

Procreazione medicalmente assistita e *status detentionis*: il delicato bilanciamento tra diritti costituzionalmente garantiti ed esigenze di sicurezza (nota a Cass., sez. II, 13 ottobre 2023, n. 5182)

di
Giuseppe Della Monica*

Sommario: 1. La vicenda *sub iudice*. — 2. La tutela del diritto di procreare della persona detenuta in carcere. — 3. Gli spazi di libertà concessi al soggetto sottoposto a restrizione domiciliare per le sue «indispensabili esigenze di vita». — 4. La pronuncia della Corte costituzionale sull'affettività in carcere: un ulteriore passo verso la valorizzazione del rapporto di coppia come diritto fondamentale della persona *in vinculis*.

1. La vicenda *sub iudice*.

Una recente pronuncia della Corte di legittimità è tornata ad occuparsi dei limiti al riconoscimento dei diritti costituzionalmente garantiti nei confronti dei soggetti sottoposti a restrizione cautelare¹.

L'imputata — sottoposta alla custodia cautelare in carcere per il delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p. — aveva impugnato l'ordinanza con cui era stata rigettata la richiesta di sostituzione della misura di massimo rigore con quella degli arresti domiciliari, a supporto della quale veniva prospettata la diagnosticata condizione di infertilità patologica dell'istante, sicché l'attenuazione del regime restrittivo le avrebbe consentito — attraverso le autorizzazioni previste dall'art. 284 comma 3 c.p.p. — di recarsi presso un centro di fecondazione assistita, al fine di sottoporsi alle pratiche di procreazione artificiale.

*Professore associato di Diritto processuale penale – Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale.

¹ Ci si riferisce a Cass., sez. II, 13 ottobre 2023, n. 5182, in *Foro it.*, 2024, II, c. 67 ss.

I giudici di legittimità hanno, però, rigettato il ricorso, pur muovendo dalla premessa che i diritti alla procreazione e alla maternità rientrano tra quelli costituzionalmente tutelati, ai sensi degli artt. 2, 31 e 32 Cost.

L'assunto è in linea, peraltro, con il consolidato orientamento della Corte costituzionale, secondo cui «la scelta di una coppia di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi, libertà che è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare»². Con specifico riferimento, poi, al diritto di avvalersi della procreazione medicalmente assistita, si è sottolineato che tale pratica è indubbiamente riconducibile al diritto garantito dall'art. 32 Cost., da intendere «comprensivo anche della salute psichica, oltre che fisica»³.

Ciò nonostante — come osservato dalla Corte di legittimità nella sentenza in commento — lo stato di detenzione comporta l'inevitabile compressione dei diritti fondamentali riconosciuti all'individuo, anche perché le norme che disciplinano, in particolare, la custodia cautelare in carceri non apprestano diretta tutela al diritto alla procreazione, limitandosi a stabilire che non può essere disposta né mantenuta la custodia cautelare in carcere se la persona è affetta da malattia particolarmente grave, per effetto della quale le sue condizioni di salute risultino incompatibili con lo stato di detenzione o comunque tali da non consentire cure adeguate nel caso di restrizione in carcere.

Si è, altresì, evidenziato che nel concetto di «malattia particolarmente grave» — richiamato dall'art. 275 comma 4-bis c.p.p. — non rientra la condizione di infertilità, sicché la persona gravemente indiziata del delitto di cui all'art. 416-bis c.p., anche se affetta da sterilità, non può essere sottoposta a misura cautelare diversa dalla custodia in carcere, stante la presunzione assoluta di adeguatezza della restrizione di massimo rigore imposta dall'art. 275 comma 3 c.p.p.

² Così Corte cost., 7 maggio 2014, n. 162, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2593 ss., con nota di C. TRIPODINA, *Il "diritto al figlio" tramite fecondazione eterologa: la Corte costituzionale decide di decidere*.

³ Si tratta di un'affermazione ricorrente nella giurisprudenza costituzionale: *ex multis*, cfr. Corte cost., 25 giugno 2008, n. 251, in *Giur. cost.*, 2008, p. 2931 ss.

Laddove, invece, non opera tale presunzione, la presenza di un diritto costituzionalmente garantito impone sempre una valutazione idonea a contemperare in modo adeguato l'interesse del singolo con quello della collettività, aprendo, così, la strada ad un bilanciamento rimesso alla discrezionalità del giudice.

Nel caso sottoposto al vaglio della Corte, avendo l'imputata ricoperto un ruolo nevralgico nell'ambito di un sodalizio di stampo camorristico, il diritto alla procreazione medicalmente assistita è stato ritenuto recessivo rispetto alle esigenze di tutela della collettività, con il conseguente rigetto del ricorso proposto per censurare la mancata applicazione della misura degli arresti domiciliari in sostituzione della custodia in carcere.

