

# RICONOSCIMENTO DEL DIRITTO ALL'AFFETTIVITÀ DELLE PERSONE DETENUTE: UNO SGUARDO ALL'ESPERIENZA FRANCESE

(A. Della Bella)

Sommario: 1. Il diritto del detenuto all'affettività e alla sessualità. – 2. La necessità di colmare la lacuna nell'ordinamento penitenziario. – 3. La soluzione adottata nell'ordinamento francese. – 4. Riflessioni de iure condendo. – 4.1. Tipologia delle visite: le visite familiari e gli incontri per la coppia. – 4.2 Detenuti ammessi alle visite. - 4.3 Individuazione dei possibili 'visitatori'. - 4.4 Frequenza e durata. - 4.5 Autorità competente e rimedio giurisdizionale. - 4.6 Predisposizione delle strutture necessarie.

## 1. Il diritto del detenuto all'affettività e alla sessualità

Partendo dalla premessa, più volte enunciata dalla Corte costituzionale (cfr., in particolare, sent. n. 26/1999), secondo cui lo stato di detenzione non vale di per sé ad annullare la titolarità dei diritti del detenuto, deve riconoscersi la sussistenza, in capo allo stesso, di un vero e proprio diritto soggettivo all'affettività ed alla sessualità.

Occorre preliminarmente specificare che con questa espressione ci si intende riferire sia alla necessità di garantire al detenuto la possibilità di coltivare relazioni affettive significative con il proprio nucleo familiare sia, più specificamente, alla necessità di garantire relazioni sessuali del detenuto con il proprio partner.

Il diritto all'affettività e alla sessualità trova affermazione, da un lato, nella Costituzione - rientrando certamente tra i diritti inviolabili della persona di cui all'art. 2 e potendo altresì essere ricondotto agli artt. 29 e 31 posti a tutela dei rapporti familiari - e, dall'altro, nelle fonti sovranazionali, tra cui la Convenzione nazionale dei diritti dell'uomo, che all'art. 3 vieta i trattamenti inumani e degradanti e all'art. 8 tutela il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

Come noto, molti atti sovranazionali affermano espressamente la necessità di dare riconoscimento al diritto all'affettività e alla sessualità dei soggetti in stato di detenzione. Si pensi in questo senso:

- all'art. 6 delle Regole penitenziarie europee del 1997 (Racc. 1340/1997) che invita gli Stati a mettere a disposizione dei detenuti "luoghi in cui possano incontrare le famiglie da sole";

- all'art. 24 co. 4 delle Regole penitenziarie europee del 2006 (Racc. 2/2006), secondo cui "le modalità delle visite devono permettere ai detenuti di mantenere e sviluppare relazioni familiari il più possibile normali" e che significativamente prescrive, nel commento in calce alla norma che, "ove possibile, devono essere autorizzate visite familiari prolungate (fino a 72 ore, ad esempio, come avviene in numerosi paesi dell'Europa dell'Est)", nella convinzione che "visite coniugali più brevi autorizzate a questo fine possono avere un effetto umiliante per entrambi i partner".

E' poi di tutta evidenza che un ordinamento penitenziario che non offre luoghi, tempi e spazi adeguati a garantire il mantenimento di relazioni affettive significative tra i detenuti e i suoi familiari e congiunti, da un lato, ostacola il percorso di reinserimento sociale degli stessi, e dunque la funzione rieducativa della pena ex art. 27 co. 3 Cost. (posto che essa, come riconosce la legge penitenziaria negli artt. 15 e 28, si realizza principalmente attraverso il mantenimento dei legami familiari); dall'altro, rischia di compromettere la salute psico-fisica del detenuto tutelata dall'art. 32 Cost.,

anche in considerazione delle conseguenze deteriori che possono derivare da una forzata e prolungata astinenza sessuale.

