

10 LUGLIO 2024

L'affettività dei detenuti tra inerzia del
legislatore e attivismo della Corte
costituzionale. Un caso di eterogenesi
dei fini

di **Valentina Ciaccio**

Dottoressa di ricerca in Diritto pubblico
Sapienza - Università di Roma



L'affettività dei detenuti tra inerzia del legislatore e attivismo della Corte costituzionale. Un caso di eterogenesi dei fini *

di Valentina Ciaccio

Dottoressa di ricerca in Diritto pubblico
Sapienza - Università di Roma

Abstract [It]: Il presente contributo mira a riflettere, a partire dalla sentenza n. 10 del 2024 della Corte costituzionale, sul rapporto tra sindacato di costituzionalità e discrezionalità legislativa. In quest'ottica l'articolo esamina l'utilizzo oscillante che la Corte costituzionale fa dello scrutinio di ammissibilità e approfondisce il problema dell'attuazione delle decisioni della Corte costituzionale in caso di inerzia del legislatore.

Title: The affectivity of prisoners between the inertia of the legislature and the activism of the Constitutional Court. A case of heterogenesis of ends

Abstract [En]: Starting from the judgment no. 10, 2024 of the Italian Constitutional Court, the present contribution aims to deal with the relationship between constitutional review and legislative discretion.

In this perspective, the article examines the fluctuating use made by the Constitutional Court of the admissibility and explores the problem of the enforcement of the decisions of the Constitutional Court in case of inaction of the legislator.

Parole chiave: Corte costituzionale, Discrezionalità legislativa, Giurisprudenza costituzionale, Affettività, Carcere
Keywords: Constitutional Court, Legislative discretion, Constitutional jurisprudence, Affection, Prison

Sommario: 1. Premessa. 2. Un “monito” in tema di affettività dei detenuti. 3. Forzature e aporie in tema di discrezionalità legislativa. 4. Il problema della garanzia del principio di legalità dell'azione amministrativa nelle sentenze a rime “adequate”. 5. Il ruolo del legislatore dopo il sindacato della Corte.

1. Premessa

La dialettica tra legislatore e Corte costituzionale connota pressoché tutte le decisioni del Giudice delle leggi, per il sol fatto ch'esse si risolvono in una verifica della Corte sull'attività del legislatore. Vi sono, poi, casi in cui tale dialettica si declina in forme peculiari, ad esempio quando la discrezionalità legislativa limita la cognizione della Corte costituzionale, con conseguente inammissibilità della *questio*, oppure ancora quando la piena esecuzione di una decisione del Giudice delle leggi è condizionata da un successivo intervento del legislatore¹.

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Tale duplice declinazione del rapporto dialettico tra legislatore e Corte costituzionale è sintetizzata in P. CARNEVALE, *Tre variazioni sul tema dei rapporti Corte costituzionale-legislatore rappresentativo*, in *Nomos*, 3/2023, p. 3, ove si rileva che “Quando si parla di rapporto fra Corte costituzionale e legislatore il pensiero corre necessariamente [...] al nesso che si realizza fra questi due soggetti, da una parte, sul fronte del seguito (o, ahimè, più spesso del mancato seguito) legislativo ai *dicta* del giudice costituzionale, dall'altra, sul terreno dei limiti apposti alla cognizione di quest'ultimo dall'esistenza di spazi rilasciati alla discrezionalità dell'altro”.

La giurisprudenza costituzionale, come è noto, ha sperimentato tecniche decisorie assai variegata per tentare di superare sia l'una che l'altra *impasse*. Da un lato, infatti, la Corte costituzionale maneggia con sempre più disinvoltura lo scrutinio di ammissibilità e, affrancandosi dallo schema delle “rime obbligate”, ritiene di poter entrare nel merito anche di questioni in cui la discrezionalità legislativa è – oggettivamente – assai ampia. Dall'altro, il Giudice delle leggi ha dimostrato di essere in grado di individuare formule decisionali innovative per stimolare il legislatore a colmare dei vuoti normativi.

Resta fermo, tuttavia, che anche ove la Corte, “forzando” lo scrutinio di ammissibilità, si pronunci in una materia in cui il legislatore è rimasto silente ma la sua discrezionalità è particolarmente ampia, è ben difficile immaginare che il *dictum* giudiziale possa avere natura autoapplicativa. E ciò vale a più forte ragione se l'esecuzione della decisione della Corte comporti la cooperazione attiva dell'Amministrazione, la cui azione è retta dal principio di legalità e che difficilmente potrebbe esercitare poteri non fondati su una previa legge.

L'occasione per riflettere su tale complesso di questioni è offerta ora dalla sent. n. 10 del 2024 della Corte costituzionale, che costituisce un esempio concreto, al contempo, dell'utilizzo dello scrutinio di ammissibilità nei termini appena accennati e del problema dei rapporti tra esecuzione delle decisioni della Corte e rispetto del principio di legalità (in particolare declinata in termini di legalità dell'azione amministrativa).

In tale pronuncia, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 della legge 26 luglio 1975, n. 354 – recante “*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 indicati nella medesima sent. n. 10 del 2024, “*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*”². La sentenza, che trae origine da un'ordinanza di rimessione del Magistrato di sorveglianza di Spoleto³ adito in sede di reclamo⁴, ha ritenuto violati gli artt. 3, 27, comma 3, e 117, comma 1, Cost. (quest'ultimo in relazione all'art. 8 CEDU).

La pronuncia, da ascrivere alla categoria delle additive di principio (seppur con alcune peculiarità di cui si dirà più avanti) si articola in tre parti. Nella prima il Giudice delle leggi ritiene ammissibile la questione, così escludendo che la disciplina dell'affettività intramuraria sia materia riservata alla discrezionalità del legislatore, come invece affermato dalla stessa Corte nella sent. n. 301 del 2012, vertente su questione

² Così si legge nel dispositivo della sentenza n. 10 del 2024.

³ L'ordinanza è pubblicata in *Gazzetta Ufficiale*, Serie Speciale Corte costituzionale, n. 6 dell'8 febbraio 2023.

⁴ Il reclamo *ex art. 35-bis* ordin. penit. era stato presentato da un detenuto avverso il diniego oppostogli dalla direzione della Casa circondariale di Terni circa lo svolgimento di colloqui intimi e riservati con la compagna e la figlia in tenera età.

sostanzialmente identica. Sul punto, la Corte rileva che l'attuale quadro normativo sarebbe diverso da quello che fu alla base della declaratoria d'inammissibilità del 2012 e ciò consentirebbe, ora, alla Corte di superare gli indugi di allora e di pronunciarsi sul merito della questione.

Nella seconda parte della pronuncia la Corte illustra le ragioni d'incostituzionalità della norma, osservando che la prescrizione del controllo a vista sullo svolgimento del colloquio del detenuto con le persone a lui legate da stabile relazione affettiva, in quanto disposta in termini assoluti e inderogabili (e quindi indipendentemente dalla sussistenza di ragioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina), si risolve in una compressione sproporzionata e in un sacrificio irragionevole della dignità della persona, con conseguente violazione dell'art. 3 Cost.