2. La tutela del diritto di procreare della persona detenuta in carcere.

La pronuncia offre lo spunto per una riflessione sul delicato rapporto tra le misure cautelari custodiali e il diritto — tutelato dalla Costituzione — alla procreazione medicalmente assistita.

Occorre partire, a tal fine, dalla previsione di cui all'art. 275 comma 4-*bis* c.p.⁴, con la quale si è stabilito che la custodia in carcere non può essere disposta, né mantenuta, quando l'imputato è affetto da AIDS conclamata, da grave deficienza immunitaria o da malattia particolarmente grave. Tale previsione ha una valenza rafforzata rispetto a quella contenuta nel comma 4 della stessa disposizione, posto che il divieto di disporre o di mantenere la misura di massimo rigore — nei casi di cui al comma 4-*bis* — opera anche in presenza di esigenze cautelari di eccezionale

⁴ La disposizione è stata introdotta con la legge n. 231 del 1999. Per l'approfondimento della novella, si segnalano, tra gli altri, i contributi di P. CANEVELLI, *Tutela dei soggetti affetti da AIDS o da altre malattie gravi e misure alternative al carcere, a) aspetti giuridici*, in *Dir. pen. e processo*, 1999, p. 1277 ss.; A. CENTONZE, *Il regime detentivo dell'imputato e la rilevanza delle condizioni di salute «particolarmente gravi»*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 189 ss.; C. FIORIO, *Custodia cautelare e diritto alla salute: verso nuovi equilibri*, in *Giur. it.*, 1998, p. 757 ss.; F. NUZZO, *Il regime di custodia cautelare in carcere e la tutela della salute in base alla disciplina della l. 12 luglio 1999, n. 231*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 773 ss.

rilevanza⁵. Laddove, infatti, siano ravvisabili *pericula libertatis* di tale spessore, la custodia in carcere può essere applicata o mantenuta solo se la degenza presso le strutture sanitarie di cui dispone il circuito penitenziario non comporti alcun pregiudizio per la salute dell'imputato⁶. Qualora non ricorra tale condizione, la necessità di tutelare il diritto alla salute della persona *in vinculis* impone l'applicazione — ai sensi dell'art. 275 comma 4-ter c.p.p. — della misura degli arresti domiciliari in luogo di cura, di assistenza o di accoglienza oppure, laddove si tratti di persona affetta da AIDS o da grave deficienza immunitaria, presso unità operative di malattie infettive.

La condizione di infertilità del soggetto ristretto — secondo la *communis opinio* — non integra, tuttavia, il presupposto per l'operatività della previsione di cui all'art. 275 comma 4-bis c.p.p., poiché le patologie che impediscono la procreazione naturale non rientrano nella nozione di «malattia particolarmente grave»⁷. È tale, infatti, quella che comporta un rilevante pregiudizio per il diritto alla salute del soggetto sottoposto alla misura inframuraria, che necessita di cure non praticabili all'interno del circuito penitenziario e, quindi, incompatibili con il regime carcerario⁸.

⁵ Nelle ipotesi previste dall'art. 275 comma 4-bis c.p.p., se sussistono esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, va applicata la misura gradata degli arresti domiciliari presso un luogo di cura (cfr., *ex multis*, Cass., sez. V, 20 settembre 2018, n. 48619, *Riv. it. med. legale*, 2019, p. 313 ss.; Id., sez. VI, 23 marzo 2000, n. 1441, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3093 ss.

⁶ Come precisato da Cass., Sez. III, 16 gennaio 2018, n. 17746, in *C.E.D. Cass.*, n. 263923, ai fini dell'applicazione o del mantenimento della misura custodiale di massimo rigore, il giudice deve accertare, ai sensi dell'art. 274 comma 4-ter c.p.p., fornendo adeguata motivazione: «a) che l'istituto penitenziario sia dotato di adeguate strutture sanitarie; b) che la permanenza inframuraria possa svolgersi senza pericolo per la salute dell'indagato o imputato o degli altri detenuti; c) che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza, le quali devono fondarsi su un pericolo di non comune, spiccatissimo rilievo, desumibile da elementi concreti e puntuali».

⁷ L'assunto è ribadito anche nella pronuncia in commento (Cass., sez. II, 13 ottobre 2023, n. 5182, cit.).

