

LA TUTELA DEL DIRITTO ALL'AFFETTIVITÀ PER UNA PENA PIÙ UMANA E PIÙ RISPONDENTE AL MANDATO RIEDUCATIVO AFFIDATOLE DALLA CO- STITUZIONE*

Girolamo Daraio**

SOMMARIO: 1. - Il volto costituzionale della pena: il nesso di reciproca implicazione tra i principi di umanizzazione e del finalismo rieducativo della pena consacrati nel comma 3 dell'art. 27 Cost.; 2. - La tutela dei legami familiari quale elemento cardine del trattamento rieducativo; 3. - Il colloquio intimo quale legittima espressione del diritto all'affettività; 4. - L'esercizio della genitorialità in costanza di detenzione.

1. - Il volto costituzionale della pena: il nesso di reciproca implicazione tra i principi di umanizzazione e del finalismo rieducativo della pena consacrati nel comma 3 dell'art. 27 Cost.

Si sa che, per la nostra Carta fondamentale, la pena non è solo retribuzione del male commesso, né è volta semplicemente a “contenere” o “neutralizzare” la residua pericolosità del condannato, ma è portatrice di una “valenza rieducativa”, da intendersi – secondo il tradizionale insegnamento della nostra Corte costituzionale – come tensione verso la reintegrazione del condannato nel consorzio civile.

Ora, non pare dubbio che la proiezione risocializzante della pena non possa concretizzarsi se non assicurando una detenzione conforme al senso di umanità, sussistendo un rapporto di necessaria implicazione tra il principio del finalismo rieducativo di cui all'art. 27, terzo comma, Cost. e quello di umanità della pena sancito nella prima parte della disposizione

* Testo, riveduto e ampliato, della relazione tenuta al Convegno di Studi “*Affettività e genitorialità nei luoghi di reclusione*”, svoltosi presso la casa circondariale di Avellino “Antimo Graziani”, in data 11 dicembre 2025, organizzato dall’Associazione Italiana Cultura Sport - APS, nell’ambito del Progetto “Fili invisibili. Connessioni oltre le distanze”.

** Professore aggregato di Procedura penale e di Diritto penitenziario presso l’Università degli Studi di Salerno.

menzionata. Il contesto “unitario, non dissociabile” nel quale vanno collocati i principi *de quibus*, logicamente funzionali l’uno all’altro, è stato espressamente rimarcato dalla Corte costituzionale sin dalla sent. n. 12 del 1966, nella quale il Giudice delle leggi ha chiarito come, per un verso, il divieto di pene consistenti in trattamenti contrari al senso di umanità si atteggi a *conditio sine qua non* del principio rieducativo; per altro verso, un’azione rieducativa che non voglia ridursi ad una inerte e passiva indulgenza esiga un trattamento conforme al senso di umanità.

Perché, dunque, il soggetto in espiazione di pena possa liberamente e responsabilmente intraprendere un fruttuoso percorso rieducativo teso al suo reinserimento nel tessuto comunitario, non basta ch’egli percepisca come equa e giusta la pena irrogatagli all’esito del processo di cognizione, nel senso di ritenerla correttamente determinata dal giudice sulla base dei parametri indicati nell’art. 133 c.p., ma occorre altresì che la percepisca, *in executivis*, come rispettosa dei suoi diritti e della sua dignità.

È indispensabile, insomma, che il c.d. trattamento rieducativo individualizzato abbia come centro di gravità la tutela dei diritti inviolabili e come base insopprimibile il rispetto della dignità del soggetto *in vinculis*, dignità personale che – com’è stato magistralmente osservato da Gaetano Silvestri – non si acquista per meriti né può perdersi per demeriti, coincidendo con l’essenza stessa della persona, sicché non è bilanciabile e tanto meno barattabile con alcun interesse, ancorché costituzionalmente rilevante e protetto.