## 2. La necessità di colmare le lacune dell'attuale disciplina

Nella legge di ordinamento penitenziario, lo strumento attraverso il quale meglio si realizza la soddisfazione dei bisogni affettivi e sessuali del detenuto è senz'altro quello del permesso premio, di cui all'art. 30 *ter* o.p., che la legge prevede anche al fine di "coltivare interessi affettivi". Tale beneficio, tuttavia, non costituisce una soluzione al problema, non essendo fruibile dalla generalità dei detenuti: esso infatti è riservato ai soli *condannati* che si trovino nelle condizioni descritte dalla legge.

Nei confronti dei detenuti esclusi dall'ammissione ai permessi premio, il principale strumento per coltivare i rapporti affettivi è rappresentato dai colloqui, disciplinati negli artt. 18 o.p. e 37 reg. esec., che però – come risulta dall'esame delle norme che li regolano e come poi è noto a chiunque abbia un minimo di dimestichezza con l'ambiente carcerario – risultano inadeguati a dare effettiva soddisfazione ad un tale diritto del detenuto.

Un primo profilo di inadeguatezza è relativo alla loro *durata*: il tempo riservato ai colloqui è infatti estremamente ridotto (di regola un'ora, eccezionalmente due) e tale da non consentire uno scambio adeguato tra il detenuto ed il familiare (si pensi al caso del genitore-detenuto che ha bisogno di un tempo ben più prolungato per ritrovare empatia con il figlio e per recuperare un livello di comunicazione profondo).

Un secondo profilo di inadeguatezza ha a che fare con il *luogo*: i colloqui dei detenuti spesso si svolgono in sale affollate, molto rumorose, ove non è garantito un minimo di intimità e ove è impedito qualsiasi gesto affettuoso (anche il bacio o la carezza).

Un terzo profilo di inadeguatezza ha a che fare con l'obbligatorietà del *controllo visivo* del personale di custodia, espressamente previsto nell'art. 18 co. 2 o.p., che preclude la possibilità di gesti affettuosi e di relazioni sessuali tra i partner, costringendo il detenuto ad una innaturale e deleteria astinenza sessuale.

In tale contesto i colloqui spesso diventano fonte di frustrazione e di ansia sia per i detenuti sia per i familiari e possono determinare il peggioramento, quando non la stessa rottura dei rapporti esistenti (non sono infrequenti i casi di genitori che preferiscono non portare i figli ai colloqui, per evitare loro esperienze traumatizzanti).

Vero è che l'art. 61 reg. esec. – in attuazione dell'art. 28 o.p., secondo cui l'ordinamento dedica particolare cura a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie – prevede la possibilità per le persone ammesse ai colloqui di trascorrere parte della giornata insieme ai detenuti in appositi locali o all'aperto, ma, da un lato, si tratta di provvedimenti del tutto eccezionali, completamente rimessi alla discrezionalità del direttore dell'istituto e, dall'altro, si tratta di incontri comunque sottoposti al controllo visivo del personale di sorveglianza.

Non è dubbio pertanto che sia arrivata l'ora per il nostro ordinamento di colmare la lacuna e di prevedere delle modalità di tempo, spazio e luogo che consentano un più soddisfacente esercizio del diritto fondamentale all'affettività e alla sessualità del detenuto.

Questo del resto è l'auspicio della Corte costituzionale che - nella sentenza 301/2012, nella quale, come noto, ha dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità dell'art. 18 o.p. nella parte in cui prevede il controllo visivo del personale di custodia – ha evidenziato come l'esigenza di garantire ai detenuti relazioni affettive

intime, anche a carattere sessuale, sia “reale e fortemente avvertita” e che meriti pertanto “ogni attenzione da parte del legislatore, anche *alla luce delle indicazioni provenienti dagli atti sovranazionali* richiamati dal rimettente (...) e *dell’esperienza comparatistica*, che vede un numero sempre crescente di Stati riconoscere, in varie forme e con diversi limiti, il diritto dei detenuti ad una vita affettiva e sessuale intramuraria: movimento di riforma nei cui confronti la Corte europea dei diritti dell’uomo ha reiteratamente espresso il proprio apprezzamento (....)”.

### **3. La soluzione adottata nell’ordinamento francese.**

Proprio il richiamo compiuto dalla Corte costituzionale alle esperienze comparatistiche, convince della necessità di allargare lo sguardo al di là dei confini nazionali.

