio *a quo* resta sospeso, impedendo l'applicazione delle norme prospettate incostituzionali; inoltre, il legislatore viene chiamato a porre rimedio al *vulnus* o a colmare la lacuna normativa, dietro il preciso avvertimento che, alla data fissata, il persistente silenzio legislativo non potrà che essere compensato dalla Corte stessa attraverso una pronuncia di natura additiva: è questo il secondo tempo della tecnica processuale.

Probabilmente, in assenza del precedente del 2012, questo meccanismo si sarebbe rivelato utile per la Corte costituzionale anche in un caso come quello dell'affettività intramuraria.

Non si può ignorare, però, che l'utilizzo di questo strumento non è comunque né sufficiente a superare l'esigenza di una «leale e dialettica collaborazione istituzionale»¹³⁷ tra i due poteri, né idoneo a reprimere la forza creativa dimostrata dalla Corte costituzionale, tanto sul versante processuale, quanto su quello sostanziale: è anzi proprio l'ennesima riprova del fatto che un arretramento della Corte nello svolgimento di quei ruoli – che ha «assunto» ma che non le appartengono – può passare soltanto attraverso un recupero delle proprie potestà da parte del legislatore.

Infatti, in riferimento al profilo processuale, la sperimentazione di una nuova tecnica decisoria è il frutto della «consapevole[-zza] della insufficienza degli strumenti dei quali [la Corte] dispone, dei quali peraltro la stessa si è in larga misura dotata»¹³⁸ per indurre il legislatore ad intervenire o per sopperirne le omissioni; per cui «si trova dunque costretta dagli eventi a forgiarne a getto continuo di nuovi»¹³⁹.

Quanto al profilo sostanziale, si è reso evidente come il pericolo di intromissione nella sfera di discrezionalità del legislatore non sia scongiurabile nemmeno attraverso questo

coordinamento con gli interventi già predisposti nell'ambito del PNRR, non più modificabili tramite l'aggiunta di questa ulteriore esigenza non prevista in fase di progettazione; dall'altro, l'additiva di principio veniva ritenuta altresì insufficiente per la stessa amministrazione penitenziaria che, in mancanza di una fissazione normativa di modalità e termini di esercizio del diritto, sarebbe costretta a rigettare le richieste provenienti dai detenuti.

¹³⁵ V. *supra*, nota n. 20.

¹³⁶ Così, C. Masciotta, *Innovazioni procedurali e “nuovi diritti”: i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, 6, 2019, 4 e 12.

¹³⁷ Corte cost., ord. n. 207/2018, considerato in diritto n. 11.

¹³⁸ Così, A. Ruggeri, *Due questioni e molti interrogativi dopo la ord. 207 del 2018 su Cappato*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 6, 2019, 1.

¹³⁹ *Ibidem*.

nuovo modulo in due tempi: infatti, già l'ordinanza di rinvio tende a sfociare in considerazioni di merito puntuali e dettagliate che ne tradiscono il *vestmentum*¹⁴⁰, tanto da poter essere qualificata come «delega... 'giurisprudenziale' forse ancora più somigliante al modello delineato nell'art. 76 della Costituzione di quanto non siano molte delle leggi varate dalle Camere»¹⁴¹; inoltre, laddove il legislatore decida di permanere inerte, noncurante del termine fissato dalla Corte, la scelta additiva resta, di fatto, l'unica strada per far cessare un *vulnus* incostituzionale. A quel punto, però, la stessa mancanza di riferimenti normativi a «rime obbligate», che avevano impedito alla Corte di pronunciarsi in senso additivo in prima battuta, si traduce nell'inevitabilità di un loro superamento: allora, la discrezionalità del legislatore da limite assoluto si trasforma in «limite 'relativo' [...] superabile ove non vi sia stato 'seguito' all'invito ad esercitarla in concreto»¹⁴².

Che questa tipologia di doppia pronuncia non sia stata replicata nel caso sul diritto all'affettività dei detenuti, allora, non stupisce più di tanto: stante la consapevolezza dell'inevitabilità dell'esito finale di una pronuncia di natura additiva, sarebbe stato probabilmente un ulteriore dispendio di tempo offrire un termine al legislatore per intervenire¹⁴³; anzi, proprio la circostanza che, nel lungo periodo già intercorso, il legislatore abbia avuto numerose e concrete possibilità di recepire il monito già pronunciato dalla Corte e consapevolmente non lo abbia fatto, ha consentito di considerare il momento opportuno per ristabilire la legalità costituzionale e offrire finalmente effettività al diritto già riconosciuto.