E l’umanità della detenzione carceraria non è solo questione di metri quadri pro-capite o di salubrità dell’ambiente detentivo (per richiamare alcuni degli standard qualitativi minimi della detenzione evocati dalla Corte e.d.u. nelle sue decisioni interpretative dell’art. 3 Cedu), apparendo altresì condizione irrinunciabile, tra le altre, assicurare al recluso la possibilità di coltivare la propria sfera affettivo-sentimentale, conservando e migliorando i legami affettivi stabili e rinsaldando quelli che, a cagione del distacco forzato indotto dalla detenzione, rischiano di interrompersi o di logorarsi.

2. - La tutela dei legami familiari quale elemento cardine del trattamento rieduttivo.

Che le potenzialità rieducative del carcere vadano di pari passo con le opportunità offerte ai detenuti di mantenere regolari e frequenti contatti con la famiglia e, più in generale, con le persone alle quali si sia legati affettivamente, ne è pienamente consapevole il nostro legislatore penitenziario.

Non a caso, l'art. 15 ord. penit., nel definire gli "elementi" cardine del trattamento rieduttivo, stabilisce che esso dev'essere svolto non solo favorendo l'istruzione, la formazione professionale, il lavoro, la religione, le attività culturali, ricreative e sportive ma, altresì, agevolando opportuni contatti con il mondo esterno e i rapporti con la famiglia.

A sua volta, l'art. 28 ord. penit. impone di dedicare "particolare cura" a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con la propria famiglia.

E, in linea con tali previsioni, gli artt. 14 e 42 ord. penit., nel dettare le regole, rispettivamente, per l'assegnazione dei detenuti agli istituti penitenziari e per il trasferimento da un istituto a un altro, enunciano il c.d. principio di territorialità dell'esecuzione penale, in forza del quale, in assenza di specifici motivi contrari, i detenuti e gli internati hanno diritto di scontare la pena in un istituto quanto più vicino possibile alla "stabile dimora della famiglia" o, se individuabile, al "proprio centro di riferimento sociale", espressione, quest'ultima, che evoca tutti quei legami che contribuiscono a radicare la persona sul territorio (es., riferimenti amicali o enti e strutture di sostegno sociale con le quali si sia costruito nel tempo un rapporto di cura e supporto).

La necessità del mantenimento e dello sviluppo dei legami con la famiglia giustifica altresì il particolare favore accordato, dall'art. 18, comma 4, ord. penit., al colloquio "con i familiari", configurato alla stregua di un "diritto soggettivo" del detenuto, azionabile in sede giurisdizionale davanti al magistrato di sorveglianza ai sensi degli artt. 35-bis e 69 comma 6, lett. b, ord. penit.; laddove, invece, il colloquio "con altre persone" (secondo la formula a cui ricorre il legislatore), vale a dire con soggetti estranei alla cerchia familiare, ma comunque legati affettivamente al detenuto (es., una fidanzata non convivente, un

amico), o interessati ad interagire con lui per il compimento di atti giuridici (es., un notaio che debba raccogliere il consenso per la stipula di un contratto o un imprenditore disposto ad offrire lavoro, *infra* o *extra moenia*) costituisce una mera “aspettativa” e non un diritto del detenuto, dipendendo il suo svolgimento da valutazioni ampiamente discrezionali dell’autorità decidente (cfr. l’art. 37, comma 1, reg. esec., secondo cui “I colloqui con persone diverse dai congiunti e dai conviventi sono autorizzati quando ricorrono ragionevoli motivi”).

3. - Il colloquio intimo quale legittima espressione del diritto all'affettività.

Negli ultimi tempi, peraltro, il colloquio visivo può costituire, per il detenuto, occasione per vivere, all’interno dell’istituto penitenziario, rapporti intimi e privati, eventualmente anche di natura sessuale, con il proprio coniuge o partner di una unione civile o con la persona a lui legata da uno stabile e certificato rapporto di convivenza.