Il Giudice delle leggi ritiene che la norma scrutinata si ponga in contrasto anche con l'art. 27, comma 3, Cost. in quanto *“una pena che impedisce al condannato di esercitare l'affettività nei colloqui con i familiari rischia di rivelarsi inidonea alla finalità rieducativa”*. In quest'ottica, proprio l'obiettivo della risocializzazione risulterebbe gravemente ostacolato dall'indebolimento delle relazioni affettive, frustrate dalla protratta impossibilità di coltivarle nell'intimità di incontri riservati.

Da ultimo, la Corte ritiene violato anche l'art. 117, comma 1, Cost. con riferimento all'art. 8 CEDU che al par. 1 tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare. Tale diritto, infatti, viene compreso *“senza che sia verificabile in concreto, agli effetti del successivo paragrafo 2, la necessità della misura restrittiva per esigenze di difesa dell'ordine e prevenzione dei reati”*.

La Corte, però, non si limita a dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 18 della legge n. 354 del 1975. Nella terza e ultima parte della pronuncia, infatti, si preoccupa di regolare anche l'esecuzione della propria decisione, suggerendo tempi, luoghi e modi di svolgimento dei colloqui riservati, nonché i casi di esclusione o limitazione del diritto all'affettività. Così facendo, la Corte sembra negare la necessità di un intervento – che sarebbe inevitabilmente discrezionale – del legislatore. Un tale intervento, stando alla pronuncia, sarebbe infatti auspicabile ma non decisivo, tant'è che la Corte, in vista dell'esecuzione della decisione, non assume a interlocutore il legislatore, ma direttamente l'Amministrazione e, anzi, i singoli pubblici impiegati, nella persona dei direttori degli istituti penitenziari. È su costoro, infatti, che pur in assenza di una mediazione legislativa dovrebbe gravare il compito di assicurare (anche con l'apporto della magistratura di sorveglianza) l'esecuzione delle statuizioni della Corte.

In questa sede non ci si vuole soffermare sul merito delle questioni affrontate nella pronuncia, che in parte la dottrina (penalistica, ma non solo) ha già prontamente scandagliato⁵, salutando con favore

⁵ La dottrina a commento della recente sent. n. 10 del 2024 è già ampia. Si segnalano in particolare, senza pretesa d'eshaustività: R. DE VITO, *Frammenti di un nuovo discorso amoroso: la Corte costituzionale n. 10 del 2024 e l'affettività in carcere*, in *Questione Giustizia*, n. 1-2, 2024; L. FABIANO, *Abulia legislativa e necessità di garanzie sostanziali in tema di diritti in carcere: l'attività di supplenza del giudice costituzionale nella decisione n. 10 del 2024*, in [Lecostituzionaliste](#); I. GIUGNI, *Diritto all'affettività delle persone detenute: la Corte costituzionale apre ai colloqui intimi in carcere*, in *Sistema Penale*, 2 febbraio 2024; E.N. LA ROCCA,

unanime la decisione. Le riflessioni che seguono, invece, si incentrano sul rapporto tra sindacato di costituzionalità, discrezionalità del legislatore e principio di legalità, per come emergenti sia dallo scrutinio di ammissibilità che la Corte ha svolto nella sentenza n. 10 del 2024 sia dalle modalità d'esecuzione di tale decisione che lo stesso Giudice delle leggi, in chiusura, ha prospettato.

I due momenti della decisione sono strettamente collegati e anzi rappresentano due facce della stessa medaglia, se si considera che il nodo della discrezionalità legislativa, che la Corte si sottrae dall'affrontare in sede di ammissibilità, si ripropone irrisolto quando si tratta di fornire indicazioni sul *sequitur* della pronuncia. Lì la Corte, limitandosi a fare “*salva la possibilità per il legislatore di disciplinare la materia*” e assumendo a diretto interlocutore l'Amministrazione, sembra negare che l'introduzione di un sistema di garanzie del diritto all'affettività intramuraria (declinata anche come sessualità) spetti necessariamente ed esclusivamente al legislatore. Così facendo, però, rischia di votare all'incertezza proprio la garanzia di quel diritto che vorrebbe tutelare.

La tesi che l'esecuzione di una sentenza che riconosca il diritto all'affettività intramuraria – *i.e.*: la predisposizione di un apparato normativo (individuazioni delle condizioni di accesso, limiti di esercizio, ecc.) e materiale (strutture, personale, ecc.) per garantire i colloqui intimi – potrebbe essere rimessa solo all'Amministrazione, infatti, si scontra col principio di legalità dell'azione amministrativa e con le esigenze di certezza del diritto e di parità di trattamento fra detenuti che versino nelle medesime condizioni, indipendentemente dalla struttura che li ospita. Tale pretesa, poi, contrasta pure con la realtà dei fatti⁶ e quindi col problema pratico dell'individuazione e predisposizione di strutture idonee a garantire l'affettività intramuraria, la cui soluzione, in un contesto generale di sovraffollamento delle carceri, non può certo essere fornita dai direttori delle singole strutture penitenziarie.

Occorre sin d'ora precisare che in questa sede il lemma “affettività” è utilizzato (sin dal titolo) quale macrocategoria che ricomprende al suo interno la sfera della sessualità, ma non si esaurisce in essa⁷.

D'altra parte, la nozione di “intimità”, che pure la Corte costituzionale evoca ripetutamente nella sent. n.

L'affettività in carcere nei “ritrovati” equilibri della Consulta (Corte cost., 26 gennaio 2024, n. 10), in *Diritti Comparati*, 18 marzo 2024; A. RUGGERI, *Finalmente riconosciuto il diritto alla libera espressione dell'affettività dei detenuti (a prima lettura di Corte cost. n. 10 del 2024)*, in *ConsultaOnline*, n. 1, 2024; M. SERIO, *Privazione della libertà e salvaguardia della dimensione intima: impressioni su Corte costituzionale 10/2024*, in *Questione Giustizia*, nn. 1-2, 2024; S. TALINI, *L'intimità quale diritto inviolabile “anche” negli istituti penitenziari. Considerazioni a margine della sentenza n. 10/2024*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2024, pp. 179 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 *ConsultaOnline*, n. 1, 2024, pp. 345 ss.; P. VERONESI, *L'amore ai tempi delle catene: affettività e carcere secondo la sentenza n.10 del 2024*, in *Nomos*, n. 1, 2024.

⁶ Che la Corte, come si vedrà, ben conosceva, anche in ragione dei quesiti formulati dal Giudice relatore all'Avvocatura Generale dello Stato in vista dell'udienza pubblica (di cui si dirà *infra*).

⁷ Discorre di “polisemanticità” del termine “affettività” V. VALENTI, *Il diritto all'affettività-sessualità*, *cit.*, p. 351, ove si legge che “il perimetro del termine affettività è molto vasto e sfaccettato e coinvolge diversi livelli delle relazioni interpersonali-familiari; mette in gioco diverse dinamiche razionali ed emotive legate, al contempo, alla percezione di sé, dell'altro e di sé con l'altro e può ricomprendere anche la sfera della sessualità”.