Certo, una tale consapevolezza non vale a rendere le dinamiche di funzionamento dei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore meno disfunzionali.

È evidente che siamo dinanzi ad una Corte che, nella «coscienza della propria solitudine»¹⁴⁴, «sceglie»: viene lasciata a scegliere e decide di scegliere.

Sceglie la tecnica decisoria da adottare, tra l'incredibile «panoplia di 'tipologia di decisioni' da lei create»¹⁴⁵: è proprio questa ricchezza che consente agli osservatori di fare previsioni e commenti circa l'opportunità o meno di una tecnica piuttosto che di un'altra; così come consente alla Corte stessa di non ritenersi vincolata e, cioè, «di non essere sempre rigorosamente coerente con sé stessa», anche alla luce dell'«intreccio fra tecniche processuali e valutazioni di merito [che], alla fine, appare inscindibile»¹⁴⁶.

Sceglie la soluzione di merito con cui rimuovere dall'ordinamento i profili di incostituzionalità; questo lo fa anche negli spazi di discrezionalità del legislatore, prendendo posizione nel ventaglio delle possibili soluzioni, senza che – ormai – sia necessariamente rispettato il limite delle «rime obbligate»; inoltre, si spinge sino ad offrire

¹⁴⁰ Si è parlato perciò di provvedimento «bifronte» da parte di C. Masciotta, *Innovazioni procedurali e "nuovi diritti": i chiaroscuri dell'ordinanza n. 207/2018 della Corte costituzionale*, cit., 3; di «ibrido» e «arcocervo» da parte di A. Ruggeri, *Venuto alla luce alla Consulta l'arcocervo costituzionale (a margine della ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato)*, in *Consulta Online*, 3, 2018, 571; ma si v. C. Panzera, *L'ordinanza "una e trina"*, cit., 1, note nn. 1 e 2 per una raccolta di diciture provenienti dalla dottrina.

¹⁴¹ Così, A. Ruggeri, *Due questioni e molti interrogativi dopo la ord. 207 del 2018 su Cappato*, cit., 1.

¹⁴² Così, M. Ruotolo, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, cit., 650.

¹⁴³ In tal senso, cfr. P. Veronesi, *L'amore ai tempi delle catene: affettività e carcere secondo la sentenza n. 10 del 2024*, cit., 23.

¹⁴⁴ Espressione di P. Falzea, *Aspetti problematici del seguito legislativo alle sentenze della Corte costituzionale*, cit., 137.

¹⁴⁵ Così, A. Spadaro, *Sulla intrinseca "politicità" delle decisioni "giudiziarie" dei tribunali costituzionali contemporanei*, cit., 11.

¹⁴⁶ *Ivi*, 12.

coordinate su come il legislatore dovrà operare non appena deciderà di riscattare il proprio ruolo, tramite pronunce che, per il grado di precisione, sono dette «delega» o di «indirizzo»¹⁴⁷.

Nell'esercitare queste scelte, la Corte opera un «particolare bilanciamento»¹⁴⁸ tra la necessità di rispettare scrupolosamente la discrezionalità legislativa e l'esigenza di porre rimedio ad un *vulnus* costituzionale, facendo prevalere la seconda esigenza sulla prima, almeno fino a quando il legislatore non avrà detto la sua. Ciò è reso evidente, nel caso in esame, anche da un peculiare passaggio della sentenza: «Resta ovviamente salva» – si è detto – «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»¹⁴⁹. Una puntualizzazione quantomeno evocativa: se da un lato sembrerebbe che la Corte intendesse, in tal modo, «rassicurare» il legislatore sulla natura «pacifica» delle proprie intenzioni; dall'altro, il fatto che avvertisse l'esigenza di esplicitare la separazione dei ruoli è rivelatrice, al contrario, proprio delle indebite sovrapposizioni di ruolo che di fatto si sono verificate.

Il fatto che la discrezionalità legislativa entri in una particolare forma di bilanciamento, così come accaduto anche per le stesse norme sul funzionamento della Corte costituzionale¹⁵⁰, è il sintomo di uno stato di salute alterato, disfunzionale, che sta vivendo la forma di governo.

