

## **Gli articoli 18 e 30 dell'ordinamento penitenziario tra interpretazione conforme a Costituzione e possibili questioni di legittimità costituzionale\***

*di Silvia Talini* – Assegnista di ricerca in Diritto Costituzionale, Università degli Studi di Roma Tre

**ABSTRACT:** The paper concerns the right to affection in prison and show two different profiles of uncertain constitutionality: right to sexuality and prison leave. The author focuses on the possible interpretations of the legislation compatibility with the Italian Constitution.

**SOMMARIO:** 1. Riflessioni introduttive. – 2. Verso un'interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina dei permessi. – 3. L'obbligatorietà del controllo a vista sui colloqui come elemento ostativo alla garanzia dell'affettività intramuraria. – 4. Conclusioni.

### **1. Riflessioni introduttive**

Com'è noto, non sempre le deleghe legislative sono esercitate<sup>1</sup> e tale è stato il destino di molte delle disposizioni di delega contenute nella legge n. 103 del 2017 aventi ad oggetto la riforma dell'ordinamento penitenziario: i recentissimi schemi di decreto, approvati in via definitiva dal Consiglio dei Ministri il 27 settembre 2018, sembrano infatti lontani dal concretizzare quell'ampio rinnovamento della normativa penitenziaria nella direzione tracciata dagli Stati Generali dell'esecuzione penale<sup>2</sup>.

---

\* Lavoro sottoposto a referaggio secondo le Linee guida della rivista.

<sup>1</sup> Si segnala il recente studio monografico di D. DE LUNGO, *Le deleghe legislative inattuate*, Napoli, 2017, che, nell'esaminare il periodo 1996-2015, rileva come il 41% delle deleghe siano rimaste inattuate.

<sup>2</sup> Ampio percorso di riflessione e approfondimento promosso dal Ministero della Giustizia (maggio 2015-aprile 2016) allo scopo di elaborare proposte concrete per una ridefinizione del modello di esecuzione penale in vista di una concreta realizzazione dei principi costituzionali e convenzionali. Ai diciotto tavoli tematici hanno partecipato oltre duecento esperti che operano, a diverso titolo, nel settore dell'esecuzione penale.

I report dei tavoli di lavoro e la relazione finale elaborata dal Comitato di esperti sono pubblicati sul sito del Ministero della Giustizia ([giustizia.it](http://giustizia.it)).

È dunque opportuno interrogarsi in merito a quali possano essere le interpretazioni costituzionalmente orientate della disciplina penitenziaria, con specifico riguardo alla tutela della sfera affettiva delle persone ristrette, ambito sul quale il Governo era chiamato a intervenire in virtù di apposita disposizione delegante<sup>3</sup>.

Per comprendere fin dove possa spingersi l'interpretazione (e dove invece sia necessario il coinvolgimento della Corte costituzionale) appare senz'altro utile richiamare le disposizioni della legge penitenziaria che sono di maggiore interesse per il tema. Ancor prima, tuttavia, occorre ribadire che la privazione della libertà personale, conseguente all'applicazione di una misura detentiva, non si traduce esclusivamente in un obbligo di costrizione fisica, intesa come coazione idonea a limitare il movimento della persona, ma soprattutto in una compressione dei diritti soggettivi facenti capo all'individuo. La giurisprudenza costituzionale ne ha più volte affermato la legittimità solo in ragione di puntuali esigenze di sicurezza; se così non fosse, la limitazione si tradurrebbe in una mera afflizione risultando, come tale, costituzionalmente illegittima per violazione del finalismo rieducativo attribuito dall'art. 27, terzo comma della Costituzione ad ogni pena<sup>4</sup>.

Il problema, dunque, anche in materia di tutela dell'affettività in carcere, è trovare il corretto bilanciamento tra la garanzia del diritto e le esigenze di sicurezza connaturate allo stato detentivo. Naturale, allora, chiedersi se la normativa penitenziaria risponda, o meno, a questa logica.

Volgendo un primo sguardo ad alcuni articoli di apertura dell'ordinamento penitenziario del 1975<sup>5</sup> – anche a seguito dei recenti schemi di decreto – l'interprete ha certamente l'impressione di confrontarsi con un quadro normativo che attribuisce estrema rilevanza al mantenimento dei legami affettivi e familiari.