⁸ Secondo l'orientamento costantemente espresso dalla giurisprudenza di legittimità, «la valutazione delle condizioni di salute del detenuto, e della conseguente incompatibilità con il regime carcerario, deve essere effettuata verificando la concreta ed attuale situazione nella quale il detenuto si trova e la possibilità di effettiva somministrazione nel circuito penitenziario delle terapie di cui egli necessita, operando un bilanciamento tra le istanze sociali, correlate alla pericolosità del detenuto, e le sue condizioni complessive di salute, tenendo conto sia dell'astratta idoneità dei presidi sanitari e terapeutici disponibili, sia della concreta adeguatezza della possibilità di cura ed assistenza che, nella situazione specifica, è possibile assicurare al

Per apprezzare la gravità della malattia, il giudice deve valutare, quindi, le condizioni psico-fisiche del detenuto e, soprattutto, verificare se le terapie necessarie possano essere somministrate nell'ambito di una struttura carceraria⁹.

Fuori dei casi di cui all'art. 275 comma 4-bis c.p.p., una volta accertata la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza in relazione al reato di cui all'art. 416-bis c.p.p., l'unica misura applicabile è la custodia cautelare in carcere, in forza della presunzione *iuris et de iure* stabilita dall'art. 275 comma 3 c.p.p.¹⁰.

Per quanto sin qui osservato, il diritto alla procreazione assistita, almeno nelle ipotesi in cui opera la presunzione assoluta di adeguatezza della misura di massimo rigore, sembrerebbe privo di qualunque possibilità di tutela.

In realtà, così non è.

Va innanzitutto ricordato che l'art. 11 comma 4 ord. pen. consente il trasferimento presso strutture sanitarie esterne al carcere — di diagnosi o di cura — del detenuto che necessita di accertamenti o trattamenti non praticabili all'interno del circuito penitenziario. La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che tale trasferimento può essere autorizzato anche per il compimento di atti funzionali alla procreazione medicalmente assistita¹¹, sempre che risulti certificata una condizione patologica di sterilità o di infertilità e non sussistano ragioni di sicurezza ostative alla traduzione

predetto, valutando, infine, anche le possibili ripercussioni del mantenimento del regime carcerario in termini di aggravamento del quadro clinico» (così Cass., sez. V, 23 luglio 2020, n. 28061, in *Dir. & giust.*, 9 ottobre 2020).

⁹ Laddove il servizio sanitario dell'amministrazione penitenziaria segnali il rischio concreto di un peggioramento delle condizioni di salute del detenuto, pur senza prospettare l'incompatibilità delle stesse con lo stato di restrizione in carcere, il giudice è comunque obbligato a disporre un accertamento peritale per verificare l'effettiva possibilità di cura del detenuto all'interno del circuito penitenziario (in tal senso, *ex multis*, Cass., sez. II, 21 settembre 2012, n. 44807, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2013, p. 176).

¹⁰ Sul punto, sia consentito il rinvio a G. DELLA MONICA, *Le presunzioni cautelari*, Torino, 2023, p. 163 ss.

¹¹ Cfr., in proposito, Cass., sez. II, 1° marzo 2018, n. 30976, in *C.E.D. Cass.*, n. 265890; Id., sez. I, 30 gennaio 2008, n. 7791, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2008, p. 583; Id., sez. I, 10 maggio 2007, n. 20673, in *Cass. pen.*, 2008, p. 1179, dove si è precisato che il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita — così come dispone l'art. 4 comma 1 della legge n. 40 del 2004 — è consentito solo quando sia accertata la impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione.

del detenuto presso la struttura — esterna all'istituto penitenziario — dove effettuare l'intervento terapeutico¹².

Può anche accedere, tuttavia, che il trasferimento con scorta della persona reclusa — specie nei casi in cui è richiesto un notevole impegno di uomini e mezzi — risulti incompatibile con le esigenze organizzative dell'amministrazione penitenziaria. La decisione di accogliere la richiesta del detenuto di ricovero in una struttura sanitaria esterna al carcere coinvolge, infatti, anche aspetti di carattere logistico, che debbono essere necessariamente valutati — in uno con le esigenze sanitarie e di sicurezza¹³ — dal giudice funzionalmente competente ad autorizzare la traduzione¹⁴.

Quando non può essere autorizzato il trasferimento *ex art. 11 comma 4 ord. pen.*, l'alternativa è rappresentata dal permesso di necessità previsto dall'*art. 30 comma 2*

¹² Come chiarito da Cass., sez. I, 22 aprile 2022, n. 20515, in *Dir. & giust.*, 26 maggio 2022, i *pericula libertatis* non possono incidere sull'*an* della concessione del permesso, ma solo sulle sue modalità esecutive. Nello stesso senso, Cass., sez. I, 24 maggio 2017, n. 34569, in *Dir. & giust.*, 27 luglio 2027, dove si è precisato che «il permesso di necessità può essere fruito con accompagnamento armato e con ogni altra cautela che renda lo stesso compatibile con le esigenze di ordine pubblico e di sicurezza pubblica».