10 del 2024, viene intesa da chi scrive come una *modalità* di espressione dell'affettività (nel senso ampio appena esposto) che si connota per l'esclusione del controllo a vista del personale di custodia. Così ricostruite le due nozioni – di “affettività” e di “intimità” –, si muove qui dal presupposto che la disciplina scrutinata dalla Corte, prevedendo l'inderogabilità assoluta del controllo a vista e quindi escludendo l'intimità dei colloqui, non consente appieno l'esercizio dell'affettività (con o senza sessualità) dei detenuti. In altri termini, se è vero che nel nostro ordinamento sono previste forme di tutela dell'affettività intramuraria, parimenti vero è che tale tutela è parziale e che la lacuna normativa non attiene esclusivamente al profilo della sfera della sessualità, ma, in quanto relativa all'intimità dei colloqui, investe l'affettività intramuraria in tutte le sue manifestazioni.

2. Un “monito” in tema di affettività dei detenuti

Come anticipato, l'itinerario argomentativo seguito dalla sent. n. 10 del 2024 per addivenire all'ammissibilità della *quaestio* non convince pienamente.

Per comprendere perché, però, bisogna prendere le mosse dalla sentenza n. 301 del 2012⁸, ove la Corte aveva ritenuto inammissibile una questione sostanzialmente identica a quella ora dichiarata fondata.

Nel 2012, infatti, la Consulta era stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 18, comma 2, della legge n. 354 del 1975 (la stessa norma oggetto della sentenza n. 10 del 2024) “*nella parte in cui prevede 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*”⁹.

In quel caso, però, la Corte aveva dichiarato la questione inammissibile osservando, in primo luogo, che un intervento puramente e semplicemente ablativo della previsione del controllo visivo sui colloqui si sarebbe rivelato, da un lato, eccedente lo scopo perseguito e, dall'altro, insufficiente a realizzarlo. Eccedente, perché il controllo a vista del personale di custodia durante i colloqui persegue finalità generali di tutela dell'ordine e della sicurezza all'interno degli istituti penitenziari e di prevenzione dei reati, ma indirettamente ostacola l'esplicazione del “diritto alla sessualità”. Nondimeno, la necessità costituzionale di rimuovere tale conseguenza non potrebbe giustificare la caduta di *qualsiasi* forma di sorveglianza sulla generalità dei colloqui, come invece accadrebbe in caso di declaratoria d'incostituzionalità “secca” della previsione del controllo visivo sui colloqui.

⁸ Per un commento alla pronuncia v.: G. FINOCCHIARO, *Sul preteso diritto dei detenuti alla sessualità intra moenia*, in *Giustizia civile*, n. 5-6, 2013, pp. 907 ss.; F. FIORENTIN, *Affettività e sessualità in carcere: luci ed ombre di una pronuncia che rimanda al difficile dialogo con il legislatore*, in *Giur. cost.*, n. 6, 2012, pp. 4726 ss.; T. GRIECO, *La Corte costituzionale sul diritto dei detenuti all'affettività ed alla sessualità*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 17 gennaio 2013.

⁹ Corte cost., sent. n. 301 del 2012, par. 1 del *Considerato in diritto*.

D'altra parte, il Giudice delle leggi osservava che l'eliminazione del controllo visivo non sarebbe stata comunque sufficiente, di per sé, a realizzare l'obiettivo perseguito, *“dovendo necessariamente accedere ad una disciplina che stabilisca termini e modalità di esplicazione del diritto di cui si discute: in particolare, occorrerebbe individuare i relativi destinatari, interni ed esterni, definire i presupposti comportamentali per la concessione delle «visite intime», fissare il loro numero e la loro durata, determinare le misure organizzative”*¹⁰. Tali operazioni, per espressa ammissione della Corte, implicavano *“scelte discrezionali, di esclusiva spettanza del legislatore: e ciò, anche a fronte della ineludibile necessità di bilanciare il diritto evocato con esigenze contrapposte, in particolare con quelle legate all'ordine e alla sicurezza nelle carceri e, amplius, all'ordine e alla sicurezza pubblica”*¹¹.

Nella sent. n. 301 del 2012 la Consulta aveva anche contemplato, per escluderla, l'opzione di emettere una sentenza additiva “di principio”, che si limitasse ad affermare l'esigenza costituzionale di riconoscere il diritto all'affettività intramuraria, demandando poi al legislatore il compito di definire modi e limiti della sua esplicazione. Nondimeno, secondo la Corte costituzionale del 2012 anche una sentenza additiva “di principio” sarebbe stata, essa stessa, *“espressiva di una scelta di fondo”*, atteso che, nella prospettiva del giudice *a quo*, il diritto all'affettività intramuraria avrebbe dovuto essere riconosciuto ai soli detenuti coniugati o che intrattenessero rapporti di convivenza stabile *more uxorio*. Tale soluzione *“non solo non è l'unica ipotizzabile [...], ma non appare neppure coerente con larga parte dei parametri costituzionali evocati dallo stesso giudice a quo: talora «per eccesso», talaltra «per difetto»”*¹².

La Corte, pur non invocando in termini perentori l'urgenza di un intervento legislativo, aveva riconosciuto già allora di essere di fronte a un *“problema che merita ogni attenzione da parte del legislatore, anche alla luce dalle indicazioni provenienti dagli atti sovranazionali [...] e dell'esperienza comparatistica, che vede un numero sempre crescente di Stati riconoscere, in varie forme e con diversi limiti, il diritto dei detenuti ad una vita affettiva e sessuale intramuraria”*¹³.

3. Forzature e aporie in tema di discrezionalità legislativa

Sulla possibilità di qualificare le riflessioni svolte dalla Corte nella sent. n. 301 del 2012 come un vero e proprio monito¹⁴, è dato avanzare delle riserve. In ogni caso, quel che interessa osservare è che dodici anni dopo, nella sent. n. 10 del 2024, la Consulta rigetta l'eccezione di inammissibilità della questione, che

¹⁰ Corte cost., sent. n. 301 del 2012, par. 3 del *Considerato in diritto*.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*

¹³ Corte cost., sent. n. 301 del 2012, par. 3 del *Considerato in diritto*.

¹⁴ Insistono sulla valenza monitoria della pronuncia S. TALINI, *L'affettività ristretta*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2015; A. PUGIOTTO, *Della castrazione di un diritto. La proibizione della sessualità in carcere come problema di legalità costituzionale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, n. 2-bis, 2019, p. 7; M. RUOTOLO, *La libertà della persona in stato di detenzione*, in *Osservatorio AIC*, n. 6, 2021, pp. 253 ss. (l'A. discorre di “monito rivolto al legislatore, ad oggi rimasto inascoltato, a prestare attenzione al problema, tenendo anche conto di soluzioni emergenti nell'esperienza comparatistica”). In senso contrario v. V. FINOCCHIARO, *Sul preteso diritto dei detenuti alla sessualità intra moenia*, *cit.*

la difesa erariale aveva formulato proprio sulla scorta degli argomenti spesi dalla Corte nella sent. n. 301 del 2012, e lo fa appellandosi al fatto che la perdurante lacuna legislativa si collocherebbe ora in un quadro normativo profondamente mutato che in buona sostanza le consentirebbe di fare quel che nel 2012 appariva precluso.