Il Parlamento si rivela incapace di rivendicare i propri ruoli e talvolta lascia, consapevolmente, che le proprie mancanze siano compensate in altre sedi. Tale circostanza, oltretutto, induce a riflettere sul più ampio stato di crisi che sta vivendo la funzione legislativa, data dalle progressive compressioni della centralità delle Camere e

¹⁴⁷ Si tratta di quelle sentenze monitorie che, per il grado di specificità assunto dalle indicazioni in esse contenute, sono state dalla dottrina accostate al meccanismo della delega legislativa *ex art. 76 Cost.*: «La Corte Costituzionale, non solo ha dichiarato illegittime le leggi esistenti, ma ha indicato i principi e criteri direttivi ai quali il parlamento (ridotto quasi al ruolo di legislatore delegato) doveva attenersi» (così, A. Predieri, *Parlamento 1975*, in Id. (a cura di), *Il Parlamento nel sistema politico italiano*, Milano, 1975, 67). In questi casi, l'invito al legislatore ad intervenire per colmare un vuoto incostituzionale è arricchito dalla fissazione di «condizioni minime di conformità a Costituzione» della futura disciplina: i «criteri direttivi *de lege ferenda*» contenuti nei moniti diventano decisamente più stringenti, assumendo un significato sempre più spesso «limitativo» e non più solo «facoltizzante» (così, V. Crisafulli, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, cit., 1700). Il caso più noto, che per primo diede vita a queste elaborazioni dottrinali, è costituito dalla sent. n. 225/1974 in tema di riforma dei servizi radiotelevisivi: «Una delega, in questo caso, più costringente di quella prevista dall'art. 76 della Costituzione, poiché in quest'ultima è problematica l'efficacia vincolante circa l'*an* del provvedere, mentre nel caso menzionato la previa dichiarazione d'incostituzionalità della legge precedente rendeva politicamente indispensabile l'intervento legislativo. In tal caso, il monito era, per così dire, assoluto: *si deve legiferare e in questo modo*» (così, G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale. II. Oggetti, procedimenti, decisioni*, cit., 253). A tal proposito, si è utilizzata, in dottrina, anche la dicitura di «sentenza-comandamento» o di «comandamenti» (si v. *ibidem*).

Sul punto cfr. altresì M. C. Grisolia, *Alcune osservazioni sulle «sentenze comandamento» ovvero il «potere monitorio» della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1982; L. Pegoraro, *La Corte e il Parlamento: sentenze-indirizzo e attività legislativa*, Padova, 1987.

¹⁴⁸ Così, P. Veronesi, «Ogni promessa è debito»: la sentenza costituzionale sul 'caso Cappato', in *Giustizia Insieme*, 11 dicembre 2019.

¹⁴⁹ Corte cost., sent. n. 10/2024, considerato in diritto n. 9.

¹⁵⁰ Nella recente giurisprudenza costituzionale, non è la sola discrezionalità ad essere entrata in operazioni di bilanciamento: così anche le norme sul funzionamento della Corte costituzionale, come il requisito della rilevanza e l'efficacia delle sentenze di accoglimento. Si v. *infra*, nota n. 155.

dalla crisi del sistema dei partiti¹⁵¹, dall'altrettanto difficile rapporto con la forza espansiva del Governo¹⁵² e dal fenomeno del cd. monocameralismo di fatto¹⁵³.

La Corte costituzionale assume, dal canto suo, consapevolmente, ruoli che non le appartengono, manifestando, in maniera sempre più incisiva, la propria intrinseca politicità, arrivando a mutare i principi e le regole del sistema di giustizia costituzionale, forzandone il modello incidentale¹⁵⁴, superando il requisito della rilevanza e modulando gli effetti temporali dell'accoglimento¹⁵⁵. Autorevole dottrina ha parlato, infatti, di un «eccesso di ruolo»¹⁵⁶ della Corte, la quale, giungendo sino a sindacare la legge elettorale – che «si colloca nel cuore della decisione politica sulla forma di governo»¹⁵⁷ in quanto elemento costitutivo – «entra nella struttura» di questa, sotto forma di «formante

¹⁵¹ Sul punto, si v. S. Staiano, *A partire dal fondamento. Sulla forma di governo parlamentare italiana e sui suoi detrattori*, cit., VI ss.

¹⁵² *Ivi*, VII ss.

¹⁵³ Si v. I. Massa Pinto, *Il “monocameralismo di fatto” e la questione della perdurante validità della Costituzione*, in *costituzionalismo.it*, 3, 2022.