<sup>3</sup> Il riferimento è alla disposizione che riguarda l'affermazione del «diritto all'affettività delle persone detenute e internate», demandando al Governo la disciplina delle «condizioni generali per il suo esercizio» (art. 1, comma 85, lett. n). La precedente lett. i) prescrive inoltre «l'utilizzo dei collegamenti audiovisivi sia a fini processuali, con modalità che garantiscano il rispetto del diritto di difesa, sia per favorire le relazioni familiari».

<sup>4</sup> Si vedano, *ex plurimis*, le sentt. nn. 114/1979, 349/1993 e 26/1999.

In generale sul bilanciamento dei diritti in relazione allo stato di detenzione, anche per una puntuale ricostruzione bibliografica, si veda il recente volume di A. BONOMI, *Status del detenuto e ordinamento costituzionale. Le tecniche di bilanciamento nella giurisprudenza del Giudice delle leggi*, Bari, 2018, nonché l'ampio contributo di M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, 3, 2016.

Il bilanciamento tra la tutela dei diritti e le esigenze di sicurezza subisce un'inversione in relazione ai detenuti sottoposti al regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis o.p. ove preminente è l'interesse di recidere ogni legame con l'associazione criminale di appartenenza. In argomento, tra i molti, cfr. L. PACE, *La libertà personale e il governo dell'insicurezza sociale: il caso degli articoli 4-bis, 14-bis, 14-ter, 14-quater, 41-bis o.p.*, in M. RUOTOLO, S. TALINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, Napoli, 2017 393 ss.; A. PUGIOTTO, *Quattro interrogativi (e alcune considerazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41 bis*, in F. CORLEONE, A. PUGIOTTO (a cura di), *Volte e maschere della pena - Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, Roma, 2013, 193 ss.; A. DELLA BELLA, *Il regime detentivo speciale del 41 bis: quale prevenzione speciale nei confronti della criminalità organizzata?*, Milano, 2012; S. ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41 bis*, Roma, 2007.

La giurisprudenza costituzionale in materia è amplissima: si vedano tra le tante, le sentenze nn. 351/1996, 212/1997, 376/1997, 417/2004, 341/2006, 38/2009, 190/2010, 56/2011, 143/2013, 122/2017 nonché la recentissima decisione n. 186 del 2018.

<sup>5</sup> Legge 26 luglio 1975, n. 354, "Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà".

La nuova formulazione dell'articolo 1, al secondo comma, esalta i contatti con il mondo esterno «*Il trattamento tende, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale (...)*»; il successivo art. 15 o.p. inserisce la dimensione affettiva tra gli elementi del trattamento prescrivendo che questo sia svolto «*agevolando opportuni contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia*»<sup>6</sup>. Ancor più specifico l'art. 28 (“Rapporti con la famiglia”) a norma del quale particolare cura deve essere «*dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le loro famiglie*».

Su tali disposizioni si innestano i diversi istituti attraverso i quali l'ordinamento penitenziario tenta di tradurre in pratica l'obiettivo del mantenimento, ristabilimento e miglioramento dei rapporti affettivi<sup>7</sup>. Ed è nella loro analisi, alla luce degli artt. 29, 30, 31 della Costituzione, che possono proporsi alcune riflessioni in vista di soluzioni applicative di natura interpretativa o della individuazione di argomenti utili per la sollevazione di specifiche questioni di legittimità costituzionale.

## **2. Verso un'interpretazione costituzionalmente orientata della disciplina dei permessi**

Un primo ambito nel quale l'interpretazione potrebbe giocare un ruolo decisivo in vista di un'applicazione costituzionalmente orientata della normativa penitenziaria concerne i permessi disciplinati dall'art. 30 dell'ordinamento penitenziario. Questi, a differenza dei permessi premio *ex art. 30-ter* o.p.<sup>8</sup>, prescindono da ogni valutazione fondata sul comportamento del reo, trovando il presupposto applicativo «*Nel caso di imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente (...)*» (1 comma) «*(...) eccezionalmente per eventi familiari di particolare gravità*» (2 comma)<sup>9</sup>.

Il problema, in riferimento alla generica formulazione, riguarda evidentemente il significato da attribuire all'espressione “*eccezionalmente per eventi familiari di particolare gravità*”, enunciato che rimanda immediatamente ad eventi di tipo luttuoso o comunque negativi che si producono nella vita del detenuto.