¹³ Il principio da applicare in simili fattispecie non può che essere quello della proporzionalità, temperando il diritto del detenuto con le esigenze di sicurezza sociale e penitenziaria. Da ciò consegue che il sacrificio imposto al singolo non deve eccedere quello minimo necessario, come ripetutamente affermato, peraltro, anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (cfr., *ex multis*, Corte e.d.u., sez. IV, 12 marzo 2019, n. 41216, in *Cass. pen.*, 2019, p. 3056 ss.).

¹⁴ È opportuno segnalare che — secondo l'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità — l'ordinanza di rigetto dell'istanza di ricovero in luogo esterno di cura, formulata ai sensi dell'*art. 11 comma 4 ord. pen.*, non è soggetta ad alcun mezzo di impugnazione, compreso il reclamo di cui all'*art. 35-bis ord. pen.* (cfr. Cass., sez. I, 15 luglio 2022, n. 33129, in *C.E.D. Cass.*, n. 283505; *Id.*, sez. I, 7 aprile 2015, n. 32470, *ivi*, n. 264292). Per quanto concerne, invece, il provvedimento di rigetto della richiesta del detenuto di essere visitato da un sanitario di sua fiducia, ai sensi dell'*art. 11 comma 12 ord. pen.*, si è ritenuto che esso sia ricorribile per cassazione *ex art. 111 comma 7 Cost.*, in quanto incidente sul diritto alla salute della persona ristretta in carcere (in tal senso, Cass., sez. VI, 13 luglio 2022, n. 32583, in *C.E.D. Cass.*, n. 283620). Il differente regime di impugnazione è giustificato dalla diversa incidenza della decisione giurisdizionale sulla sfera soggettiva del detenuto: la pronuncia adottata ai sensi dell'*art. 11 comma 4 ord. pen.* — di effettuare o meno un determinato controllo diagnostico o un trattamento terapeutico necessitanti la collocazione dell'interessato all'esterno del circuito penitenziario — non incide sul diritto alla salute del detenuto, ma solo sulle sue modalità di esercizio, che restano affidate alla discrezionalità dell'amministrazione penitenziaria, anche in funzione delle esigenze di ordine e disciplina interne; viceversa, la decisione di rigettare la richiesta dei detenuti di essere visitati, a proprie spese, da un medico di fiducia ha una più immediata ricaduta sul diritto alla salute garantito dall'[art. 32 Cost.](#) e riconosciuto anche alle persone detenute, con il conseguente onere, per le autorità competenti, di assicurare gli strumenti necessari a dare attuazione alla tutela costituzionale.

ord. pen., che consente all'imputato o al condannato di assentarsi dall'istituto penitenziario, per un tempo limitato, se ricorrono «eventi familiari di particolare gravità»¹⁵.

La giurisprudenza di legittimità ha interpretato in senso ampio la nozione di «evento familiare grave»¹⁶, facendovi rientrare non solo episodi drammatici o luttuosi — come, ad esempio, la morte di un congiunto — ma anche vicende liete o che incidono, comunque, in maniera significativa sulla vita del detenuto¹⁷. In sostanza, ciò che assume rilievo determinante ai fini della concessione del permesso è la capacità dell'evento familiare di influenzare significativamente la condizione emotiva e psichica del detenuto, costretto a subire, oltre alla restrizione della libertà personale, l'ulteriore sofferenza determinata dalla impossibilità di vivere un'esperienza di vita importante, drammatica o lieta che sia.

È ricorrente, nelle pronunce sul tema, l'affermazione secondo cui la concessione del permesso di necessità postula la verifica di tre requisiti, vale a dire la «eccezionalità del beneficio», la «particolare gravità dell'evento giustificativo» e la «correlazione

¹⁵ Per una compiuta analisi della disciplina dell'istituto, si segnalano — ovviamente senza alcuna pretesa di completezza — i contributi di P. BRONZO-M. RUARO, *Gli elementi del trattamento*, in AA. VV., *Manuale di diritto penitenziario*, a cura di F. Della Casa-G. Giostra, Torino, 2023, p. 69 ss.; M.F. CORTESI-L. FILIPPI-G. SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2019, p. 148 ss; E. ORLANDI, *Il permesso di necessità nell'ordinamento penitenziario*, in *Giur. mer.*, 2013, p. 404 ss.

¹⁶ Una sintesi degli orientamenti espressi sul tema dalla giurisprudenza è offerta da L. AMERIO-V. MANCA, *L'incidenza della particolare gravità dell'evento giustificativo del permesso di necessità ex art. 30 ord. pen. sulla sfera affettiva del detenuto: gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità*, in *Giur. pen. web*, 2018, n. 4, p. 1 ss.