Anche ad un esame cursorio del panorama internazionale ci si rende conto, con immediata evidenza, che sono oramai pochi gli ordinamenti nei quali il diritto all’affettività e alla sessualità dei detenuti non viene riconosciuto.

Le c.d. visite familiari e/o coniugali sono infatti oramai una realtà consolidata in Albania, Austria, Belgio, Croazia, Danimarca, Francia, Germania, Norvegia, Olanda, Svizzera, Spagna, Svezia, Germania (e l’elenco non è certamente esaustivo).

Una delle soluzioni a mio avviso più interessanti per l’osservatore italiano è quella francese, sia perché la riforma è oramai a regime da un periodo di tempo significativo, sia perché studi recenti ne hanno dimostrato l’efficacia sul piano della riduzione della recidiva, sia perché emblematica di un approccio ‘empirico’ che può rivelarsi utile in un’ottica di riforma del sistema penitenziario.

L’istituto delle ‘visite familiari’ è stato introdotto nell’ordinamento francese nel 2003, in via sperimentale; solo nel 2009, alla luce dei buoni risultati prodotti, esso è stato ‘istituzionalizzato’.

L’istituto delle visite familiari – che trova la sua disciplina negli artt. 35 e 36 della Loi 2009-1436 du 24 novembre 2009 *pénitentiaire* – si affianca a quello dei permessi, come strumento per dare attuazione al diritto del detenuto di mantenere legami familiari ed affettivi durante lo stato detentivo.

L’idea di fondo è di garantire uno *spazio riservato* ed un *tempo disteso* nel quale consentire che le relazioni del detenuto con il partner o con altri membri della famiglia possano svolgersi in modo significativo. E’ evidente poi che la possibilità di spendere un periodo di tempo apprezzabile senza una diretta sorveglianza dell’Amministrazione penitenziaria costituisce anche uno prezioso strumento di responsabilizzazione del detenuto.

Per lo svolgimento delle visite, la legge prevede la costruzione da parte dell’Amministrazione penitenziarie di apposite strutture: le *Unitès de Vie Familiale* e i *Parloirs familiaux*.

In particolare, le *Unitès de Vie Familiale* sono piccoli appartamenti (con una o due stanze da letto, un bagno ed una zona cucina), separati dalle sezioni detentive ma all’interno del penitenziario, ove i detenuti possono ricevere il compagno o l’intera famiglia per una durata di tempo che varia dalle 6 alle 72 ore.

Le *Parloirs familiaux* sono invece delle stanze di circa 10-12m<sup>2</sup>, da predisporre negli istituti penitenziari ove – per le caratteristiche strutturali – non è possibile realizzare le *Unitès de Vie Familiale*. Nei *Parloirs* i detenuti possono ricevere la visita del partner o di altri membri della famiglia per una durata massima di 6 ore.

Il numero di tali strutture va crescendo. Secondo i dati del Ministero della Giustizia francese, al 1 gennaio 2015 erano stati istituiti 45 *parloirs familiaux* in 12 istituti penitenziari (contro i 36 in 9 istituti penitenziari del 2014) e 85 *Unitès de Vie Familiale* in 26 istituti (contro i 71 in 21 istituti nel 2014).

Tutti i detenuti, siano essi imputati o detenuti, possono fruire delle visite familiari: nel primo caso la decisione è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice, nel secondo caso invece la decisione spetta all'amministrazione penitenziaria, che – secondo quanto stabilisce la legge – deve concederla, salvo “*pour de motifs liés au maintien du bon ordre et de la sécurité ou à la prévention des infractions*” (art. 35).

Quanto ai soggetti che possono essere ammessi, la legge fa riferimento ai familiari o congiunti che, in base alla legge penitenziaria, hanno diritto al colloquio con i detenuti. Secondo quanto precisato in una recente circolare dell'amministrazione penitenziaria (*Note du 4 décembre 2014, relative aux modalités d'accès ed de fonctionnement des Unitès de Vie Familiale et des Parloirs familiaux*) si considerano ‘familiari’ a questo fine: gli ascendenti e i discendenti; fratelli e sorelle; i coniugi; le coppie di fatto (*les partenaires pacsés*); i conviventi (purché vi sia una prova della convivenza precedente alla detenzione).