<sup>6</sup> Previsione contenuta anche nell'originaria formulazione dell'art. 15 dell'ordinamento penitenziario.

<sup>7</sup> Sulla normativa in materia di diritto all'affettività nel corso dell'esecuzione penale si veda anche S. TALINI, *L'affettività ristretta*, in M. RUOTOLO, S. TALINI (a cura di), *I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, op. cit., 201-206. Si vedano altresì C. BARGIACCHI, *Esecuzione della pena e relazioni familiari*, in *L'Altro Diritto*, 2002 e C. BRUNETTI, *Il diritto all'affettività per le persone reclusi*, in *Rass. penit. crim.*, 3, 2008, 107 ss.

<sup>8</sup> Si rileva il carattere meramente residuale dei permessi premio, dovuto all'inapplicabilità nei confronti dei ristretti in attesa di giudizio e alle scelte normative del legislatore tese a ridurre drasticamente la concessione delle misure premiali come avvenuto con la legge n. 251 del 2005 (c.d. ex-Cirielli).

<sup>9</sup> Gli schemi di decreto non modificano la formulazione limitandosi a prevedere che all'articolo 30, primo comma, o.p. il secondo e il terzo periodo siano sostituiti dal seguente: «*Agli imputati il permesso è concesso dall'autorità giudiziaria competente a disporre il trasferimento in luoghi esterni di cura ai sensi dell'articolo 11*». Recentemente sulla disciplina dei permessi, soprattutto in relazione ai diversi orientamenti della giurisprudenza, L. AMERIO, V. MANCA, *L'incidenza della particolare gravità dell'evento giustificativo del permesso di necessità ex art. 30 O.P. sulla sfera affettiva del detenuto: gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità*, in *Giur. pen.*, 4, 2018.

Ed è in questo modo che l'art. 30, secondo comma, o.p. è stato interpretato nei suoi primi quaranta anni di applicazione. Solo nell'ultimo decennio la giurisprudenza – sia di merito, sia di legittimità – ha mostrato una prima tendenza di apertura estendendo, in taluni casi, l'applicazione dei permessi ad eventi di natura positiva, interpretando dunque il termine “gravità” nel suo più ampio significato di “rilevanza-importanza”. In questa direzione la Corte di Cassazione ha affermato che *«tra gli eventi famigliari di particolare gravità ai quali è subordinata la concessione dei permessi (...) rientrano non soltanto eventi luttuosi o drammatici, ma anche avvenimenti eccezionali, e cioè non usuali, particolarmente significativi nella vita di una persona, perché idonei ad incidere profondamente nel tratto esistenziale del detenuto e pertanto nel grado di umanità della detenzione e nella rilevanza per il suo percorso di recupero»*<sup>10</sup>. Proseguendo in analoga direzione, che mette in relazione i permessi con il finalismo rieducativo della pena, la Suprema Corte, nel maggio 2017, ha concesso a un detenuto sottoposto al regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis o.p. il permesso per poter assistere alla nascita del figlio, concepito mediante fecondazione medicalmente assistita<sup>11</sup>.

Si tratta, tuttavia, di un filone giurisprudenziale minoritario e non consolidato: lo stesso Giudice di legittimità con altra recente sentenza ha escluso che potesse rientrare all'interno dell'alveo applicativo dell'art. 30, secondo comma, o.p. il permesso volto a partecipare alle nozze del proprio figlio: *«la natura di evento lieto e conviviale, che caratterizza ordinariamente la celebrazione di un matrimonio appare idonea a escludere quella carica di eccezionale tensione emotiva che deve - normativamente - connotare l'evento familiare di particolare gravità»*<sup>12</sup>.

A fronte della richiamata eterogeneità giurisprudenziale sarebbe stata accolta con estremo favore la novella contenuta nel precedente schema di decreto elaborato dalla c.d. Commissione Giostra che prevedeva la concessione dei permessi – ad esclusione dei detenuti sottoposti a regime detentivo speciale – anche per eventi familiari “di particolare rilevanza”.

Tuttavia, non avendo la nuova maggioranza approvato la modifica, l'interprete è chiamato ancora oggi a confrontarsi con il testo originario dell'art. 30, secondo comma o.p. che, a parere di chi scrive, parrebbe consentire – anche alla luce degli articoli 27, terzo comma e 31 della Costituzione – quelle operazioni ermeneutiche volte all'interpretazione del requisito della gravità come (anche) “rilevanza dell'evento”.

