

Profili affettività

■ A 40 anni dalla emanazione dell'ordinamento penitenziario è indiscusso ormai che la persona detenuta sia portatrice di diritti: di quelli già riconosciuti in quanto persona (art. 2 Cost.) e di quelli derivanti dallo stato di detenzione. Tra i primi si possono citare il diritto all'istruzione e il diritto alla salute, mentre è tipicamente espressione dei secondi il diritto alla rieducazione, che si articola variamente in ragione delle esigenze e delle carenze del condannato.

Tuttavia affermare che le persone ristrette godono di diritti al pari dei cittadini liberi trascura molto spesso il problema della effettiva possibilità di esercitare tali diritti.

Per quanto riguarda il diritto all'affettività, ci si pone il problema se costituisca un diritto riconducibile alla prima o alla seconda categoria, potendone discendere conseguenze assai differenti per quanto riguarda modalità di fruizione e di esercizio.

Prima di esprimere alcune osservazioni, è opportuna una premessa, e cioè che il tema affettività e sessualità riguarda ovviamente non solo le detenute, ma tutte le persone recluse, qualunque sia la loro identità sessuale. In questo contesto si cercherà di focalizzare l'attenzione sulle donne recluse. E ancora si osserva quale premessa generale che se in genere, parlando di affettività, si tende a focalizzare l'attenzione sulla famiglia legale o di fatto, tuttavia non si possono trascurare i legami affettivi basati sull'amicizia, che non infrequentemente sopperiscono al disgregarsi dei rapporti familiari. Si riscontrano, infatti, procedure di separazione tra coniugi avviate nel corso della detenzione (spesso già durante il periodo di custodia cautelare) e relazioni affettive che si interrompono. E questo indipendentemente dal fatto che i reati attribuiti siano contro la persona (contro il proprio partner, o figli o altro familiare).

Si può osservare che il legislatore penitenziario ha dedicato ai rapporti con la famiglia particolare rilevanza assumendoli quali elemento del trattamento e come una dimensione da valorizzare, tanto che il riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute e internate è stato ribadito anche nel d.d.l. n. 2798 approvato dalla Camera e ora all'esame del Senato come d.d.l. n. 2067, contenente "Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi nonché all'ordinamento penitenziario per la effettività rieducativa della pena"

I rapporti con la famiglia si esplicano mediante varie opportunità: da un lato mediante i colloqui in carcere, a cui si aggiungono i permessi di trascorrere parte della giornata in appositi locali o all'aperto (art.61 reg. esec.), i colloqui telefonici, la corrispondenza, dall'altro i permessi, i permessi premio, le visite.

La considerazione della rilevanza dei rapporti con la famiglia ha indotto il legislatore ad aumentare, rispetto alla previsione originaria, il numero dei colloqui, fino a 6 per i detenuti comuni e a dilatarne la durata, e grazie ad alcuni protocolli siglati con l'associazione "bambinisenzasbarre" anche fino a 8 colloqui con i figli minori di anni 10; a realizzare spazi specificamente dedicati all'incontro con i figli; e assai recentemente con la circolare Dap 2-11-2015 n. 0366755, si sono consentiti collegamenti audiovisivi.

Se è pur vero che nella circolare citata l'utilizzo degli strumenti informatici da parte dei detenuti viene ritenuto «un indispensabile elemento di crescita personale ed un efficace strumento di sviluppo di percorsi trattamentali», con un «insostituibile valore risocializzante» proiettato nella sfera lavorativa, tuttavia la stessa circolare riconosce che mediante tali strumenti si potranno facilitare "i contatti con il mondo esterno" e "permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni familiari il più possibile normali". In tal

modo si è cercato di porre rimedio, da un lato, alle difficoltà riscontrate dalle famiglie nel recarsi ai colloqui, specie ove non venga rispettato (cosa assai frequente) il principio della territorialità dell'esecuzione della pena, dall'altro di soddisfare il desiderio di maggiori contatti. E tale nuova opportunità pare soprattutto venire incontro alle esigenze di quegli stranieri che non hanno alcun familiare sul territorio nazionale.

La normativa penitenziaria, dunque, riconosce il valore dei rapporti affettivi, ma, come si può dedurre dalle circolari emanate sul punto, in realtà non riesce a garantire a pieno il complesso delle relazioni e ad apprestare spazi ed opportunità adeguati al soddisfacimento del diritto all'affettività.