Fino a poco tempo fa, infatti, ciò non sarebbe stato possibile, stante la previsione dell’art. 18, comma 3, ord. penit. che, imponendo, senza eccezioni, anche quando cioè non fosse giustificato da ragioni di sicurezza, il controllo a vista (ancorché non auditivo) del personale di custodia durante i colloqui, impediva di fatto al detenuto di esprimere l’affettività inframuraria, in particolare la sessualità, con le persone a lui stabilmente legate.

Tale previsione, com’è noto, è caduta sotto la scure della Corte costituzionale, che, muovendo dalla considerazione secondo cui “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” e che “lo 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”, ha pronunciato una sentenza di accoglimento additiva, la n. 10 del 2024, con la quale ha ammesso la persona

detenuta a svolgere i colloqui con il coniuge, la parte dell'unione civile o la persona con lei stabilmente convivente, senza il controllo a vista del personale di custodia, quando, tenuto conto del suo comportamento in carcere, non ostino ragioni di sicurezza o esigenze di mantenimento dell'ordine e della disciplina, né, riguardo all'imputato, ragioni giudiziarie.

È una sentenza molto importante, che segna una tappa significativa nel percorso di inserimento del volto costituzionale della pena ma che tarda ad avere piena e diffusa applicazione per le sue evidenti ricadute pratiche sul sistema. Qualificando, infatti, i colloqui intimi come un vero e proprio "diritto soggettivo" riconosciuto al detenuto, essa impone all'amministrazione penitenziaria di allestire, all'interno degli istituti, delle vere e proprie stanze dell'affettività (c.d. love rooms), vale a dire degli spazi dove le detenute e i detenuti possano incontrare i propri partner per vivere rapporti intimi, anche a carattere sessuale, per un tempo congruo e in assoluta privacy.

Cosa niente affatto facile per un'amministrazione penitenziaria già gravata dal grave problema del sovraffollamento carcerario, dovendo farsi carico, allo stato, di oltre 63.500 detenuti stipati nello spazio destinato a 46.500 persone; tant'è che solo pochi istituti penitenziari, finora, sono riusciti ad allestire locali per i colloqui intimi delle persone ristrette, colloqui da svolgersi secondo le linee-guida nel frattempo varate dal D.A.P. e trasmesse ai Provveditori, Direttori e Comandanti di reparto degli istituti penitenziari (cfr. circ. D.A.P., prot. 0164287.U dell'11 aprile 2025).

Intanto, cresce il malcontento dei poliziotti penitenziari, espresso attraverso i loro rappresentanti sindacali, che paventano una perniciosa distrazione degli agenti dai tradizionali compiti custodiali o, comunque, un aggravio del loro lavoro, già particolarmente impegnativo a causa di persistenti carenze di organico e turni gravosi.

Ora, fondate o meno che siano le lamentele e le proteste dei sindacati di polizia penitenziaria, e in particolare le riserve espresse sulla effettiva capacità del nostro sistema penitenziario – già afflitto da enormi criticità strutturali, gestionali e di risorse – a sostenere

lo “sforzo organizzativo” richiesto dall’allestimento e dalla gestione delle “stanze dell’affettività”, certo è che la possibilità di vivere “entro le mura” relazioni affettive intime, anche a carattere sessuale, quando non ostino ragioni di sicurezza, non va concepita come un privilegio dei detenuti, né può considerarsi una misura premiale da riservare a quei detenuti che in carcere mantengano una buona condotta e dimostrino di partecipare responsabilmente al percorso di rieducazione.

La sessualità, infatti, è componente essenziale del più ampio diritto all’affettività, diritto umano fondamentale, ricompreso nel catalogo “aperto” di diritti inviolabili sanciti dall’art. 2 Cost. e riconosciuto anche in sede europea e internazionale; un diritto il cui esercizio riveste una indiscussa importanza per il benessere psico-fisico e l’armonico sviluppo della personalità di ogni soggetto, anche se ristretto in carcere.