<sup>10</sup> Cass. pen., sez. I, 27/11/2015, n. 36329.

<sup>11</sup> Cass. pen., sez. I, 26/05/2017, n. 48424. Su tale pronuncia L. AMERIO, *41bis e permessi di necessità: il “carcere duro” non può impedire al detenuto di essere presente alla nascita del figlio*, in *Giur. pen.*, 11, 2017.

<sup>12</sup> Cass. pen., sez. I, 14/12/2017 n. 55797. Allo stesso modo, nel 2013, la Corte di Cassazione aveva escluso che potesse rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 30 o.p. il permesso volto alla consumazione del matrimonio: *«la necessità di consumare il matrimonio anche in vista della procreazione di figli non può costituire un evento suscettibile di essere ricondotto alla categoria degli eventi eccezionali, caratterizzati da particolare gravità, idoneo a giustificare il ricorso alla previsione contenuta nell'art. 30 ord. pen., atteso che tale istituto si connota come rimedio eccezionale diretto a evitare, per finalità di umanizzazione della pena, che all'afflizione propria della detenzione si assumi inutilmente quella derivabile all'interessato dall'impossibilità di essere vicino ai congiunti o di adoperarsi in favore degli stessi in occasione di vicende particolarmente avverse della vita familiare»* (Cass. pen., sez. I, 05/02/2013, n. 11581).

È una strada, tuttavia, che conduce al rischio di una pericolosa eterogeneità nell'applicazione della disciplina sui permessi e al conseguente problema della (in)certezza del diritto.

Considerato il mancato consolidamento della giurisprudenza nella direzione ermeneutica sopra auspicata, ben potrebbe ipotizzarsi, allora, la proposizione di una questione di legittimità costituzionale avente come obiettivo il raggiungimento del risultato della “estensione” dei permessi agli eventi familiari di particolare rilevanza. Si tratterebbe di richiedere una pronuncia di illegittimità costituzionale, di tipo sostitutivo, con riguardo all’art. 30, secondo comma, o.p. «*nella parte in cui prevede la parola “gravità” anziché “rilevanza”*» per violazione degli artt. 2, 3 secondo comma, 27 terzo comma, 29, 31 e 117 primo comma (in riferimento agli artt. 8 e 12 della Convenzione EDU)<sup>13</sup> Cost. Oppure, sì da evitare un effetto demolitorio, una pronuncia additiva che fondi l’incostituzionalità dell’art. 30, secondo comma o.p. «*nella parte in cui, dopo la parola “gravità”, non prevede le parole “o rilevanza”*».

Un’eccezione di parte proposta in altri termini ma con il medesimo obiettivo (sollevare la questione di legittimità costituzionale), è stata peraltro già respinta dalla Corte di Cassazione nel 2015, ritenendo che «*la limitazione della possibilità di concedere ai condannati il permesso ex art. 30 o.p. rientrasse nella sfera di discrezionalità propria del legislatore*»<sup>14</sup>.

Nulla impedisce, naturalmente, che la questione giunga in futuro davanti al Giudice delle leggi; al contrario – a quadro normativo invariato – sembra questa la strada da percorrere per giungere ad un’applicazione omogenea e costituzionalmente orientata dei permessi.

### ***3. L’obbligatorietà del controllo a vista sui colloqui come elemento ostativo alla garanzia dell’affettività intramuraria***

Ancora maggiori appaiono le resistenze testuali per addivenire ad una interpretazione della disciplina dei colloqui che consenta una più ampia espressione dell’affettività.

Al riguardo l’art. 18 dell’ordinamento penitenziario dispone: «*I detenuti e gli internati sono ammessi ad avere colloqui (...) con i congiunti e con altre persone (...)*» (comma 1), «*I colloqui si svolgono in appositi locali sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia*» (comma 2)<sup>15</sup>.

Tralasciando il problema della inidoneità quantitativa del numero degli incontri previsti dalla normativa rispetto all’obiettivo di mantenere, migliorare e ristabilire le relazioni affettive (il regolamento di esecuzione del 2000 ne prevede, per i detenuti comuni, sei al mese della durata di

<sup>13</sup> Riguardanti rispettivamente il “Diritto al rispetto della vita privata e familiare” (art. 8) e il “Diritto al matrimonio” (art. 12).