¹⁵⁴ Con le sentt. n. 1/2014 e 35/2017, com'è noto, la Corte si è addentrata nel sindacato della legge elettorale, pur dovendo forzare le modalità di accesso al giudizio di legittimità secondo il modello di giustizia costituzionale di tipo incidentale. In particolare, secondo giurisprudenza costituzionale consolidata, anche nel caso della proposizione di una domanda di accertamento mero, la Corte è tenuta ad accertare i requisiti della diversità dei *petita* e dell'autonomo svolgimento dei giudizi (quello *a quo* e quello di legittimità): nel caso della legge elettorale, la Corte li ha ritenuti sussistenti, pur non emergendo questi con chiarezza dal percorso logico-argomentativo seguito. L'altra fondamentale giustificazione utilizzata dalla Corte al fine di ammettere la sindacabilità della legge elettorale è legata all'esigenza di impedire che nell'ordinamento si sedimentino «zone franche» sottratte al controllo di legittimità costituzionale. Per un approfondimento sul punto, si v. S. Staiano, *La vicenda del giudizio sulla legge elettorale: crisi forse provvisoria del modello incidentale*, cit.; per una classificazione delle diverse posizioni assunte dalla dottrina, si v. G. Zagrebelsky, *La sentenza n. 1 del 2014 e i suoi commentatori*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2014, 2959 ss. Su legge elettorale, sindacato di costituzionalità e forma di governo, si v. altresì S. Staiano, *La rappresentanza*, in *Rivista AIC*, 3, 2017; sul punto, anche in ottica comparatistica, si v. G. Ferraiuolo, *Regole elettorali, frammentazione partitica, instabilità. Affinità e distanze tra sistemi*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna On Line*, 1, 2020.

¹⁵⁵ Con la sent. n. 10/2015 (cd. caso *Robin Hood Tax*), la Corte, richiamandosi ancora una volta all'esigenza di far fronte all'impatto ordinamentale delle proprie pronunce, ha modulato l'efficacia temporale della sentenza di accoglimento, disponendone l'efficacia esclusivamente *pro futuro*, a partire dal giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale. Così facendo, non solo ha esercitato un potere non attribuitole dalle norme sul suo funzionamento, ma ha anche impedito l'operatività del requisito della rilevanza della questione pregiudiziale (*ex art. 23, l. n. 87/1953*), imponendo la non applicabilità della sentenza ai fini della definizione del giudizio da cui è sorta la questione. Per un approfondimento, si v. A. Pugiotta, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2015; F. Gallarati, *La Robin Hood Tax e l'incostituzionalità d'ora in poi: spunti di riflessione a margine della sentenza n. 10/2015*, in *Federalismi.it*, 19, 2015; R. Romboli, *L'“obbligo” per il giudice di applicare nel processo a quo la norma dichiarata incostituzionale ab origine: natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4, 2016; in riferimento al tema del «costo» delle sentenze della Corte costituzionale in termini di conseguenze finanziarie, si v. M. Troisi, *Attività istruttoria, conseguenze finanziarie e modulazione degli effetti temporali delle decisioni*, in *La Rivista “Gruppo di Pisa”*, 2, 2017; Id., *La quantificazione del costo delle pronunce della Corte costituzionale in materia di diritti*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, 2, 2019.

Successivamente, con la sent. n. 41/2021, la Corte si è spinta ancora oltre, disponendo l'efficacia della sentenza a partire da un *dies a quo* futuro e certo (precisamente fissato nel 31 ottobre 2025). Sul punto, si v. A. Ruggieri, *Vacatio sententiae alla Consulta, nel corso di una vicenda conclusasi con un anomalo “bilanciamento tra bene costituzionalmente protetto e la norma sul processo di cui all'art. 136 Cost. (nota minima alla sent. n. 41 del 2021)”*, in *Giustizia Insieme*, 13 aprile 2021; si v. anche N. Fiano, *Una frontiera della modulazione degli effetti nel tempo. Riflessioni a margine della sent. Cost. n. 41 del 2021*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 1, 2021.

¹⁵⁶ Così, S. Staiano, *La Repubblica parlamentare italiana e il suo sistema dei partiti. Relazione introduttiva*, cit., 22.

¹⁵⁷ Id., *La vicenda del giudizio sulla legge elettorale: crisi forse provvisoria del modello incidentale*, cit., 4.

giurisprudenziale»¹⁵⁸.