In quest'ottica, la Corte ritiene che nell'ultimo decennio sia emersa nella legislazione “un'indicazione specifica circa le relazioni qualificate della persona detenuta, meritevoli e bisognose di una considerazione differenziata anche «dentro le mura»” e in tal senso richiama l'art. 1, della legge n. 76 del 2016, commi 20¹⁵ e 38¹⁶. Aggiunge, inoltre, che la stessa disposizione censurata è stata novellata dall'art. 11, comma 1, lett. g), numero 3), del d.lgs. n. 123 del 2018, che ha aggiunto la previsione – reputata sintomatica di una mutata sensibilità rispetto al tema dell'affettività intramuraria – 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”. Nella medesima direzione viene richiamato quanto stabilito per gli istituti minorili dall'art. 19, comma 3, del d.lgs. n. 121 del 2018¹⁷, ritenuto dalla Corte “emblematico di un contesto normativo fortemente innovato rispetto a quello in cui venne pronunciata la sentenza n. 301 del 2012”. Da ultimo, la Corte registra che, nell'esercitare la delega complessiva di cui all'art. 1, comma 82, della legge 23 giugno 2017, n. 103, il legislatore delegato non avrebbe dato seguito al criterio direttivo enunciato dalla lettera n) del successivo comma 85, recante proprio il “riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute e internate e disciplina delle condizioni generali per il suo esercizio”, lasciando così aperta la pregressa lacuna, ma in un contesto normativo ben diverso da quello che aveva fatto da sfondo alla sentenza del 2012.

Gli argomenti utilizzati dalla Consulta per superare l'ostacolo dell'ammissibilità, per quanto suggestivi, non convincono appieno.

È certamente vero, infatti, che il mutato quadro normativo lascia trasparire, da un lato, una maggiore attenzione del legislatore dell'ultimo decennio al tema dell'affettività intramuraria e, dall'altro, una graduale estensione, nella disciplina dell'ordinamento penitenziario, del perimetro delle “relazioni qualificate” della persona detenuta, meritevoli di una considerazione differenziata. A ben vedere, però,

¹⁵ L'art. 1, comma 20, della legge n. 76 del 2016 dispone che: “Al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti”.

¹⁶ L'art. 1, comma 38, della legge n. 76 del 2016 stabilisce che “I conviventi di fatto hanno gli stessi diritti spettanti al coniuge nei casi previsti dall'ordinamento penitenziario”.

¹⁷ A tenor del quale “Al fine di favorire le relazioni affettive, il detenuto può usufruire ogni mese di quattro visite prolungate della durata non inferiore a quattro ore e non superiore a sei ore, con una o più delle persone di cui al comma 1” (ossia i congiunti e le persone con cui sussiste un significativo legame affettivo).

quanto al primo punto, si potrebbe obiettare che esso, semmai, dimostra che dei passi avanti dal 2012 a oggi sono stati fatti e che quindi il legislatore non è rimasto completamente inerte. Tali sviluppi della legislazione - per quanto insoddisfacenti, per chi scrive (e per la Corte stessa), nell'ottica della tutela dell'affettività intramuraria - potrebbero essere stati espressione di una scelta discrezionale del legislatore, nella quale a più forte ragione la Consulta non potrebbe impingere.

Quanto al secondo aspetto, poi, e dunque per quanto concerne la progressiva estensione dell'area delle "relazioni qualificate" del detenuto, esso non costituisce un argomento risolutivo, giacché non supera le perplessità manifestate dalla stessa Corte nella sent. n. 301 del 2012. Questa, infatti, aveva già considerato l'ipotesi di limitare l'additiva al coniuge e al convivente stabile del detenuto (cui ora, in forza della sent. n. 10 del 2024, si aggiunge pure la parte dell'unione civile), ma aveva reputato anche tale opzione comunque espressiva di una scelta di fondo rimessa esclusivamente al legislatore e pertanto inibita al Giudice delle leggi. Tanto, per la semplice ragione che un'additiva di principio di questo tipo avrebbe comportato, per esempio, l'assenza di qualsiasi garanzia per chi "*all'atto dell'ingresso in carcere, abbia una relazione affettiva «consolidata», ma non ancora accompagnata dalla convivenza, o da una convivenza «stabile»*"¹⁸. E ciò è proprio quanto accade a seguito della sentenza n. 10 del 2024, ove la Corte ha individuato le tipologie di rapporti "qualificati", che devono beneficiare della garanzia, inevitabilmente escludendone altri e compiendo così, seppur indirettamente, una scelta di fondo che appare difficilmente compatibile con l'art. 28 della l. n. 87 del 1953¹⁹.

A ciò si aggiunge, lo si rileva incidentalmente, che nelle motivazioni della sentenza qui in esame molto si insiste sul profilo del diritto alla sessualità intramuraria. Ora, quello della sessualità ben potrebbe essere inteso come aspetto consustanziale alla dimensione umana e quindi limitabile, sì, ma non sacrificabile in termini assoluti nemmeno in regime di detenzione. In tale prospettiva, però, la pronuncia presta il fianco a un altro ordine di critiche. E infatti la scelta della Corte di garantire il diritto alla sessualità intramuraria esclusivamente se esercitato all'interno di una relazione affettiva *preesistente* alla detenzione e comunque connotata da indici di *stabilità* sembra sottendere una valutazione discrezionale (più che politica, addirittura morale), sulla cui base si effettua una selezione delle situazioni meritevoli di tutela. Selezione che appare foriera di disparità di trattamento irragionevoli, non ultima quella in danno dei detenuti più giovani, per i quali il requisito della stabilità nel tempo e la sua dimostrazione appaiono oneri più difficilmente esigibili.

Né, a parere di chi scrive, l'obiezione relativa alla valutazione discrezionale compiuta dalla Corte può essere superata dal fatto che sia lo stesso remittente ad aver prospettato la questione in detti termini e,

¹⁸ Corte cost., sent. n. 301 del 2012, par. 4 del *Considerato in diritto*.

¹⁹ La norma, come è noto, prevede che "*Il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento*".

quindi, ad aver lamentato, nell'ordinanza di promovimento, la lesione della “*dimensione sessuale dell'affettività*” nell'ambito del rapporto di coppia tra il detenuto e il partner in libertà, e non la lesione della sessualità del detenuto in sé autonomamente considerata. La Corte, infatti, nel pronunciare una sentenza additiva di principio non può sottrarsi al dovere di considerare – e quindi di argomentare – gli effetti che la direzione dell'intervento suggerito dal remittente produce, specie se essa genera una differenziazione di tutela che non trova alcun appiglio nel diritto positivo vigente.

Del resto, una cosa è affermare che per determinati aspetti la legislazione penitenziaria riconosce il carattere “qualificato” della relazione tra determinate categorie di soggetti e il detenuto, altra e diversa cosa è giungere alla conclusione che ciò costituisca anche una soluzione costituzionalmente obbligata o comunque adeguata per (de)limitare la garanzia del diritto all'affettività e alla sessualità del detenuto.