Sempre nella predetta circolare, si precisa che, benché non costituisca un presupposto necessario, è fortemente raccomandabile che le visite familiari siano precedute dai colloqui tradizionali, che costituiscono un opportuno strumento di ‘preparazione’ sia per il detenuto, sia per il visitatore.

Quanto alla frequenza, l'art. 36 della legge afferma che il detenuto ha diritto ad una ‘visita familiare’ ogni tre mesi. Nella circolare del 2014, si afferma che la mancanza di strutture (ad oggi insufficienti a soddisfare tutte le domane) può costituire ragione di rifiuto della richiesta e si precisa che, laddove vi sia la necessità di fare una ‘scelta’, la precedenza dovrà essere data a quei detenuti che, per il tipo di regime cui sono sottoposti o per altre ragioni, non beneficiano dei permessi di uscita.

#### **4. Riflessioni *de iure condendo*.**

Lo studio della disciplina francese mi ha convinto che da essa l'osservatore italiano potrebbe trarre diverse indicazioni interessanti, in un'ottica *de iure condendo*.

Al di là poi delle soluzioni di merito, che evidentemente devono essere ritagliate sulle caratteristiche del nostro sistema penitenziario, c'è un'indicazione di fondo che mi sembra utile mettere in rilievo e che attiene alla metodologia impiegata per l'introduzione di questo istituto. Come si è già accennato, la previsione delle visite familiari nella legge è stata preceduta da un periodo di sperimentazione e di valutazione dei risultati ottenuti: un approccio ‘empirico’ che a mio avviso, con le ovvie limitazioni legate alla materia della quale stiamo parlando, potrebbe rivelarsi davvero fertile, qualora adottato anche per la soluzione dei problemi del sistema sanzionatorio.

Concludendo, non si può credo non concordare sul fatto che la scelta ‘negazionista’ sia oramai insostenibile: non solo è in contrasto con i principi affermati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla nostra Costituzione, ma ci disallineerebbe dalla stragrande maggioranza dei Paesi europei, ove l'affettività e la sessualità all'interno del carcere è pacificamente riconosciuta non solo in quanto espressione di un diritto fondamentale della persona, ma anche come utile strumento di prevenzione speciale, essendo funzionale alla conservazione dei legami familiari ed affettivi del detenuto e garantendone quindi un più facile reinserimento nella società.

Si consideri poi che anche il **Comitato nazionale per la bioetica**, organo istituito presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, ha affermato che il soddisfacimento dei bisogni relazionali dell'individuo costituisce elemento essenziale del diritto alla salute e che, per questo motivo, dovrebbe essere garantita "la possibilità di godere di intimità negli incontri tra detenuti e coniugi/partner, in modo da salvaguardare l'esercizio della affettività e della sessualità. In tal modo si sostanzia il principio etico della centralità della persona, anche in condizioni di privazione della libertà" (Cfr. il rapporto "La salute dentro le mura", 27 settembre 2013).

Nel tentativo di formulare una proposta, occorre partire dalla constatazione che il riconoscimento di un diritto all'affettività e alla sessualità dei detenuti impone di ripensare al bilanciamento, cristallizzato nell'art. 18 co. 2 o.p., tra la tutela delle esigenze di difesa sociale e i diritti fondamentali del detenuto: al fine di garantire una soddisfazione almeno parziale del diritto all'affettività e alla sessualità occorre **rinunciare al principio della sorveglianza continua sul detenuto** durante i colloqui, secondo le modalità che si cercheranno ora di delineare.

La proposta è quella di prevedere l'introduzione di due nuove disposizioni all'interno della legge di diritto penitenziario, collocate subito dopo la disposizione che regola i colloqui: l'art. 18 *quater* dedicato alle visite familiari e l'art. 18 *quinquies* dedicato agli incontri per la coppia.

#### *4.1. Tipologia delle visite: le visite familiari e gli incontri per la coppia.*

Riprendendo quando osservato più sopra, si ritiene che il diritto all'affettività del detenuto debba articolarsi in due diverse componenti.