La detenzione carceraria, infatti, non può comportare una sorta di “addomesticamento” dei corpi e della sfera emotivo-passionale delle persone recluse, le quali, anche dietro le sbarre di un carcere, devono poter coltivare e rafforzare i propri legami affettivi e sentimentali, in particolare le relazioni di coppia, con possibilità di avere rapporti intimi, eventualmente anche in funzione procreativa. Se così non fosse, se cioè si vietasse radicalmente la manifestazione della sessualità inframuraria, si avrebbe una irragionevole compressione della dignità della persona, ostacolandosi, conseguentemente, anche la finalità rieducativa della pena (in tal senso, cfr. la sent. n. 10/2024 cit.).

In tale ottica, il sistema carcerario non può ignorare o sottovalutare le plurime identità individuali che esistono nella società libera e che si ripropongono anche nel contesto penitenziario, ivi comprese quelle legate al sesso (biologico o percepito) ed all’orientamento sessuale.

Non a caso, il legislatore penitenziario, seppure di recente (nel 2018), ha allargato i confini del principio di non discriminazione, enunciato nell’art. 1 ord. penit., estendendolo appunto al sesso, all’identità di genere (vale a dire, alla percezione soggettiva di appartenenza alla condizione di uomo o donna), ed all’orientamento sessuale.

Il problema è che, al di là del principio astrattamente enunciato, bisognerebbe poi mettere in campo azioni positive per rendere effettivo l'esercizio del diritto riconosciuto sulla carta e per scongiurare "pratiche segregative" o, comunque, "discriminatorie" giustificate, appunto, dalle anzidette condizioni personali.

Ma trattasi di problematica particolarmente delicata, che non è possibile affrontare, neppure di scorcio, in questa sede.

4. - L'esercizio della genitorialità in costanza di detenzione.

Un cenno va fatto, invece, all'esercizio della funzione genitoriale nel corso della detenzione carceraria. Si sa che l'ingresso in carcere interrompe ed altera la natura bidirezionale e reciproca dello scambio comunicativo e interattivo genitore-figlio, impedendo alla madre o al padre in espiazione di pena di esercitare nella contiguità fisica, spaziale e temporale il ruolo genitoriale. Con inevitabili conseguenze anche sui figli, dolorosamente privati della presenza fisica e quotidiana della figura materna o paterna e potenzialmente esposti all'emulazione di modelli negativi.

Particolarmente problematico è l'esercizio della paternità dietro le sbarre di un carcere, come ci ha appena rappresentato Walter Rosa, nella sua interessante testimonianza, che ha messo in luce le difficoltà dei padri detenuti a costruire e mantenere, in costanza di detenzione, un legame con la propria prole adeguato alle esigenze di sviluppo del minore e stabile nel tempo.

In effetti, la paternità in carcere risulta meno tutelata rispetto al ruolo materno; ciò, sebbene la popolazione penitenziaria sia composta, in netta prevalenza (il 96% circa) da maschi.

Emblematico è l'istituto – già disciplinato dall'art. 146 c.p. ed ora dal successivo art. 147 c.p. – del differimento dell'esecuzione della pena per le donne incinte o con figli di età inferiore ad un anno, differimento (finora "obbligatorio", ma che il "decreto sicurezza 2025" – d.l. n. 48/2025, conv. dalla l. n. 80/2025 – ha reso meramente "facoltativo") operante solo nei confronti delle gestanti o perpuere da non più di un anno, non anche nei

confronti del padre.

E la Consulta, in una sua pronuncia del 2009 (ord. n. 145/2009), giustificò tale scelta legislativa, individuandone “un preciso e solido fondamento costituzionale nell’art. 31 Cost., che assegna alla Repubblica il compito di proteggere la maternità e l’infanzia, favorendo gli istituti necessari a tale scopo”; sicché il legislatore – osservò la Corte – è stato mosso dall’esigenza di evitare che “l’inserimento in un contesto punitivo e normalmente povero di stimoli possa nuocere al fondamentale diritto tanto della donna di portare a compimento serenamente la gravidanza, quanto del minore di vivere la peculiare relazione con la figura materna in un ambiente favorevole per il suo adeguato sviluppo psichico e fisico”.