Il tema è maggiormente sentito dalle donne detenute, per le quali la territorialità della pena è spesso un'utopia, a causa del loro numero molto contenuto (al 31 ottobre 2015, erano 2155 ospitate in 5 istituti solo femminili e 52 sezioni di istituti maschili sparse sul territorio nazionale). E il problema assumeva dimensione e rilevanza ancora più rilevanti per le internate, solo in parte attenuato dalla sostituzione delle r.e.m.s. agli o.p.g. Tuttavia non si può evidenziare una conseguenza, che pare altrettanto negativa: ove si attuasse appieno il principio della territorialità della pena, il rischio sarebbe quello di avere sezioni femminili con un numero così esiguo di ospiti da determinare una ghettizzazione ulteriore, una contrazione delle offerte trattamentali ancora più marcata di quella che già si registra.

Focalizzando l'attenzione sulle donne detenute, non si può tuttavia non rilevare che sul fronte affettività, mantenimento dei rapporti con la famiglia e specie con i figli, il legislatore abbia dettato una normativa a loro specificamente dedicata (gli artt.146 e 147 c.p. relativi al differimento obbligatorio e facoltativo della esecuzione della pena, l'art. 11 ord. penit., che prevede l'istituzione di asili nido, gli artt. 47-ter e 47-quinquies relativi alla detenzione domiciliare ordinaria e a quella speciale, l'art.21-ter ord.penit. relativo alle visite che sintetizzando si potrebbero definire per gravi problemi sanitari).

Si sente spesso ripetere che il carcere è stato pensato da uomini per uomini senza alcuna previsione per le donne: nell'art.1 comma 2 ord. penit., laddove si trasfonde il principio di uguaglianza, si richiamano nazionalità, razza, condizioni economiche e sociali, opinioni politiche e credenze religiose; è caduto -rispetto alla formulazione dell'art. 3 Cost.- il riferimento al sesso e questo vuol forse significare che il legislatore del 1975 era consapevole delle differenze che avrebbero dovuto caratterizzare l'esecuzione della pena nei confronti delle donne. Questo profilo è rimasto sotto traccia: poche le previsioni dedicate alle donne nella legge e nel regolamento di esecuzione. Unico momento rilevante il regolamento interno emanato nel 2008, specificamente dedicato alle donne, ai loro bisogni , alle loro esigenze.

La situazione di sfavore nei confronti delle donne si ribalta dato che il sistema preordinato dal legislatore è fortemente sbilanciato in favore della madre detenuta, integrando una palese disparità di trattamento in danno dei padri detenuti.

A prescindere ora da questi rilievi (che comunque non devono essere sottovalutati ove si ricordi che le cure parentali vedono sempre più coinvolti i padri), il complesso delle misure costituisce un rimedio per evitare sia l'incarcerazione dei figli minori di anni 6 sia, per converso, separazioni troppo prolungate nel tempo.

La detenzione domiciliare nelle diverse ipotesi ("ordinaria" e "speciale") può risultare di difficile applicazione per chi non abbia un domicilio certo, affidabile, e ciò non ostante l'art.47-ter ord. penit. indichi quale luogo di espiazione, oltre alla abitazione, anche un «luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza ovvero..... case famiglia protette».

Il ricorso all'espressione generica "luogo di accoglienza" mira a consentire l'accesso alla misura anche a quei soggetti che, non disponendo di un luogo di dimora o di abitazione, e pur potendo essere ospitati in un centro di accoglienza pubblico o privato, sono stati finora esclusi dall'accesso alla misura. L'indeterminatezza dell'espressione "luogo di accoglienza", che vuol sottolineare la funzione svolta più che individuare tecnicamente le

strutture cui fare ricorso, sembra comportare uno spazio maggiore di intervento della magistratura di sorveglianza, che in tal modo potrebbe superare le difficoltà pratiche e scegliere il luogo ritenuto più idoneo all'applicazione della misura in relazione alle esigenze del caso concreto. In questa direzione si dovrebbe lavorare, specie in considerazione delle difficoltà incontrate dalle donne nel reperire un domicilio, anche se non sfuggono le difficoltà connesse al fatto di collocare in strutture di accoglienza (pubbliche o convenzionate) persone che sono tenute a rispettare le prescrizioni imposte con la concessione della misura.

Si inquadra in questa prospettiva il Progetto Nazionale di Accoglienza delle Donne detenute con figli predisposto dalla Caritas italiana insieme ai Centri diocesani Migrantes e all'Ispettorato dei Cappellani delle carceri italiane; progetto, che mira a costituire una rete di strutture di accoglienza disponibili su tutto il territorio nazionale e a predisporre un piano di intervento, che, tenendo conto della posizione giuridica delle detenute madri, delinea percorsi personalizzati in grado di garantire il reinserimento nella società.