Da ultimo, è doveroso rilevare che gli argomenti utilizzati dalla Corte nella sentenza n. 10 del 2024 per giustificare l'ammissibilità della questione dimostrano anche la continua oscillazione della giurisprudenza costituzionale nella ricostruzione dei confini tra scrutinio di costituzionalità e discrezionalità del legislatore. L'assenza di una linea giurisprudenziale se non stabile almeno coerente sul punto è confermata dal raffronto fra questa sentenza, ove la Corte ha ritenuto di potersi pronunciare nel senso dell'ammissibilità per le ragioni già esposte, e altre recenti pronunce, ove la Consulta è parsa assai più rispettosa delle prerogative del legislatore. Il riferimento è, per esempio, alla sent. n. 130 del 2023²⁰, ove la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile una questione: i) relativa ai tempi di liquidazione dei trattamenti di fine servizio; ii) sulla quale si era già pronunciata indirizzando al legislatore un invito a intervenire assai più perentorio²¹ di quello contenuto fra le righe della sent. n. 301 del 2012 in tema di affettività dei detenuti (che la stessa sentenza n. 10 del 2024 qualifica come “*segnalazione*”²² e non come monito). Ebbene, nella sent. n. 130 del 2023 il Giudice delle leggi ha accertato l'esistenza di un *vulnus* costituzionale, ma ha ritenuto di non potersi “*allo stato, porre rimedio, posto che il quomodo delle soluzioni attinge alla discrezionalità del legislatore*”²³. Lì, però, la discrezionalità legislativa concerneva esclusivamente il “*rilevante impatto in termini di provvista di cassa*” che l'eliminazione del differimento della liquidazione dei trattamenti di fine servizio avrebbe comportato. Epperò, tale impatto meramente economico è stato reputato dalla Corte sufficiente a impedire addirittura l'ammissibilità della *quaestio*, confermando la

²⁰ Si consenta di rinviare, per un commento alla pronuncia, a V. CIACCIO, *In tema di incostituzionalità solo annunciata, ma non dichiarata, della disciplina del differimento del Trattamento di Fine Servizio*, in *Osservatorio AIC*, n. 6, 2023, pp. 157 ss.

²¹ Nella sent. n. 159 del 2019, infatti, i toni sono assai netti. Ivi si legge: “*questa Corte non può esimersi dal segnalare al Parlamento l'urgenza di ridefinire una disciplina non priva di aspetti problematici, nell'ambito di una organica revisione dell'intera materia, peraltro indicata come indifferibile nel recente dibattito parlamentare*” (par. 9 del *Considerato in diritto*).

²² Al par. 3.1. della sent. Corte cost., n. 10 del 2024 si legge infatti che “*La segnalazione all'indirizzo del legislatore rivolta da questa Corte con la sentenza n. 301 del 2012 era appunto finalizzata a promuovere la ricerca di un punto di equilibrio, che, pur senza compromettere la sicurezza e l'ordine ineludibili negli istituti penitenziari, consentisse tuttavia l'apertura di spazi di manifestazione di quella basilare libertà*”.

²³ Sentenza Corte cost., n. 130 del 2023, par. 7 del *Considerato in diritto*.

tendenza della Corte a una deferenza nei confronti della discrezionalità del legislatore direttamente proporzionale ai costi di un'eventuale declaratoria d'incostituzionalità. Frutto, questo, della portata pervasiva dell'art. 81 Cost. nel bilanciamento tra principi che la Corte costituzionale, più o meno apertamente, compie.

Ancora, nella sent. n. 47 del 2023, resa in materia di contraddittorio endoprocedimentale in talune categorie di accertamenti tributari, il Giudice delle leggi ha ritenuto la questione inammissibile rilevando che *“il superamento dei prospettati dubbi di legittimità costituzionale esige un intervento di sistema del legislatore”* e, *“tenuto conto della pluralità di soluzioni possibili in ordine all'individuazione dei meccanismi con cui assicurare la formazione partecipata dell'atto impositivo, che ne modulino ampiezza, tempi e forme in relazione alle specifiche peculiarità dei vari procedimenti impositivi, questa Corte ritiene necessario un tempestivo intervento normativo che colmi la lacuna evidenziata”*²⁴.

Non è agevole stabilire, in assenza di una compiuta argomentazione sul punto da parte della Corte, se nel caso scrutinato nella sent. n. 10 del 2024 la discrezionalità legislativa – oggettivamente sussistente nella materia affrontata – non sia stata ritenuta d'ostacolo a una pronuncia nel merito in ragione di un meditato ripensamento degli equilibri tra Giudice costituzionale e legislatore oppure se, come è più probabile, nella decisione di pronunciarsi nel merito abbia giocato un ruolo anche il particolare rilievo delle questioni sottese alla pronuncia. Questioni che toccano “le corde del cuore” (dei giudici costituzionali, della società civile e degli organi di stampa) ben più del contraddittorio endoprocedimentale o dei trattamenti di fine servizio. Se così fosse, tuttavia, la discrezionalità legislativa si ridurrebbe a una sorta di fisarmonica che la Corte può estendere e ridurre a piacimento, così delimitando in maniera ogni volta imprevedibile anche il perimetro del proprio sindacato.

4. Il problema della garanzia del principio di legalità dell'azione amministrativa nelle sentenze a rime “adeguate”

Chiarite le perplessità che suscita, almeno nel metodo, la scelta della Corte di ritenere ammissibile la questione, è possibile venire all'altro profilo della sentenza n. 10 del 2024 che non convince appieno e che offre preziosi spunti di riflessione sul rapporto tra Corte costituzionale, legislatore e Amministrazione nella fase di esecuzione delle sentenze del Giudice delle leggi. Il riferimento è alla pretesa della Consulta di “dialogare” direttamente con l'Amministrazione, e anzi coi singoli direttori degli istituti penitenziari, per garantire l'esecuzione della sua decisione, lasciando intendere di ritenere a tal fine l'intervento del legislatore una circostanza meramente eventuale, senz'altro auspicabile ma comunque non indispensabile.

²⁴ Sentenza Corte cost., n. 47 del 2023, par. 6 del *Considerato in diritto*.

Ai parr. 6.1. ss. del Considerato in diritto della sentenza n. 10 del 2024, la Corte fornisce una serie di indicazioni che dovrebbero presidiare l'immediata esecuzione della sua decisione e che attengono, in estrema sintesi, alla durata dei colloqui intimi (*“adeguata all'obiettivo di consentire al detenuto e al suo partner un'espressione piena dell'affettività, che non necessariamente implica una declinazione sessuale, ma neppure la esclude”*) e alla loro frequenza (non sporadica e comunque *“tale da non impedire che gli incontri possano raggiungere lo scopo complessivo di preservazione della stabilità della relazione affettiva”*). La Corte si premura inoltre di specificare che condizione basilare per l'esercizio dell'affettività intramuraria del detenuto è la *“predisposizione di luoghi appropriati”* e in quest'ottica ipotizza *“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 ogni caso, nella pronuncia si ritiene necessario che sia *“assicurata la riservatezza del locale di svolgimento dell'incontro”*, che deve essere sottratto *“non solo all'osservazione interna da parte del personale di custodia (che dunque vigilerà solo all'esterno), ma anche allo sguardo degli altri detenuti e di chi con loro colloquia”*.

Non solo. La Corte si spinge sino ad affermare che il direttore dell'istituto, prima di autorizzare il colloquio riservato, dovrà verificare *“la sussistenza del presupposto dello stabile legame affettivo, in particolare l'effettività della pregressa convivenza”*. Dal che si deve inferire che il direttore abbia il potere di negare tale colloquio ove tale verifica – da effettuarsi su parametri piuttosto incerti, si consenta di rilevarlo – dia esito negativo.