In questo contesto di crisi, responsabilità e contrappesi, occorre domandarsi quale sia l'ampiezza della responsabilità di ciascuno dei due organi. La dottrina, anche alla luce delle più recenti vicende, non si presenta unanime. Alcuni tentano ancora di giustificare le forme di supplenza della Corte costituzionale affermando che il «grande ammalato»¹⁵⁹ sia il legislatore, il quale «non solo ha consentito alla Corte di allargarsi, ma l'ha costretta a farlo, non fornendo ad essa strumenti utili per lavorare adeguatamente»¹⁶⁰. Altri, invece, riconoscono pesanti responsabilità in capo al giudice delle leggi, giungendo a parlare di «sconfinamenti» della giustizia costituzionale che si traducono in una forma di «suprematismo giudiziario»¹⁶¹, o anche ritenendo che la Corte si sia spinta sino ad esercitare «un autentico potere costituente permanente, da se medesimo abilitato a disporre a piacimento, secondo occasionali convenienze» e che così facendo abbia «riplasmato l'essenza della Costituzione»¹⁶².

La sent. n. 10/2024, come si è avuto modo di appurare, rappresenta un'occasione di verifica del consolidamento di una giurisprudenza costituzionale creativa su più versanti, che è disposta anche a sacrificare, in una certa misura, la discrezionalità del legislatore. L'immagine è quella di una Corte che, ad atteggiamenti di *self-restraint* fa seguire, quando l'interlocuzione istituzionale non va a buon fine, reazioni di spessore anche accentuatamente politico¹⁶³. Infatti, si è visto come la sentenza in esame contenga scelte che si inseriscono nel ventaglio delle soluzioni possibili, senza ancoraggio alle «rime obbligate», in riferimento al novero dei soggetti «visitatori» ammessi al colloquio riservato. Si è visto, altresì, come siano state affrontate puntualmente le condizioni di cui le autorità competenti dovranno tenere conto nell'autorizzare e predisporre i colloqui riservati: la Corte, annunciando di voler considerare l'impatto della propria pronuncia, si è dilungata predisponendo una sorta di «schema» legislativo che segue punto per punto la costruzione dell'istituto, tanto da consentire ad alcuni di qualificare la sentenza come «paralegislativa»¹⁶⁴.

Pertanto, è da ritenere che, alla luce del dispositivo additivo da leggere «nei termini di

¹⁵⁸ Id., *A partire dal fondamento. Sulla forma di governo parlamentare italiana e sui suoi detrattori*, cit., XI.

¹⁵⁹ Così, M. Ruotolo, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Diritto e società*, 1, 2020, 72.

¹⁶⁰ Così, R. Bin, *Sul ruolo della Corte costituzionale. Riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2019, 4.

¹⁶¹ Così, A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, cit., 251. L'A., alla nota n. 1, definisce il «suprematismo giudiziario» come «un'attività giurisdizionale lontana dalle forme giuridiche, non oggettiva o non dichiarativa, essenzialmente diretta a creare «realtà» o «forme» nuove rispetto a quelle dell'ordinamento vigente. Una realtà non oggettiva che, però, si pretende di rendere tale attraverso diversi strumenti e, in ultimo, mediante la costruzione di un consenso presso l'opinione pubblica, come fonte di legittimazione politica».

¹⁶² Così, A. Ruggeri, *Vacatio sententiae alla Consulta, nel corso di una vicenda conclusasi con un anomalo «bilanciamento tra bene costituzionalmente protetto e la norma sul processo di cui all'art. 136 Cost. (nota minima alla sent. n. 41 del 2021)»*, cit.

¹⁶³ Per uno studio sull'attuale stato dei rapporti fra Corte costituzionale e legislatore, si v. P. Carnevale, *Tre variazioni sul tema dei rapporti Corte costituzionale-legislatore rappresentativo*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 3, 2023. In particolare (34), l'A., dinanzi ai più recenti atteggiamenti del giudice delle leggi, esprime l'esigenza di comprendere «al netto delle inevitabili oscillazioni connaturate all'esercizio della giurisdizione, le ragioni della coerente compresenza delle diverse soluzioni a disposizione del giudice costituzionale»; rispetto all'alternarsi di decisioni di inammissibilità per discrezionalità legislativa, di decisioni di accoglimento immediato pur in assenza di soluzioni obbligate, e di pronunzie di rinvio a data fissa, si pone «una domanda di sistemazione del panorama delle varie soluzioni fruibili».