¹⁷ In tal senso, *ex multis*, Cass., sez. I, 27 novembre 2015, n. 36329, in *Foro it.*, 2017, II, c. 76 ss., secondo cui, tra gli eventi familiari di particolare gravità, per i quali può essere concesso il permesso, rientra qualunque avvenimento di carattere eccezionale — cioè non usuale — che si rivela particolarmente significativo, perché idoneo ad incidere profondamente sulla vita del detenuto, sul suo percorso di recupero sociale e, di riflesso, sul grado di umanità della restrizione carceraria. Sulla stessa scia si è posta anche Cass., sez. I, 25 maggio 2017, n. 34569, in *Dir. & giust.*, 17 luglio 2017, che ha ritenuto meritevole di accoglimento la richiesta del detenuto di uscire dal carcere per pregare sulla tomba della madre defunta, nonché Cass., sez. I, 26 maggio 2017, n. 48424, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2018, p. 151, pronunciatasi favorevolmente sull'istanza con la quale il detenuto chiedeva di assistere la moglie a seguito della nascita del figlio, peraltro avvenuta attraverso fecondazione assistita.

dello stesso con la vita familiare del detenuto», così da incidere sulla sua condizione umana¹⁸.

Tali presupposti ben potrebbero ravvisarsi anche quando la richiesta di permesso sia motivata dall'esigenza del detenuto di sottoporsi ad un programma di procreazione medicalmente assistita.

Il concepimento di un figlio rappresenta, infatti, una circostanza che, di regola, incide in maniera significativa sulla condizione personale di chi vive questa esperienza. D'altra parte, come costantemente precisato dalla giurisprudenza, il requisito della «gravità» dell'evento familiare — a cui è subordinata la concessione del permesso ai sensi dell'art. 30 comma 2 ord. pen. — si attaglia anche ad avvenimenti fausti, come la nascita di un figlio¹⁹.

Sotto altro profilo, occorre considerare che il tempo trascorso *in vinculis* potrebbe comportare la perdita definitiva della possibilità di concepimento artificiale, a causa della progressiva ingravescenza della patologia, sicché la «necessità» del permesso va collegata anche al limite temporale entro il quale è utilmente praticabile il programma di procreazione assistita.

3. Gli spazi di libertà concessi al soggetto sottoposto a restrizione domiciliare per le sue «indispensabili esigenze di vita».

¹⁸ Cfr., tra le altre, Cass., sez. I, 8 luglio 2022, n. 39189, in *C.E.D. Cass.*, n. 279875; Id., sez. I, 27 novembre 2015, n. 15953, in *Dir. & giust.*, 18 aprile 2016; Id., sez. I, 21 novembre 2014, n. 46035, in *C.E.D. Cass.*, n. 261445.

¹⁹ Come evidenziato da Cass., sez. I, 26 maggio 2017, n. 48424, cit., «l'affermazione secondo cui la nascita di un figlio non costituisce, per il genitore, un evento (necessariamente) irripetibile potrebbe anche apparire fondata dal punto di vista strettamente naturalistico, ma non è condivisibile sotto il profilo della sua concreta incidenza sull'esperienza umana del genitore interessato, per il quale la nascita di ciascun figlio rappresenta un evento emozionale, di natura eccezionale e insostituibile, tale da realizzare un *unicum* indelebile nella sua esperienza di vita. Non può negarsi, del pari, la natura fortemente coinvolgente dell'evento-parto in sé, anche se destinato ad avvenire con metodi naturali, sotto il profilo della intensità emotiva che normalmente caratterizza la partecipazione del padre alla nascita di un figlio, anche sotto il profilo della preoccupazione contestuale per la salute tanto della madre quanto del bambino, concorrendo a conferire quel carattere di eccezionalità e di inusualità che concretizza la particolare gravità dell'evento familiare postulata dall'art. 30 comma 2 ord. pen.».

Se il diritto di accedere ad un percorso di procreazione medicalmente assistita — pur avendo rilevanza costituzionale²⁰ — resta fortemente limitato nei casi di detenzione in carcere, ben diversa è la posizione della persona ristretta presso il proprio domicilio, in espiazione di pena o in regime cautelare.

Nell'ambito di tale tipologia di provvedimento restrittivo, occorre, infatti, distinguere tra «detenzione domiciliare», che è pena sostitutiva (artt. 20-*bis* c.p. e 56 della legge n. 689/1981) o misura alternativa (artt. 47-*ter*, 47-*quater* e 47-*quinquies* ord. pen.) e presuppone il passaggio in giudicato della sentenza di condanna, e «arresti domiciliari», applicabili, invece, nel corso del procedimento penale per la salvaguardia di determinati *pericula libertatis* (art. 284 c.p.p.).