<sup>14</sup> Cass. pen., sez. I, 29/09/2015, n. 882.

<sup>15</sup> Lo schema di decreto, dopo il primo periodo del secondo comma, prevede l’inserimento dei seguenti: «*I locali destinati ai colloqui con i familiari favoriscono, ove possibile, una dimensione riservata del colloquio e sono collocati preferibilmente in prossimità dell’ingresso dell’istituto. Particolare cura è dedicata ai colloqui con i minori di anni quattordici*».

un'ora ciascuno<sup>16</sup>), l'attenzione sarà qui rivolta a una questione di tipo qualitativo, posta in riferimento alla permanenza dell'obbligatorietà del controllo visivo degli agenti di custodia.

In effetti proprio il secondo comma dell'art. 18 o.p., è stato oggetto di una questione di legittimità costituzionale promossa dal Tribunale di sorveglianza di Firenze e riguardante la garanzia del diritto alla sessualità intramuraria.

È noto come tale diritto, nonostante la presentazione di numerose proposte di legge<sup>17</sup> e la sua garanzia nelle principali esperienze europee, permanga ancora oggi nel limbo dei diritti negati dalla normativa italiana, condannando i ristretti che non possono accedere ai permessi premio all'esterno a un'astinenza sessuale coatta che assume, *de facto*, i contorni di una conseguenza accessoria della pena detentiva.

Prendendo atto della mancata previsione positiva del diritto alla sessualità, e al fine di favorirne un'emersione giurisprudenziale, il Tribunale di sorveglianza Firenze con l'ordinanza n. 132 del 2012 ha chiesto alla Corte costituzionale di dichiarare l'incostituzionalità dell'art. 18, secondo comma o.p. «*nella parte in cui prevedendo l'obbligatorietà del controllo a vista dei colloqui impedisce la effettuazione di rapporti intimi con il partner*»<sup>18</sup>.

Il Giudice delle leggi, con la sentenza n. 301 del 2012, ha dichiarato l'inammissibilità della questione per un duplice ordine di motivi: formale, stante un mancato controllo sulla rilevanza e, ben più incisiva, un'inammissibilità di tipo sostanziale. L'intervento ablativo, sostiene la Corte, non sarebbe di per sé sufficiente a garantire l'esercizio del diritto alla sessualità intramuraria,

<sup>16</sup> Art. 37, co. 8, d.p.r. n. 230 del 2000 "Regolamento recante norme sull'ordinamento penitenziario e sulle misure privative e limitative della libertà". A norma dello stesso articolo «quando si tratta di detenuti o internati per uno dei delitti previsti dal primo periodo del primo comma dell'articolo 4-bis della legge e per i quali si applichi il divieto di benefici ivi previsto, il numero di colloqui non può essere superiore a quattro al mese».

L'inidoneità quantitativa emerge anche dal successivo art. 39 reg. esec. ("Corrispondenza telefonica"): «I condannati e gli internati possono essere autorizzati dal direttore dell'istituto alla corrispondenza telefonica con i congiunti e conviventi, ovvero, allorché ricorrano ragionevoli e verificati motivi, con persone diverse dai congiunti e conviventi, una volta alla settimana. Essi possono, altresì, essere autorizzati ad effettuare una corrispondenza telefonica, con i familiari o con le persone conviventi, in occasione del loro rientro nell'istituto dal permesso o dalla licenza. Quando si tratta di detenuti o internati per uno dei delitti previsti dal primo periodo del primo comma dell'articolo 4-bis della legge, e per i quali si applichi il divieto dei benefici ivi previsto, il numero dei colloqui telefonici non può essere superiore a due al mese (comma 2). Il contatto telefonico viene stabilito dal personale dell'istituto con le modalità tecnologiche disponibili. La durata massima di ciascuna conversazione telefonica è di dieci minuti (comma 6)».

Sulla disciplina dei colloqui e suoi rapporti con la famiglia cfr. E. BERTOLOTTO, *Art. 18*, in *Ordinamento penitenziario*, in V. GREVI, G. GIOSTRA, F. DELLA CASA (a cura di), Padova, 2015, 227 ss.; M. RUOTOLO, *Diritti dei detenuti e Costituzione*, Napoli, 2002, 75 ss., P. CORSO, *I rapporti con la famiglia e con l'ambiente esterno: colloqui e corrispondenza*, in *Diritti dei detenuti e trattamento penitenziario*, Bologna, 1981, 175 ss.