Dopo aver fornito queste e altre indicazioni di massima circa le (auspiccate) concrete modalità di svolgimento dei colloqui riservati, la Corte afferma apertamente l'opportunità di valorizzare il contributo che a un'ordinata attuazione della sua decisione *“può dare – almeno nelle more dell'intervento del legislatore – l'amministrazione della giustizia, in tutte le sue articolazioni, centrali e periferiche, non esclusi i direttori dei singoli istituti”*. Il Giudice delle leggi in tal senso suggerisce – a quanto sembra, più ai direttori dei singoli istituti che al legislatore – *“la creazione all'interno degli istituti penitenziari – laddove le condizioni materiali della singola struttura lo consentano, e con la gradualità eventualmente necessaria – di appositi spazi riservati ai colloqui intimi tra la persona detenuta e quella ad essa affettivamente legata”*.

Infine, chiosa con l'auspicio – a tal punto ottimistico e conciliante da apparire poco in linea con la realtà giuridica e fattuale – che *“l'azione combinata del legislatore”*, che qui improvvisamente appare, *“della magistratura di sorveglianza e dell'amministrazione penitenziaria, ciascuno per le rispettive competenze, potrà accompagnare una tappa importante del percorso di inveroamento del volto costituzionale della pena”*.

L'impostazione fatta propria dalla Corte e sin qui descritta pone due problemi di fondo, tra loro interconnessi. Il primo, di carattere teorico, attiene all'omessa considerazione del principio di legalità dell'azione amministrativa. Il secondo, di carattere eminentemente pratico, attiene alla materiale

impossibilità, per le strutture penitenziarie, di dare seguito alle indicazioni della Consulta senza, per l'appunto, una mediazione del legislatore che appresti le strutture e il personale necessari.

Muovendo dal primo, è pacifico che nel nostro ordinamento l'Amministrazione (tanto quanto i giudici), in osservanza dell'art. 136 Cost., debba dare esecuzione alle sentenze della Corte costituzionale. Almeno sul piano teorico, ciò non comporta particolari difficoltà nel caso di pronunce di accoglimento “secco”, cui consegue in via di principio il divieto per l'Amministrazione di dare applicazione alla norma dichiarata incostituzionale.

Più problematica è, nella prospettiva del rispetto del principio di legalità dell'azione amministrativa, l'attuazione da parte dell'Amministrazione di sentenze additive. Anche qui, però, occorre fare delle distinzioni. Nelle – ormai sempre più rare – additive a “rime obbligate”²⁵, infatti, la preesistenza nell'ordinamento di una soluzione costituzionalmente imposta dovrebbe rendere più agevole anche l'individuazione di norme – già presenti nell'ordinamento, per l'appunto – attributive dei relativi poteri all'Amministrazione. Quest'ultima, dunque, vedrebbe semplicemente ampliato, in forza della pronuncia della Corte, il perimetro applicativo di una o più previsioni che gli imponevano già di perseguire una certa finalità.

Il quadro muta, invece, nell'ipotesi di additive a rime soltanto “adeguate”²⁶. In questi casi, come è noto, in assenza di un'unica soluzione a rime “obbligate” e in materie riservate alla discrezionalità del legislatore la Corte ritiene sufficiente, per pronunciarsi nel merito, “*la presenza nell'ordinamento di una o più soluzioni «costituzionalmente adeguate», che si inseriscano nel tessuto normativo coerentemente con la logica perseguita dal legislatore*”²⁷. L'esecuzione immediata e automatica di tali pronunce da parte dell'Amministrazione appare più difficilmente ipotizzabile rispetto al caso precedente, atteso che qui la base legale dell'azione amministrativa risulterebbe ancor più evanescente e dovrebbe rintracciarsi esclusivamente nell'opzione effettuata dalla Corte costituzionale coerentemente con la logica che la stessa Consulta reputi emergere dalla legislazione.

A tutto concedere, è a quest'ultima categoria (additiva a “rime adeguate”) che potrebbe ascriversi la sentenza n. 10 del 2024, laddove si volesse affermare – non senza forzature – che la Corte abbia ritenuto l'art. 19 del d.lgs. n. 121 del 2018, recante la disciplina di “*Colloqui e tutela dell'affettività*” per i detenuti minorenni, espressione di una più generale logica perseguita dal legislatore e abbia inteso, su tale scia, garantire un'analogia tutela dell'affettività, *mutatis mutandis*, ai detenuti adulti.

²⁵ L'utilizzo di tale espressione si deve, come è noto, a V. CRISAFULLI, *La Corte costituzionale ha vent'anni*, in *Giur. cost.*, n. 1, 1976, pp. 1694 ss. Sulla crisi delle rime obbligate si rinvia a M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2023, p. 193.

²⁶ Per l'utilizzo dell'espressione v. M. RUOTOLO, *Oltre le “rime obbligate”?*, in *Federalismi*, n. 3, 2021, p. 62.

²⁷ Così, *ex multis*, sent. Corte cost., n. 6 del 2024.

Anche assumendo tale prospettiva – che può essere solo ipotizzata, non essendosi la Corte premurata di motivare specificamente da dove ha ritenuto di poter desumere la necessità del rispetto dei principi enunciati ai parr. 6.1. ss. della pronuncia – appare impraticabile²⁸ la pretesa della Consulta di demandare all’Amministrazione l’attuazione della pronuncia, chiamando direttamente i singoli direttori degli istituti penitenziari allo svolgimento di attività, all’adozione di atti e, più in generale, all’esercizio di poteri che non trovano fondamento nella legge.

Venendo poi al profilo pratico dell’attuazione della sentenza in esame, si consenta di rilevare che la Corte era pienamente consapevole della materiale impossibilità, per gli istituti penitenziari, di garantire il diritto all’affettività nei termini ch’essa aveva indicato.

Lo si intuisce dalla lettura della pronuncia, ove la Corte afferma di essere “*consapevole dell’impatto che l’odierna sentenza è destinata a produrre sulla gestione degli istituti penitenziari, come anche dello sforzo organizzativo che sarà necessario per adeguare ad una nuova esigenza relazionale strutture già gravate da persistenti problemi di sovraffollamento*”.

Non solo. Come emerso nel corso dell’udienza pubblica, il Giudice relatore aveva posto all’Avvocatura Generale dello Stato, ai sensi dell’art. 10, comma 3, delle vigenti Norme Integrative, dei quesiti tesi ad accertare se fra gli interventi di costruzione e miglioramento di padiglioni e spazi per strutture penitenziarie, finanziati nell’ambito del PNRR, fosse prevista la creazione di locali eventualmente utilizzabili per l’esercizio, a normativa vigente, dell’affettività dei detenuti e, in caso di risposta affermativa, se tali locali fossero previsti per i soli istituti minorili o anche per gli altri che ospitano popolazione carceraria adulta. Infine, era stato domandato quale fosse lo stato di attuazione dei progetti e quali i tempi previsti per l’ultimazione delle opere²⁹.