Da un lato, il diritto all'affettività che ha a che fare con l'opportunità di garantire il mantenimento o la ricostituzione dei rapporti familiari, ciò che – come anche la nostra legge di ordinamento penitenziario in più punti evidenzia – rappresenta un irrinunciabile strumento per il percorso risocializzativo del condannato. Sotto questo profilo, occorre prevedere l'introduzione di **visite familiari**, durante le quali il detenuto possa incontrare uno o più familiari (coniuge, genitori, figli) in un luogo adeguato, che garantisca un minimo di riservatezza, con tempi più 'distesi', con la condivisione di momenti della vita quotidiana (come ad esempio il pasto) e con la possibilità, eventualmente, di spostamento nelle aree verdi dell'istituto. In relazione a questo tipo di visite si dovrà attribuire al direttore dell'istituto (o all'autorità giudiziaria quando questa sia chiamata a pronunciarsi sulla concessione delle visite) la *valutazione circa la necessità di mantenere, e che in termini, il controllo visivo del personale di sorveglianza.*

D'altro lato, come si diceva, non meno urgente ed importante è la necessità di consentire al detenuto di avere relazioni sessuali con il proprio partner, essendo questo un aspetto fondamentale per consentire il mantenimento di una relazione affettiva equilibrata e per evitare gli effetti deteriori, a tutti noti, di una prolungata astinenza sessuale. Sotto questo profilo, occorre prevedere l'introduzione di **incontri per la coppia**, durante le quali sarà evidentemente necessario *escludere il controllo visivo del personale di sorveglianza.*

#### *4.2 Detenuti ammessi alle visite.*

Le visite (familiari o per la coppia) dovranno essere di regola destinate a **detenuti che non fruiscono di misure alternative o di benefici penitenziari** che

consentono di coltivare i rapporti affettivi all'esterno (così, da esempio, dovranno di regola essere esclusi i soggetti che già fruiscono dei permessi premio).

Sempre nel tentativo di selezionare i fruitori delle visite (ciò che appare necessario in considerazione della realistica presa d'atto della carenza e dell'inadeguatezza degli spazi dei nostri istituti penitenziari), potranno essere **esclusi i soggetti che sono detenuti per brevi periodi di tempo** (ad esempio, per detenzioni inferiori ai sei mesi).

Per il resto le visite dovranno essere dirette alla **generalità dei detenuti**, tanto con riferimento alla posizione giuridica, quanto alla tipologia del reato commesso, salvo le **esclusioni determinate dall'esigenza di garantire l'ordine e la sicurezza all'interno del carcere e di prevenire la commissione di reati**.

Così, più nello specifico, quanto alla posizione giuridica, si ritiene che le visite debbano essere **dirette tanto ai condannati e agli internati, quanto agli imputati**: per questi ultimi, come si dirà, la decisione sulle visite potrebbe essere attribuita all'autorità giudiziaria (come già previsto ora dall'art. 18, in relazione ai colloqui), che potrà valutare l'eventuale incompatibilità delle stesse con le esigenze cautelari.

In relazione alla tipologia di reato, non si ritiene di dover prevedere preclusioni per gli **autori dei reati di cui all'art. 4 bis o.p.**: al fine di garantire un ragionevole bilanciamento tra la tutela dei diritti fondamentali della persona e le esigenze di difesa sociale, maggiormente avvertite in relazione agli autori di questi delitti, potrebbe eventualmente attribuirsi la competenza all'autorizzazione alle visite all'autorità giudiziaria (L'a.g. che procede per gli imputati; il magistrato di sorveglianza per i condannati).

Dovranno invece essere esclusi dalle visite ex art. 18 *quater* e 18 *quinquies* i detenuti sottoposti al **regime detentivo speciale ex art. 41 bis o.p.**, co. 2 ss.

#### *4.3 Individuazione dei possibili 'visitatori'*

Nell'individuazione dei soggetti esterni che possono entrare in carcere al fine di effettuare le visite ci si potrebbe riferire alle stesse categorie di soggetti legittimati ad avere i colloqui ex artt. 18 o.p. e 37 reg. ese.