Quanto alle modalità esecutive, la disciplina della misura cautelare è contenuta nell'art. 284 c.p.p., che viene integralmente richiamato dall'art. 47-*ter* comma 4 ord. pen. per la misura alternativa della detenzione domiciliare ordinaria²¹. Secondo tale

²⁰ È, questo, un dato indiscutibile, costantemente ribadito nelle pronunce sul tema della Corte costituzionale: da ultimo, Corte cost., 24 maggio 2023, n. 161, in *Giur. cost.*, 2023, p. 2144 ss., con nota di E. GRASSO, *Se l'affetto svanisce e il consenso rimane: la Corte torna sulla procreazione medicalmente assistita*.

²¹ Oltre a rinviare all'art. 284 c.p.p., il comma 4 dell'art. 47-*ter* ord. pen. prevede che il tribunale di sorveglianza impartisca le prescrizioni necessarie per assicurare gli interventi del servizio sociale. La disposizione di cui all'art. 284 c.p.p. è solo parzialmente richiamata, invece, dall'art. 47-*quinquies* ord. pen., che disciplina la detenzione domiciliare "speciale" di cui può usufruire — quando non ricorrono le condizioni di cui all'art. 47-*ter* ord. pen. — la condannata madre di prole di età non superiore ad anni dieci, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti, oppure il padre detenuto, se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri (commi 1 e 7). Le modalità di attuazione della detenzione domiciliare "speciale" sono fissate dal tribunale di sorveglianza secondo quanto stabilito dall'art. 284 comma 2 c.p.p., imponendo eventualmente limiti alla facoltà del condannato di comunicare con persone diverse da quelle che con lui coabitano o che lo assistono, precisando il periodo di tempo che lo stesso può trascorrere all'esterno del proprio domicilio e dettando le prescrizioni relative agli interventi del servizio sociale. Viene richiamato anche il comma 4 dell'art. 284 c.p.p., che prevede la possibilità per la polizia giudiziaria, anche di propria iniziativa, di controllare in ogni momento l'osservanza delle prescrizioni imposte al condannato (comma 3). L'altra forma di detenzione domiciliare "speciale" è quella prevista dall'art. 47-*quater* ord. pen., applicabile nei confronti di coloro che sono affetti da AIDS conclamata o da grave deficienza immunitaria accertate ai sensi dell'art. 286-*bis* comma 2 c.p.p. e che hanno in corso o intendono intraprendere un programma di cura e assistenza presso le unità operative di malattie infettive ospedaliere ed universitarie o altre unità operative prevalentemente impegnate, secondo i piani regionali, nell'assistenza ai casi di AIDS. In tale ipotesi, le modalità esecutive della detenzione domiciliare vengono stabilite dal tribunale di sorveglianza, tenendo conto del programma terapeutico a cui intende sottoporsi il condannato, ma il comma 8 dell'art.

disciplina, la persona ristretta può allontanarsi dall'abitazione, su autorizzazione del giudice, «per il tempo strettamente necessario a provvedere alle sue indispensabili esigenze di vita» o «per esercitare una attività lavorativa», qualora egli non possa far fronte diversamente a tali esigenze oppure versi in una condizione di assoluta indigenza.

Decisamente diversa è la disciplina dettata dall'art. 56 della legge n. 689 del 1981 per stabilire le modalità esecutive della detenzione domiciliare sostitutiva, che comporta l'obbligo di «rimanere nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico o privato di cura, assistenza o accoglienza ovvero in comunità o in case famiglia protette, per non meno di dodici ore al giorno, avuto riguardo a comprovate esigenze familiari, di studio, di formazione professionale, di lavoro o di salute del condannato». In ogni caso, questi può lasciare il domicilio «per almeno quattro ore al giorno, anche non continuative, per provvedere alle sue indispensabili esigenze di vita e di salute, secondo quanto stabilito dal giudice».

È evidente che la detenzione domiciliare sostitutiva, per la duttilità delle sue prescrizioni, non pone ostacoli all'eventuale accesso del detenuto ad un programma di procreazione medicalmente assistita. D'altra parte, nel determinare le modalità esecutive della pena, il giudice deve tener conto anche delle esigenze «familiari e di salute» del condannato, concedendo, quindi, alla persona *in vinculis* gli spazi di libertà necessari per coltivare i propri affetti e per sottoporsi ai trattamenti terapeutici funzionali al miglioramento della sua condizione fisica e psichica.