<sup>17</sup> Si vedano, tra le molte: n. 3420 su iniziativa dei senatori Della Seta e Ferrante presentata il 24 luglio 2012; n. 3801, d'iniziativa degli On. li Schirru e Codurelli, presentata il 21 ottobre 2010 e n. 63; n. 3020, d'iniziativa degli On. li Boato e Ruggieri, presentata il 12 luglio 2002; n. 3331, d'iniziativa dell'On. Pisapia, presentata il 28 febbraio 1997; n. 1503, d'iniziativa dell'On. Folena, presentata il 13 giugno 1996.

<sup>18</sup> Sull'ordinanza di remissione v. C. RENOLDI, *Il diritto all'affettività delle persone detenute: la parola alla Corte costituzionale*, in *Quest. giust.*, 2012, n. 4, 215 ss.; si veda altresì S. TALINI, *Un diritto "sommerso": la questione dell'affettività in carcere approda alla Corte costituzionale*, in *forumcostituzionale.it*, 18 ottobre 2012.

presupponendo una serie di scelte discrezionali (anche in riferimento allo stanziamento di fondi) che solo il Legislatore può compiere<sup>19</sup>.

Dunque sotto il profilo dell'affermazione giurisprudenziale del diritto alla sessualità intramuraria la partita sembra, almeno per ora, chiusa: il riconoscimento non può avvenire seguendo vie interpretative, presupponendo interventi di tipo legislativo anche in riferimento al bilanciamento con le esigenze di sicurezza, riconoscimento non certamente contenuto nel recente schema di decreto che si limita a prescrivere una dimensione riservata del colloquio (peraltro «ove possibile»).

Potrebbe tuttavia supporre un altro tipo di richiesta alla Corte in riferimento al mantenimento dell'obbligatorietà del controllo a vista sui colloqui *ex art.* 18, secondo comma o.p. Se è certo che in talune situazioni il controllo mostra la sua opportunità – è il caso dei detenuti ritenuti particolarmente violenti o di coloro che abbiano utilizzato gli incontri per ottenere o trasmettere all'esterno oggetti illeciti – forti dubbi di costituzionalità sorgono in riferimento alla circostanza che le esigenze di sicurezza posseggano, almeno in questo caso, una forza tale da poter giustificare un'obbligatorietà assoluta del controllo a vista senza che vi sia una valutazione di tipo casistico ad opera della magistratura di sorveglianza. In altri termini sembra mancare, nel caso in esame, quel bilanciamento tra garanzia del diritto e tutela della sicurezza che l'art. 27, terzo comma della Costituzione impone.

Alla riflessione si affianca una considerazione relativa agli spazi penitenziari: se l'obbligatorietà assume contorni certamente meno invasivi in istituti dotati di grandi ambienti per i colloqui, il controllo diventa assai più incisivo sulla sfera affettiva in quegli istituti in cui gli agenti penitenziari, per la conformazione più ridotta degli spazi, non possono che trovarsi ad una distanza assai ravvicinata dal detenuto e dalla sua famiglia.

Potrebbe dunque ipotizzarsi la proposizione di una questione di legittimità costituzionale, chiedendo alla Corte di dichiarare, mediante sentenza additiva, l'incostituzionalità dell'art. 18, secondo comma o.p. – per violazione degli artt. 2, 3 secondo comma, 27, terzo comma, 29, 31 e 117 primo comma (ancora in riferimento agli artt. 8 e 12 della CEDU<sup>20</sup>) Cost. – nella parte in cui «*nel prevedere che i colloqui si svolgono in appositi locali sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia – non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che tale esigenza di controllo a vista non sussista*».

---

<sup>19</sup> Pur dichiarando l'inammissibilità della questione la sentenza assume un'importante valenza monitoria: per i giudici costituzionali la sessualità intramuraria è «una esigenza reale e fortemente avvertita, (...) che trova attualmente, nel nostro ordinamento, una risposta solo parziale nell'istituto dei permessi premio (...). Si tratta di un problema che merita ogni attenzione da parte del legislatore, anche alla luce dalle indicazioni provenienti dagli atti sovranazionali (...) e dell'esperienza comparatistica».