Peraltro non si può non evidenziare che la predisposizione di strutture di tal genere consentirebbe alle donne prive di domicilio di godere di permessi premio, che rappresentano un passaggio obbligato per l'ammissione a più ampi benefici.

Una possibile soluzione è stata individuata anche nelle «case famiglia protette», introdotte dalla legge 21 aprile 2011 n. 62, che vogliono costituire un'alternativa al carcere nei casi in cui non sia possibile un regime domiciliare. Ma fino ad oggi sono rimaste sulla carta (è stato firmata nel febbraio scorso un'intesa tra Comune di Roma e Prap per la creazione di una casa famiglia chiamata “casa di Leda”, che dovrebbe essere dunque la prima), così come hanno trovato rara attuazione gli Icam .

In relazione a questa specifica tematica si rinvia alla relazione di altri componenti del Tavolo.

■ In questa sede si vuole richiamare l'attenzione su di un istituto, cui già si è fatto cenno, quello delle visite di cui all'art.21-*ter* ord. penit., che nella versione originaria, introdotta con la l. 21 aprile 2011, n. 62, nel 1° comma consente al genitore -senza distinzioni tra madre e padre, e qualunque sia la posizione giuridica- di effettuare visite, anche in ospedale, al figlio minore che versi in imminente pericolo di vita o in gravi condizioni di salute. E nel 2° comma prevede che il genitore possa essere autorizzato «ad assistere ...durante le visite specialistiche relative a gravi condizioni di salute» il figlio minore di anni 10.

Le due previsioni si differenziano per l'ambito di operatività, che nelle ipotesi del 2° comma è più circoscritto, come si deduce dal riferimento all'età del figlio inferiore ai 10 anni., mentre nel 1° comma si parla genericamente di minore e dunque di soggetto di età inferiore a 18 anni, nonché per il fatto che nel 2° comma il padre viene autorizzato solo se la madre sia deceduta o altrimenti impossibilitata a dare assistenza alla prole. L'ulteriore differenza è rappresentata dalla diversa competenza attribuita nelle ipotesi del 1° comma al magistrato di sorveglianza, non rilevando la posizione giuridica dell'interessato, e in caso di assoluta urgenza al direttore dell'istituto di pena, mentre nel 2° comma al giudice competente.

La misura di cui al 1° comma è diretta a consentire la presenza del genitore in momenti caratterizzati da particolare gravità, tanto che la previsione pone sullo stesso piano la madre e il padre, non richiedendo in relazione al secondo che la madre sia deceduta o impossibilitata a dare assistenza alla prole, come si richiede invece nel 2° comma e in generale per la concessione della detenzione domiciliare. E nel contempo la misura mira ad assicurare al genitore la possibilità di esercitare il suo ruolo secondo quanto previsto dagli artt. 29, 30 e 31 Cost.

Con un intervento recente, la l. 16 aprile 2015, n.47, sono state estese le opportunità di cui al 1° e 2° comma anche nell'ipotesi in cui il «figlio sia affetto da *handicap* in situazione di gravità, ai sensi dell'art. 3 comma 3°» l. 5 febbraio 1992, n.104, accertata con le modalità indicate nell'art. 4 della medesima legge, o nell'ipotesi in cui il «coniuge o convivente sia affetto da *handicap grave*» ai sensi dell'art. 3 comma 3°» legge n.104/1992 .

Così operando, il legislatore ha posto sullo stesso piano l'*handicap grave* e le «gravi condizioni di salute», rendendo il primo condizione autonoma di richiesta della visita. Si noti che non è stata affidata al giudice la valutazione della gravità dell'*handicap*, ma si è fatto riferimento alla definizione contenuta nell'art. 3 legge n.104/1992 e agli accertamenti indicati nell'art.4 della stessa legge, effettuati da commissioni mediche integrate da un operatore sociale e da un esperto in servizio presso le asl. Si può ancora osservare che, a differenza di quanto previsto per la concessione della detenzione domiciliare, non si richiede un *handicap* totalmente invalidante, né uno stato di inabilità. Anche se l'estensione al figlio affetto da *handicap grave* sembra mirare a rendere omogeneo questo istituto con la detenzione domiciliare, che, a seguito della sentenza della Corte costituzionale (n. 350/2003), può essere concessa anche alla madre e al padre detenuti, conviventi con un figlio portatore di *handicap* totalmente invalidante .