Per la persona sottoposta agli arresti domiciliari o alla misura alternativa della detenzione domiciliare, la previsione normativa di riferimento è, invece, l'art. 284 comma 3 c.p.p., secondo cui il giudice può autorizzare l'imputato o il condannato ad assentarsi nel corso della giornata dal luogo dove è ristretto, per il tempo strettamente necessario al soddisfacimento delle sue «indispensabili esigenze di vita». Tali esigenze — come precisato dalla giurisprudenza — non vanno intese

47-*quater* ord. pen. rinvia anche — «per quanto non diversamente stabilito» — all'art. 47-*ter* ord. pen., il quale, a sua volta, richiama — come detto — la previsione di cui all'art. 284 c.p.p.

solo in senso materiale o economico, ma si identificano con tutti i bisogni primari dell'individuo e, quindi, con i suoi diritti inviolabili riconosciuti dall'art. 2 Cost.²².

In quest'ottica, appare difficile negare che tra le «indispensabili esigenze di vita» rientri anche il ricorso alla procreazione medicalmente assistita²³, intesa come strumento necessario per coltivare rapporti familiari e affettivi del detenuto funzionali ad un compiuto sviluppo della sua personalità²⁴.

Si registrano, tuttavia, soprattutto negli orientamenti della giurisprudenza di merito, anche pronunce discordanti, con le quali si è negata l'autorizzazione ad accedere a programmi di procreazione medicalmente assistita, sostenendo che la

²² Sul punto, Cass., sez. III, 28 febbraio 2020, n. 14207, in *Dir. & giust.*, 11 maggio 2020; Id., sez. II, 30 marzo 2016, n. 16964, in *Ilpenalista.it*, 25 maggio 2016, secondo cui ha rilevanza costituzionale — e legittima, pertanto, la richiesta formulata ai sensi dell'art. 284 comma 3 c.p.p. — il diritto del padre separato ad incontrare la propria figlia minore. A sostegno della decisione si è affermato che alla persona ristretta debba essere comunque garantita «quella parte di diritti della personalità che neppure la pena detentiva può intaccare. Tra questi è certamente annoverabile il diritto al mantenimento di relazioni familiari e sociali, comprimibili solo ove ricorrano specifiche e motivate esigenze di sicurezza pubblica o intramuraria o, per i detenuti in attesa di giudizio, di ordine processuale». In altra occasione, si è ritenuta, invece, non meritevole di accoglimento la richiesta di temporaneo allontanamento dal domicilio coatto formulata dall'imputato per partecipare ad attività di volontariato (in tal senso, Cass., sez. IV, 11 luglio 2019, n. 38652, in *Dir. & giust.*, 20 settembre 2019). Si è anche negata l'autorizzazione per recarsi ad un colloquio preliminare all'iscrizione ad un corso scolastico (Cass., sez. VI, 27 settembre 2018, n. 1733, in *C.E.D. Cass.*, n. 277601) e per accompagnare i figli a scuola (Cass., sez. V, 1° luglio 2020, n. 27971, in *C.E.D. Cass.*, n. 279877), osservando che «dal testo normativo, dai lavori preparatori e dalla qualificazione dei presupposti autorizzativi in termini di “indispensabilità” e di “assolutezza”, emerge che la valutazione del giudice da compiere ai fini della concessione dell'autorizzazione ad assentarsi dal luogo di detenzione deve essere improntata a criteri di particolare rigore, di cui il giudice deve dare conto nella motivazione del relativo provvedimento». Nel caso di specie, non era stata provata «una impossibilità assoluta dell'altro genitore di riorganizzare gli orari di lavoro — in entrata ed in uscita — in modo tale da poter far fronte a tale incombenza, né una impossibilità assoluta di avvalersi all'uopo di parenti o conoscenti o, eventualmente, di addetti ai servizi sociali».

²³ Giova ricordare che, sebbene sia riconducibile all'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito, l'autorizzazione concessa ai sensi dell'art. 284 comma 3 c.p.p. resta, comunque, di carattere eccezionale, sicché tale provvedimento presuppone la rigorosa verifica delle «indispensabili esigenze di vita» prospettate dal richiedente, il quale ha l'onere di documentare la sua condizione di infertilità e, quindi, l'impossibilità di concepire se non attraverso il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita.