Nel corso dell’udienza pubblica³⁰ la difesa erariale ha risposto ai suddetti quesiti sulla base degli elementi informativi forniti dal D.A.P. presso il Ministero della Giustizia, rappresentando alla Corte che nell’ambito degli interventi del PNRR è prevista la realizzazione di 8 padiglioni – soli 8 sull’intero territorio nazionale, dunque – al cui interno sono immaginati spazi per lo svolgimento di attività trattamentali in favore dei detenuti (quali lavoro, studio, formazione etc.). Allo stato, però, i colloqui sono svolti in altre aree già esistenti negli istituti, di cui i suddetti padiglioni costituiscono un mero ampliamento. È stato poi chiarito che in fase di progettazione non è stata prevista la realizzazione di spazi destinati all’esercizio del diritto all’affettività e che, a normativa vigente, non è possibile una riprogettazione per lo svolgimento di colloqui che consentano l’esercizio del diritto all’affettività. Quanto allo stato di

²⁸ Per l’opinione opposta v. A. RUGGERI, *Finalmente riconosciuto il diritto alla libera espressione dell’affettività dei detenuti*, cit.

²⁹ V., sul punto, E. SANTORO, *Siamo alle porte della quarta “incostituzionalità prospettata”? Qualche osservazione in attesa della decisione sull’ordinanza di rimessione n. 5 del 2023*, in *ConsultaOnline*, n. 3, 2023, spec. pp. 1131 ss., ove si descrive l’andamento della pubblica udienza.

³⁰ La videoregistrazione dell’udienza del 5 dicembre 2023 è disponibile sul sito *internet* ufficiale della Corte costituzionale.

avanzamento dei progetti, infine, l'Avvocatura Generale dello Stato ha riferito che essi sono stati tutti avviati e che la conclusione dei lavori è prevista nel 2026.

Tutti tali elementi, lo si rileva per inciso, benché ritualmente acquisiti al processo costituzionale, non hanno avuto alcun punto d'emersione nelle motivazioni della sentenza e non è dato sapere, pertanto, quale sia stata la lettura che di tali dati abbia dato il Giudice delle leggi e come essa abbia inciso sull'itinerario argomentativo della decisione. Non sfugge a chi scrive che un obbligo in tal senso non sia stato esplicitato nelle Norme Integrative, ma va da sé che se la Corte costituzionale ha scelto di dotarsi di un certo strumento processuale (che sia la possibilità di formulare quesiti alle parti, come qui accade, oppure di ammettere il deposito in giudizio di opinioni scritte degli *amici curiae*)³¹, dovrebbe poi farsi carico di motivare se e come gli elementi così acquisiti incidano nel suo processo decisionale. Nel caso di specie, peraltro, trattandosi di quesito vertente esclusivamente su dei fatti (evidentemente reputati necessari ai fini del decidere), appare ancor più anomalo il silenzio della pronuncia sul punto.

A ogni buon conto, dalle risposte ai quesiti sopra riportate risulta che erano lampanti sia l'impossibilità (anche) pratica di demandare l'esecuzione di una sentenza di accoglimento ai direttori degli istituti penitenziari sia l'insuperabile necessità di un intervento legislativo di sistema. La Corte, per stimolare tale intervento, avrebbe avuto a disposizione vari strumenti, forse più efficaci, almeno sul piano strettamente giuridico, di quello infine impiegato. In primo luogo, per esempio, quello di compulsare realmente il legislatore – stavolta in termini perentori, a differenza di quanto accaduto nel 2012 – indirizzandogli un monito combinato con un rinvio a data certa³². In alternativa, la Corte avrebbe potuto dichiarare incostituzionale l'art. 18 della legge 26 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui prevede l'inderogabilità del controllo a vista del personale di custodia durante i colloqui del detenuto, lasciando al legislatore il compito – a quel punto realmente impellente – di individuare, nell'esercizio della discrezionalità che solo a lui compete, i casi di deroga alla regola del controllo a vista per l'esercizio del diritto all'affettività,

³¹ Come è noto, le "Norme Integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale" sono state profondamente innovate con Delibera della Presidente della Corte costituzionale dell'8 gennaio 2020, pubblicata in G.U. n. 17 del 22 gennaio 2020 (cui ha fatto seguito una successiva modifica approvata con delibera della Corte costituzionale in sede non giurisdizionale del 22 luglio 2021).

Le principali modifiche introdotte nel 2020 hanno riguardato l'introduzione dell'istituto dell'*amicus curiae* (art. 6), la possibilità, per la Corte, di audire esperti di chiara fama (art. 17) e quella di formulare quesiti alle parti (art. 10, comma 3). La riforma delle Norme Integrative ha suscitato un ampio dibattito in dottrina, con la manifestazione sia di critiche serrate (per tale posizione v. M. LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2020, pp. 402 ss.) sia di piena condivisione delle modifiche (per tale posizione v. A.M. LECIS, *La svolta del processo costituzionale sotto il segno della trasparenza e del dialogo: la Corte finalmente pronta ad accogliere amici curiae e esperti dalla porta principale*, in *Diritti comparati*, 23 gennaio 2020). Per una compiuta ricostruzione di tale dibattito si veda: CORTE COSTITUZIONALE, *Interventi di terzi e «amici curiae» nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, anche alla luce dell'esperienza di altre Corti nazionali e sovranazionali. Atti del seminario di studi svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 18 dicembre 2018*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020.

³² Secondo il modello inaugurato nell'ord. n. 207 del 2018 (sulla quale *ex multis* v. V. MARCENÒ, *L'ordinanza n. 207 del 2018 sul caso Cappato: comprendere per (valutare se) giustificare*, in *Giur. cost.*, n. 2, 2019, pp. 1217 ss.).

unitamente a forme e modi della sua garanzia. In tal caso, peraltro, la Corte avrebbe potuto differire gli effetti della declaratoria d'incostituzionalità³³.

Né si potrebbe obiettare che ciò avrebbe favorito l'inerzia del legislatore e ritardato ulteriormente l'attuazione del diritto all'affettività dei detenuti. A parere di chi scrive è vero, semmai, il contrario. È l'approccio adottato nella sent. n. 10 del 2024, infatti, che finisce per deresponsabilizzare il legislatore, cui non viene neppure rimproverata perentoriamente l'inerzia, reputata dopotutto superabile dalla diretta esecuzione da parte dell'Amministrazione dei principi sanciti dalla Corte. All'indomani della pubblicazione della pronuncia, tuttavia, appare sempre più evidente l'insuperabile necessità di un intervento di sistema, di matrice necessariamente legislativa e il rischio di una situazione di stallo è quindi assai alto.

5. Il ruolo del legislatore dopo il sindacato della Corte

Le perplessità sin qui manifestate a proposito dei rapporti tra discrezionalità legislativa, principio di legalità e sindacato di costituzionalità emergenti dalla sent. n. 10 del 2024 sono confermate da alcune recenti vicende, successive alla pubblicazione della pronuncia e connesse con la sua attuazione.

Anzitutto, nella seduta della Camera dei deputati del 27 marzo 2024 il Ministro della Giustizia è stato chiamato a rispondere a un'interrogazione parlamentare nella quale gli si chiedeva quali disposizioni avesse dato a seguito della sent. n. 10 del 2024 “alle articolazioni dell'amministrazione per rendere pienamente e direttamente esercitabile il diritto all'affettività, tenendo conto delle numerose richieste avanzate dai detenuti in diversi istituti, e se siano state date indicazioni al dipartimento dell'amministrazione penitenziaria di effettuare un monitoraggio rispetto all'individuazione degli spazi, nonché di programmare soluzioni alternative e, infine, di svolgere attività di formazione anche con visite in altri Paesi ove queste esperienze sono consolidate”³⁴.