Con riferimento alle **visite familiari** l'espressione "congiunti" utilizzata nella legge di ordinamento penitenziario dovrà essere intesa nella stessa accezione ampia elaborata dalla giurisprudenza, dalle circolari del dap e dallo stesso reg. 230/2000 in relazione ai colloqui e cioè:

- da un lato, comprensiva di tutti coloro che sono legati al detenuto da rapporto di coniugio, di parentela o di affinità fino al 4° grado;
- dall'altro, comprensiva dei componenti della famiglia di fatto, con equiparazione al coniuge del convivente.

Con riferimento agli **incontri per la coppia**, oltre al coniuge o al convivente, potrà essere ammesso anche il partner non convivente, purché legato al detenuto da relazione affettiva di comprovata stabilità (sulla base di accertamenti che potranno essere affidati agli uffici del servizio sociale penitenziario).

#### *4.4 Frequenza e durata.*

La frequenza delle visite potrebbe essere mensile (in questo senso vanno anche la maggior parte delle legislazioni straniere in materia). Tuttavia, in considerazione dei problemi di fattibilità che almeno inizialmente si porranno per l'individuazione di spazi adeguati, si potrebbe pensare ad un periodo transitorio nel quale la frequenza delle visite sia inferiore.

Quanto alla durata, dovrà prevedersi un minimo ed un massimo, tenendo in considerazione – nella fissazione del limite minimo – l’opportunità di evitare un tempo troppo breve, che potrebbe tramutare la visita con il partner o con la famiglia in un’esperienza umiliante o frustrante (a titolo indicativo, si potrebbe pensare ad un limite minimo di 3 ore ed un massimo di 24 ore). Entro questi limiti sarà poi l’autorità competente all’autorizzazione a fissare la durata in concreto della visita, in considerazione delle esigenze del detenuto e delle disponibilità di spazi all’interno dell’istituto.

#### *4.5 Autorità competente e rimedio giurisdizionale.*

Le visite saranno effettuate su richiesta del detenuto e del soggetto interessato alla visita.

Come si è già anticipato, l’autorizzazione dovrebbe essere di regola di competenza del **direttore dell’istituto penitenziario**, che dovrà riconoscere il diritto alla visita qualora la richiesta provenga da soggetti legittimati, salvo però il potere di negarne la concessione, per ragioni legate all’ordine e la sicurezza all’interno del carcere e alla necessità di prevenire la commissione di reati.

Contro il provvedimento di rigetto del direttore, che dovrà essere adeguatamente motivato, non occorre prevedere l’introduzione di un rimedio giurisdizionale specifico, ben potendo il detenuto proporre **reclamo ai sensi dell’art. 35 bis o.p.**, lamentando, *ex art. 69 co. 6 lett. b)*, l’inosservanza di disposizioni di legge dalle quali derivi un’attuale e grave pregiudizio all’esercizio di un suo diritto.

La competenza ad autorizzare le visite dovrebbe invece spettare all’**autorità giudiziaria**:

- in relazione agli imputati;
- in relazione ai detenuti (imputati, internati o condannati) per reati di cui all’art. 4 *bis*.

#### *4.6 Predisposizione delle strutture necessarie*

Ai fini della predisposizione di spazi adeguati per lo svolgimento delle visite dovrà chiedersi ai Direttori degli istituti penitenziari di procedere, entro un termine stabilito, al monitoraggio degli ambienti esistenti, così da procedere ad una ‘mappatura’ degli spazi già utilizzabili e degli eventuali interventi di ristrutturazione o di adeguamento da intraprendere.

Un modello cui ispirarsi nella predisposizione degli spazi adeguati potrebbe essere rappresentato dalla “stanza dell’affettività” del carcere di Milano-Bollate, uno spazio allestito come un ambiente domestico che permette di recuperare una dimensione familiare, attraverso la condivisione dei gesti della quotidianità (sulla scia delle *Unitès de Vie Familiare* o nei *Parloirs familiaux* dell’esperienza francese).