È evidente la disomogeneità delle situazioni considerate: l'«imminente pericolo di vita» e le «gravi condizioni di salute» stanno ad indicare fatti acuti, caratterizzati da «temporaneità», dato che lo stato in questione è destinato a risolversi. L'*handicap grave*, invece, costituisce uno stato permanente, tendenzialmente immodificabile, posto che si presume che, stante la gravità accertata, non tenda a migliorare. Il che dunque potrebbe comportare che il genitore fruisca delle visite al figlio disabile indefinitamente nel tempo. Nell'art.21-*ter* ord. penit., peraltro, nulla si dice in relazione al numero di visite effettuabili, alla loro durata, alla loro frequenza: solo con riferimento all'ipotesi di ricovero ospedaliero si precisa che «le modalità della visita sono disposte tenendo conto della durata e del decorso della patologia».

Per rimediare alla disomogeneità di situazioni contenute nell'art.21-*ter* ord.penit. , che crea problemi interpretativi (ad es., in relazione all'età del figlio affetto da *handicap grave*, che secondo Cass., Sez. I, 13 marzo 2015, P., Ced 264291 non può essere superiore ai 18 anni, o in relazione alla impugnabilità del provvedimento del magistrato di sorveglianza), si propone di disciplinare le situazioni caratterizzate da urgenza e da temporaneità nell'art. 30 ord. penit., che già peraltro consente di fruire di permessi «in caso di imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente», mentre nell'art. 21-*ter* le situazioni croniche, quale quella ad esempio derivante da *handicap grave* accertato.

In tal modo si restituirebbe al sistema maggiore sistematicità .

Peraltro sarebbe opportuno indicare altresì la durata, il numero delle visite fruibili nell'arco temporale del mese, il mezzo di impugnazione : profili, questi, non indicati nell'attuale art. 21-*ter* ord.penit., venendo così a colmare le lacune che rendono di non facile applicazione tale norma.

■ La lettura dell'ordinamento penitenziario e del regolamento di esecuzione evidenzia che nessuno spazio è dato alla dimensione sessuale. Parlare di sesso in carcere può suscitare imbarazzo per un verso, e per l'altro critiche, sollevando questioni etiche, perché si potrebbe obiettare che, concedendo la possibilità di rapporti sessuali, si violerebbe il carattere di austerità e moralità della sanzione e della conseguente incarcerazione.

È fuor di dubbio che la «libertà sessuale» costituisca un diritto, il «diritto alla libera esplicazione delle proprie qualità e facoltà sessuali» (secondo la definizione di De Cupis), e affermare che la detenzione comporti rinuncia all'esercizio della libertà sessuale non pare sostenibile, anche perché all'interno dell'istituto di pena si possono intrecciare relazioni sessuali.

Le donne, per la loro natura e per i condizionamenti culturali, non hanno forse la stessa ansia o tensione degli uomini per la privazione del sesso, essendo per lo più orientate a percepire il sesso in funzione dell'amore, e non viceversa.

La sessualità pare vissuta dal mondo femminile più come un'esigenza di rapporti affettivi e sentimentali, che come bisogno di rapporti fisici.

L'omosessualità è diffusa tra le donne, ma nella prospettiva ora ricordata, quella di espressione della propria affettività.

Il problema si pone con riferimento alle relazioni eterosessuali con i coniugi, i conviventi o con terze persone non legate da un legame stabile. L'unico strumento normativo presente nel sistema, non certo pensato per rispondere a queste necessità, ma che potrebbe essere utilizzato in questa prospettiva, è quello del permesso premio *ex art. 30-ter* ord. penit., che consente al condannato che abbia tenuto regolare condotta e non sia socialmente pericoloso di fruire di permessi ogni volta della durata non superiore a 15 giorni e complessivamente non superiore a 45 giorni nell'anno, per «coltivare interessi affettivi». La formula usata non parrebbe rispondere alla finalità.

A ciò si aggiunga che sono esclusi tutti i detenuti in stato di custodia cautelare e che comunque non potrebbe essere utilizzato per questa finalità da tutti i condannati non solo per i requisiti soggettivi ora ricordati ma anche per i requisiti oggettivi, cioè per le soglie di pena richieste per l'ammissione al beneficio, senza contare che vi sono detenuti esclusi, quelli cioè sottoposti al regime della sorveglianza particolare e al regime differenziato *in peius ex art.41-bis* commi 1 e 2 ord. penit. Analoghe considerazioni valgono anche per le donne, che hanno assunto all'interno delle organizzazioni criminali ruoli sempre più rilevanti: il numero delle donne sottoposte a tale regime è elevato, ove lo si raffronti con il numero complessivo delle detenute e con la stereotipata immagine della donna vittima, subalterna, gregaria.