Ebbene, sul punto, nel corso della seduta il Ministro ha rappresentato di aver “istituito un gruppo di lavoro multidisciplinare”, composto dal Garante nazionale per i detenuti³⁵, da magistrati di sorveglianza,

³³ Secondo uno schema analogo a quello utilizzato nel caso della sent. n. 41 del 2021, ove la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale “*degli artt. 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71 e 72 del decreto-legge 21 giugno 2013 n. 69 [...] nella parte in cui non prevedono che essi si applichino fino a quando non sarà completato il riordino del ruolo e delle funzioni della magistratura onoraria nei tempi stabiliti dall'art. 32 del decreto legislativo 13 luglio 2017, n. 116*”. Tanto, evocando “*l'esigenza di tener conto dell'innegabile impatto complessivo che la decisione di illegittimità costituzionale è destinata ad avere sull'ordinamento giurisdizionale e sul funzionamento della giustizia nelle corti d'appello*”. Sulla pronuncia v. R. CALVANO, *Giudici onorari tra art. 106 Cost., diritto Ue ed eccezionalità perpetua*, in *Giur. cost.*, n. 3, 2021, pp. 546 ss.

³⁴ Interrogazione a risposta immediata in Assemblea n. 3-01101, presentata dall'On. Riccardo Magi (testo presentato in data 26 marzo 2024 e modificato mercoledì 27 marzo 2024, seduta n. 271, di cui è disponibile il [resoconto stenografico](#)).

³⁵ L'espressione “Garante nazionale per i detenuti”, come risulta dal resoconto stenografico della seduta di cui alla precedente nota, è utilizzata dal Ministro della Giustizia. Il riferimento è da intendersi effettuato al “Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale”.



e da appartenenti al Ministero, al Consiglio nazionale forense e al Consiglio nazionale dell'ordine degli psicologi. Nella stessa sede il Ministro ha precisato che “senza strutture, [...] questa novità, che [...] condivido, ma non è di facilissima applicazione, sarebbe ancora più difficile da realizzare”.

Il Ministro ha aggiunto che bisognerà tener conto altresì “del comportamento della persona detenuta in carcere, delle ragioni di sicurezza e, ovviamente, delle esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina” e che “dovranno essere creati appositi spazi all'interno degli istituti penitenziari” il che “non è una cosa che si possa fare dall'oggi al domani”, specie in considerazione del fatto che “anche il personale deve essere addestrato su questo, perché anche questa è una novità”.

Tanto l'interrogazione quanto la risposta sembrano dimostrare, in prima battuta, come la pronuncia della Corte non fosse autoapplicativa e come la sua esecuzione non potesse quindi essere demandata semplicemente al buon senso dei direttori degli istituti penitenziari.

A ben vedere, però, va anche registrato che sia dall'interrogazione sia dalla risposta non sembra emergere alcun interesse al coinvolgimento del Parlamento nel circuito decisionale-attuativo conseguente alla sentenza n. 10 del 2024, né invero si fa riferimento alla necessità di un intervento con fonte primaria (foss'anche diverso dalla legge ordinaria). La scarsa considerazione della centralità di un intervento legislativo – che traspare anche dalla pronuncia della Corte, che non ritiene dopotutto vitale l'intervento del legislatore per dare esecuzione alla propria decisione – non è da salutare con favore, se solo si considera che nella materia in esame il principio di legalità si declina in plurime forme. Legalità dell'azione amministrativa, come visto, ma anche legalità della pena, intesa non solo come predeterminazione della sanzione da parte della legge, ma anche come fissazione, sempre in via legislativa, anche delle sue modalità di esecuzione, atteso che l'accesso o meno ai colloqui intimi e le condizioni di relativa fruizione costituiscono un aspetto assai significativo (e anzi propriamente caratterizzante) dell'esecuzione della pena detentiva.

Sia per tale ragione sia perché si maneggia un profilo estremamente delicato della detenzione carceraria, attinente a quella che la Corte definisce “*libertà di esprimere affetto*”, appare quindi senz'altro auspicabile e urgente un intervento legislativo che definisca le condizioni di accesso e le forme di esercizio del diritto all'affettività, in modo da consentirne la tutela senza disparità di trattamento.

Che non sia questa, però, la via che almeno nell'immediato futuro sarà percorsa sembra confermato anche da altre circostanze, sempre successive alla pubblicazione della sent. n. 10 del 2024.

Gli organi di stampa, infatti, danno notizia di possibili iniziative di singole carceri “virtuose” per garantire ai propri detenuti il diritto all'affettività e alla sessualità³⁶, seguite però da tempestive prese di distanza da

³⁶ Senza pretesa d'eshaustività v., con riferimento al carcere “Due Palazzi” di Padova, *Qualcosa si sta muovendo per permettere l'affettività e il sesso in carcere*, in [Il Post](#), 23 febbraio 2024.



parte dell'Esecutivo³⁷, che individua nel Dipartimento per l'Amministrazione penitenziaria il soggetto collettore delle attività necessarie all'esecuzione della sentenza n. 10 del 2024. Ai rischi di un'attuazione “in ordine sparso” della pronuncia da parte dei singoli istituti penitenziari non si pensa quindi di far fronte, almeno per ora, con un intervento legislativo, ma con ancora vaghe iniziative da assumersi nell'ambito del Ministero della Giustizia (o di un suo Dipartimento). Nei fatti, la violazione del diritto all'affettività intramuraria permane intatta.

A ben vedere, quel che qui è accaduto è che la Corte, pur di “rendere giustizia costituzionale”³⁸, si è spinta oltre l'applicazione della Costituzione, nel tentativo di perseguire anche la sua attuazione³⁹. In tale prospettiva, ha ritenuto di poter fare a meno del legislatore, invocando direttamente la collaborazione dell'Amministrazione. Come si è visto, però, anche ammesso che si diano ipotesi di attuazione automatica e immediata in sede amministrativa di sentenze additive, tra di esse non poteva rientrare sicuramente l'esecuzione di una pronuncia come la n. 10 del 2024. Una vera e propria eterogenesi dei fini, dunque, per cui la Corte, in uno slancio di generoso attivismo, sembra non cogliere la complessità sottesa all'attuazione della sua decisione e finisce per mettere in un angolo proprio il legislatore, che è il solo che avrebbe potuto pienamente garantirla.

³⁷V., sul punto, le dichiarazioni del sottosegretario alla Giustizia, Andrea Ostellari riportate dall'[Ansa](#), ove si legge quanto segue: “A seguito della pronuncia in merito della Consulta [...] sarà costituito un tavolo di lavoro per approfondire la questione. Ogni eventuale iniziativa verrà intrapresa dal Dipartimento per l'Amministrazione penitenziaria, che coordinerà, dopo una ricognizione delle strutture, tutti i provveditorati e, a caduta, i singoli penitenziari. [...]”.

³⁸ Per l'espressione v. M. RUOTOLO, *Corte costituzionale e legislatore*, in *Dir. soc.*, n. 1, 2020, p. 69.

³⁹ Per una compiuta critica a tale tendenza v. M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, *cit.*, pp. 221 s., ove si parla di “uno sconsigliabile slittamento concettuale e pragmatico, non avendo la Corte costituzionale una funzione remediale che trascenda quella custodiale che i Costituenti le assegnarono”.