Certo, il detenuto padre (cui è preclusa la possibilità, riconosciuta solo alla madre, di tenere presso di sé, in carcere, i figli fino all’età di tre anni: art. 14, comma 7, ord. penit.) potrà ottenere la detenzione domiciliare (art. 47-*ter* ord. penit.) anche speciale (art. 47-*quinquies*, ord. penit.), se la sua presenza è necessaria per la cura di un figlio di età non superiore ad anni dieci o portatore di handicap totalmente invalidante con lui convivente; così come potrà essere ammesso alla cura e all’assistenza all’esterno dei figli infradecenni (art. 21-*bis* ord. penit.) o ad assistere il figlio (infradecenne o gravemente disabile) durante visite specialistiche inerenti a gravi condizioni di salute (art. 21-*ter* ord. penit.); trattandosi, poi, di indagato/imputato, il padre di prole di età superiore a un anno e non superiore a sei anni, che debba essere sottoposto alla misura della custodia cautelare, potrà ottenere la custodia presso un Icam (art. 285-*bis* c.p.p.): ciò, tuttavia, solo in via subordinata, se cioè la madre sia deceduta o sia assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole.

Peraltro, per quanto riguarda l’ammissione alla misura alternativa della detenzione domiciliare speciale ex art. 47-*quinquies* ord. penit., solo di recente il padre detenuto è stato ammesso a fruirne anche nel caso in cui i figli, dei quali la madre non possa occuparsi, poiché deceduta o altrimenti impossibilitata, siano affidabili (o siano già stati affidati) alla cura di terze persone. La Corte costituzionale, infatti, con sent. 10 marzo 2025, n. 52

ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 7 dell'art. 47-*quinquies* ord. penit. limitatamente alle parole “e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre”; assicurando, in tal modo, al minore la possibilità di fruire della relazione continuativa con almeno uno dei genitori.

La Consulta, infatti, ha ritenuto che, sebbene sia ormai acquisita alla coscienza sociale che le due figure genitoriali sono sostanzialmente equivalenti rispetto ai compiti di cura, mantenimento ed educazione dei figli, il trattamento di particolare favore per il rapporto tra la madre condannata e il bambino in tenera età contemplato nella legislazione penitenziaria vigente si pone in consonanza con l'obbligo di proteggere la maternità stabilito dall'art. 31 Cost., oltre che con numerose raccomandazioni di diritto internazionale che mirano ad assicurare, per quanto possibile, la presenza della madre condannata accanto ai propri figli. Ciò che, invece, non può giustificarsi, poiché lesiva degli interessi preminentí del minore, è la scelta legislativa di precludere al padre condannato l'accesso alla detenzione domiciliare anche quando la madre sia morta o comunque impossibilitata a provvedere alla cura dei figli minori, ma questi possano essere accuditi da terze persone. V'è da attendersi, a questo punto, in un prossimo futuro, analoga declaratoria di incostituzionalità, per quanto concerne l'ammissione del padre detenuto alla cura e all'assistenza all'esterno dei figli infradecenni, ai sensi dell'art. 21-*bis* ord. penit., posto che questa norma ancora prevede che la misura *de qua* possa essere fruita dal padre detenuto “se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre”.

Quanto alla impossibilità della madre ad occuparsi della prole, mette conto rilevare, conclusivamente, che, recentissimamente, la Corte di cassazione, nel pronunciarsi sulle condizioni per la concessione, al padre detenuto in carcere, della detenzione domiciliare speciale, ha chiarito che, fermo restando l'insussistenza di un'accertata pericolosità del richiedente il beneficio, l'impossibilità della madre a prendersi cura della prole presuppone comunque l'esistenza di una situazione, personale o ambientale, tale da determinare il rischio concreto per la prole di un grave “deficit” assistenziale sul piano psico-affettivo o

di una irreversibile compromissione del processo evolutivo ed educativo della stessa (Cass., sez. V, sent. n. 34049/2025).