Si potrebbe pensare quale possibile soluzione al colloquio o alle visite trattamentali, ma in entrambi i casi è prescritto il «controllo a vista» (art.18 comma 2 ord. penit. e art.61 comma 2 lett.*b* reg. esec.). Al riguardo la Corte costituzionale con sentenza 301/2012, dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 cit, nella parte in cui, prevedendo il controllo visivo, impedirebbe rapporti affettivi intimi, ha tuttavia specificato che eliminare il controllo a vista risponderebbe solo in parte alle esigenze dei soggetti, dato che comunque mancherebbe la naturale esigenza di intimità connessa ai rapporti in questione. E concludeva la Corte che «l'eliminazione del controllo visivo non basterebbe comunque, 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. Tutte operazioni che implicano, all'evidenza, scelte discrezionali, di esclusiva spettanza del legislatore».

E bisognerebbe altresì tenere conto 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», evitando che i colloqui si trasformino in occasioni per proseguire le stesse attività delittuose sanzionate con la detenzione.

Non rinvenendosi dunque soluzioni all'intero del sistema penitenziario, è il legislatore che deve provvedere, avendo come obiettivo quello di contemperare le esigenze di ordine e sicurezza da un lato, e le esigenze delle persone recluse.

Non si può, infatti, al riguardo non ricordare che la privazione di rapporti sessuali si pone in contrasto con le indicazioni contenute in alcune raccomandazioni del Consiglio d'Europa: la Raccomandazione R (1997) 1340, sugli effetti sociali e familiari della detenzione, che nell'art. 6 invita, infatti, gli Stati membri a «migliorare le condizioni

previste per le visite da parte delle famiglie, in particolare mettendo a disposizione luoghi in cui i detenuti possano incontrare le famiglie da soli»; la Raccomandazione R (2006)2 sulle regole penitenziarie europee, che prevede, nella regola n. 24.4, che «le modalità delle visite devono permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni familiari il più possibile normali»: concetto – quello di «normalità» – che evoca anche i profili affettivi e sessuali, come ben emerge dal commento a tale regola, in cui si precisa che, «ove possibile, devono essere autorizzate visite familiari prolungate», le quali «consentono ai detenuti di avere rapporti intimi con il proprio partner», posto che «le “visite coniugali” più brevi autorizzate a questo fine possono avere un effetto umiliante per entrambi i partner».

La soluzione da più parti prospettata di creare all'interno degli istituti penitenziari degli spazi destinati all'affettività e alla sessualità suscita perplessità specie sul piano pratico; per converso la soluzione opposta di trovare fuori dall'istituto appartamenti a ciò destinati crea perplessità specie nella prospettiva della tutela di esigenze di ordine e sicurezza. Molti sono i d.d.l. presentati per cercare di porre rimedio e di dare attuazione a quanto previsto anche nelle raccomandazioni ora ricordate.

Poiché il tema è oggetto di uno specifico Tavolo (n.6) si rinvia a quanto prospettato nella Relazione di detto Tavolo .

Non si può, infine, non evidenziare che la espiazione in carcere, privando la persona di momenti di intimità con il proprio partner, ha riflessi anche sulla genitorialità futura .

Un profilo particolare è quello del ricorso alla procreazione assistita: se si scorre la giurisprudenza in materia (peraltro assai contenuta) si coglie subito che ricorrenti sono uomini condannati a lunghe pene detentive o all'ergastolo, spesso in regime differenziato *in peius ex art.41-bis* comma 2 ord. penit., che chiedevano di ricorrere a tali pratiche per avere un “erede”. La Cassazione, pronunciandosi sulle impugnazioni avverso le decisioni dei magistrati di sorveglianza, che avevano negato l'accesso al programma di procreazione assistita, ha chiarito in più occasioni che non costituisce motivo per ricorrere a tale programma la detenzione, e che nell'ipotesi di patologie che potrebbero rientrare tra quelle legittimanti il ricorso queste devono essere valutate attentamente dal magistrati sorveglianza . Non si ha notizia di donne che abbiano chiesto di ricorrere a tali pratiche .

Tuttavia non si può non ricordare che, laddove venissero diagnosticate delle cause di sterilità o di infertilità, dovrebbe essere garantito l'accesso alle pratiche di procreazione assistita. Certo se a ricorrervi sia una donna, si porrebbe poi il problema dell'eventuale strumentalità della gravidanza finalizzata a ottenere una misura alternativa, ma non pare questo certo un argomento sufficiente per escludere il ricorso a tali pratiche.