¹⁶⁴ Così, V. Valentini, *Il diritto all'affettività-sessualità in carcere e la sentenza n. 10 del 2024. Cronistoria di una rivoluzione, costituzionalmente orientata, che non attende più di essere compiuta*, cit., 362.

cui in motivazione»¹⁶⁵, la pronuncia in esame non si sia limitata ad enunciare principi a cui dovranno ispirarsi amministrazione penitenziaria e giudici al fine di individuare la regola da applicare al caso concreto: essa stessa ha determinato regole idonee a colmare direttamente la lacuna normativa e ad essere immediatamente applicate dagli organi competenti¹⁶⁶ in maniera non troppo difforme da come farebbe un testo legislativo. Riconosciuta l'essenza della pronuncia in commento e senza ignorare i limiti e la relatività delle classificazioni, sembrerebbe più coerente qualificarla come sentenza additiva semplice oltre che, comunque, a carattere «normativo»¹⁶⁷.

Molteplici sono, insomma, le perplessità che connotano la sentenza in commento. Non si può negare, però, che un intervento della Corte si fosse reso ormai necessario, per scongiurare la «castrazione di un diritto»¹⁶⁸ già riconosciuto.

In conclusione, gli «scostamenti» che si sono verificati nel funzionamento della Corte costituzionale sono certamente significativi, soprattutto considerata l'esperienza recente. Sembra ragionevole ritenere, comunque, che gli eccessi manifestati sarebbero destinati a rientrare non appena il legislatore si mettesse nella posizione di riappropriarsi dei propri poteri e dei propri confini in maniera avveduta: è ciò che sicuramente si è reso necessario, in questo processo dialettico.

Tutt'altro scenario sarebbe, invece, quello in cui la Corte, anche dinanzi al rinvigorismento degli organi legislativi, volesse persistere nella sua tendenza creativa, che a quel punto sarebbe una tendenza «appropriatrice», e più che di compensazione si tratterebbe di esautoramento.

Abstract. Il contributo esamina la tecnica decisoria adoperata e le soluzioni di merito adottate dalla Corte costituzionale nella sent. n. 10/2024, collocando la pronuncia nell'ambito degli strumenti di cui il giudice delle leggi si è dotato per far fronte all'inerzia del legislatore. Oggetto della pronuncia è il «diritto all'affettività» dei detenuti, ossia il diritto di intrattenere colloqui intramurari privati, non sottoposti a sorveglianza visiva. Si tratta di un diritto negato dalla normativa vigente, nonostante il monito costituito dalla sent. n. 301/2012 e dalle numerose occasioni avute nel frattempo dal legislatore. Con la sentenza in esame, la Corte costituzionale non solo ne ha riconosciuto il fondamento costituzionale, ma ha anche puntualmente fissato le modalità con cui dovrà essere garantito e i limiti entro cui dovrà essere rispettato: attraverso uno stringente intervento additivo, ha dettato essa stessa «regole» idonee a trovare immediata applicazione da parte degli organi giudiziari ed amministrativi.

Abstract. The contribution examines the decisional technique employed and the substantive solutions adopted by the Constitutional Court in sentence no. 10/2024, placing the pronouncement in the context of the procedures created by the Court in order to deal with the inertia of the legislator. The subject of the judgement is the «right to affectivity» of prisoners, i.e., the right to hold private visits without any supervision. This right is denied by current legislation, despite the warning expressed by sentence no. 301/2012 and the numerous opportunities the legislator has had in the meantime. With the pronouncement examined, not only has the Constitutional Court recognized the constitutional basis of the right, but also it has punctually established both its guarantees

¹⁶⁵ Corte cost., sent. n. 10/2024, p.q.m.

¹⁶⁶ Fatte salve le innegabili difficoltà strutturali e organizzative, su cui v. *supra*, par. 4.

¹⁶⁷ V. *supra*, nota. n. 13.

¹⁶⁸ Espressione di A. Pugiotto, *Della castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, cit.

and its limits: through a stringent additive sentence, the Court itself has dictated «rules» suitable for immediate application by judicial and administrative authorities.

Parole chiave. Affettività – diritti dei detenuti – Corte costituzionale – inerzia legislativa – sentenza additiva.

Key words. Affectivity – prisoners’ rights – Constitutional Court – legislative inactivity – additive sentence.