<sup>20</sup> In riferimento ai rapporti intimi con il *partner* all'interno degli istituti penitenziari i giudici di Strasburgo, pur escludendo che esista un obbligo positivo in capo agli Stati Parte discendente dalla Convenzione EDU, hanno più volte manifestato grande apprezzamento nei confronti dei movimenti di riforma rivolti in tal senso equiparando, sotto il profilo soggettivo, il convivente stabile al coniuge nel godimento del diritto (Corte EDU, 4 dicembre 2007, *Dickson contro Regno Unito*, ricorso n. 44362/04; Commissione EDU, 22 ottobre 1997, *E.L.H. e altro contro EDU*, 22 maggio 2008, *Petrov contro Bulgaria*, ricorso n. 15197/02).

In altri termini, ad essere viziato da illegittimità costituzionale non sarebbe il controllo a vista in quanto tale, ma la mancata previsione della possibilità che il colloquio si svolga in assenza di tale controllo ove le esigenze di sicurezza, in ordine al caso concreto, non lo impediscano. Così da consentire ai colloqui di assolvere realmente alla funzione ad essi attribuita sia dal richiamato articolo 28 o.p. («mantenere, migliorare e ristabilire le relazioni affettive») sia dalle Regole penitenziarie europee secondo cui «i colloqui devono permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni familiari il più possibile “normali”» (n. 24)<sup>21</sup>.

Un'eventuale pronuncia di accoglimento, inoltre, si porrebbe – almeno da un punto di vista di logica argomentativa – in linea con quel filone della giurisprudenza costituzionale teso ad eliminare le presunzioni assolute di pericolosità in favore di valutazioni di tipo casistico compiute dalla magistratura in base alle specificità del caso concreto<sup>22</sup>.

#### **4. Conclusioni**

Al fondo, per entrambe le problematiche affrontate nel presente lavoro, la via della sollevazione della questione di legittimità costituzionale appare preferibile (nel primo caso: permessi *ex art.* 30 o.p.) o addirittura inevitabile (nel secondo caso: controllo a vista per i colloqui). L'interpretazione conforme a Costituzione da parte del giudice deve infatti cedere il passo alla sollevazione della questione di legittimità costituzionale non solo quando la resistenza del testo appaia insuperabile, ma anche allorché la soluzione ermeneutica preferibile appaia “difficile” da raggiungere<sup>23</sup>, come dimostrano proprio le oscillazioni giurisprudenziali circa la possibilità di comprendere tra gli eventi “gravi” quelli “rilevanti” o “importanti” ai fini della concessione del permesso.

Su entrambi i fronti, inutile dirlo, sarebbe stato preferibile un intervento del legislatore, che sfruttasse le possibilità aperte dalla delega legislativa. Ma questa è storia diversa, che non ha trovato concretizzazione nei termini qui auspicati.

---

<sup>21</sup> Si tratta di regole elaborate dal Consiglio d'Europa nel 2006 e contenenti numerose specificazioni in ordine alla garanzia dei diritti nel corso dell'esecuzione penale. La consapevolezza che il mantenimento dei legami affettivi rappresenti una condizione irrinunciabile per la costruzione di un percorso individuale anche durante l'esecuzione penale, è altresì ben espressa dalle regole 23, 26, 28 e 52 delle c.d. “Regole di Bangkok”, adottate dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 21 dicembre 2010, nonché dall'art. 1 lett. c) della Raccomandazione del Parlamento europeo n. 2003/2188 (INI) del 2004 che annovera tra le posizioni da garantire ai detenuti il diritto ad avere «una vita affettiva e sessuale attraverso la predisposizione di misure e luoghi appositi».

<sup>22</sup> Si richiamano, tra le molte, le sentenze nn. 239 del 2014 e 76 del 2017 riguardo alla detenzione domiciliare speciale (art. 47-*quinquies* o.p.) e, in tema di obbligatorietà della custodia cautelare in carcere cfr., *ex plurimis*, sentt. nn. 48 del 2015, 110 del 2012, 331 del 2011, 164 del 2011, 265 del 2010. Sul punto altresì la recente pronuncia n. 149 del 2018 in materia di ergastolo per i condannati per i delitti di sequestro di persona a scopo di estorsione ovvero di terrorismo o di eversione che abbiano cagionato la morte del sequestrato.

<sup>23</sup> In tal senso da ultimo, e molto chiaramente, la sent. n. 42 del 2017 della Corte costituzionale.