²⁴ A sostegno della tesi qui sostenuta vanno richiamate, in particolare, le considerazioni espresse da Cass., sez. II, 30 marzo 2016, n. 16964, cit., con nota di E. CAMPOLI, *Le indispensabili (ed inviolabili) esigenze di vita: l'umanizzazione degli arresti domiciliari*.

richiesta formulata in tal senso si fonda su un «mero desiderio» della persona ristretta, inidoneo ad integrare il presupposto indicato nell'art. 284 comma 3 c.p.p.²⁵ Si tratta di una impostazione decisamente diversa da quella recepita — anche nella sentenza in commento — dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui il diritto alla procreazione — compresa quella medicalmente assistita — è tutelato in via diretta dalla Costituzione, poiché la scelta di una coppia di diventare genitori e di formare una famiglia non può essere considerata la semplice manifestazione di un desiderio, ma costituisce espressione della fondamentale libertà di autodeterminazione dell'individuo, essenziale per favorire lo sviluppo della sua personalità «sia come singolo sia nelle formazioni sociali» (art. 2 Cost.).

4. La pronuncia della Corte costituzionale sull'affettività in carcere: un ulteriore passo verso la valorizzazione del rapporto di coppia come diritto fondamentale della persona *in vinculis*.

Nel solco del richiamato indirizzo della giurisprudenza di legittimità — sempre più incline a censurare tutte le restrizioni non necessarie e, quindi, lesive del principio di umanizzazione della pena — si inserisce anche la recente pronuncia della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 18 ord. pen., riconoscendo al soggetto *in vinculis* il diritto a svolgere colloqui intimi con la persona a lui legata da una stabile relazione affettiva, senza il controllo visivo del personale di custodia²⁶.

Secondo la Corte, la disposizione censurata, nell'imporre il monitoraggio a vista dei colloqui senza eccezioni, finiva per restringere lo spazio di espressione dell'affettività in maniera assoluta, non proporzionata e, quindi, irragionevole. In altri termini, quando le modalità esecutive della pena precludono radicalmente al condannato di coltivare i rapporti affettivi, la sanzione si rivela inidonea alla

²⁵ È il caso, ad esempio, di Corte App. Salerno, ord. 1° marzo 2024 (proc. n. 225/2023 R.G.A.), est. Giocoli, inedita.

²⁶ Si allude a Corte cost., 26 gennaio 2024, n. 10, in *Giur. cost.*, 2024, p. 90 ss., con nota di M. RUOTOLO, *Il riconoscimento del diritto all'intimità delle persone detenute in un'originale additiva ad attuazione progressiva*, e di M. BORTOLATO, *Il diritto all'intimità del colloquio: osservazioni a Corte cost. n. 10/2024*. Per ulteriori e interessanti riflessioni sulla pronuncia, si segnala anche il commento di L. KALB, *La Corte costituzionale ammette i colloqui "intimi" in carcere*, in *Dir. & giust.*, 26 gennaio 2024.

finalità rieducativa, poiché viene percepita come ingiustamente afflittiva. Il carcere che non consente momenti di intimità — come icasticamente affermato dalla Corte costituzionale — conduce alla «desertificazione affettiva», che è l'esatto opposto della risocializzazione.

Pur con le innegabili differenze, non possono sfuggire le analogie tra il tema dell'affettività in carcere e quello dell'accesso, anche *in vinculis*, a programmi di procreazione medicalmente assistita, poiché l'evoluzione garantista della giurisprudenza, su entrambi i fronti, è motivata da esigenze comuni, riconducibili all'intento di evitare l'amputazione di dimensioni essenziali della personalità del detenuto, la mortificazione del rapporto di coppia — che indubbiamente favorisce il reinserimento sociale — e la “condanna” di chi, sebbene non abbia commesso alcun reato, è costretto a subire ingiustamente il pregiudizio indiretto derivante dalla impossibilità di coltivare appieno il legame con il *partner* sottoposto a misura restrittiva.

Il presupposto di tale approccio ermeneutico è la riconosciuta importanza dei rapporti di coppia ai fini dello sviluppo della personalità dell'individuo, con la conseguenza di dover favorire le relazioni affettive — compatibilmente con le istanze di sicurezza collettiva — anche quando esse coinvolgono soggetti privati della libertà personale.

In quest'ottica, il *decisum* della Corte costituzionale — come già detto — si pone sulla scia dell'indirizzo interpretativo volto a rimarcare la impossibilità di comprimere irragionevolmente la tutela dei diritti fondamentali della persona, qualunque sia la condizione soggettiva di chi può legittimamente reclamarne l'esercizio.

Se, pertanto, con la pronuncia di incostituzionalità dell'art. 18 ord. pen. si è inteso salvaguardare lo svolgimento delle relazioni affettive anche in contesti fortemente costrittivi, quella decisione inevitabilmente rafforza il convincimento che anche il diniego di accedere ad un programma di procreazione medicalmente assistita, opposto al detenuto affetto da infertilità, può tradursi in un trattamento

ingiustificatamente discriminatorio e, in quanto tale, contrario al principio di umanizzazione della pena.

dirittifondamentali.it