



A.D. MDLXII

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI SASSARI

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN

SCIENZE GIURIDICHE XXX CICLO

**L'ANALISI DELLA TUTELA GIURIDICA DEI
RAPPORTI FAMILIARI DELLA PERSONA DETENUTA
NELLA TEORIA GENERALE DEL DIRITTO DI FAMIGLIA**

DIRETTORE DELLA SCUOLA DI DOTTORATO:

CH.MO PROF. MICHELE COMENALE PINTO

TUTOR:

CH.MO PROF. GIOVANNI MARIA UDA

(DIRITTO CIVILE)

CO-TUTOR:

CH.MA PROF.SSA PATRIZIA PATRIZI

(PSICOLOGIA GIURIDICA)

DOTTORANDO:

DOTT. NICOLA FRESU

ANNO ACCADEMICO 2016/2017

INDICE

| | |
|-------------------|---|
| INTRODUZIONE..... | 1 |
|-------------------|---|

CAPITOLO 1

GLI STRUMENTI DELLA RICERCA: ELEMENTI DI DIRITTO DI FAMIGLIA E DI DIRITTO

PENITENZIARIO. LA CULTURA RIPARATIVA

| | |
|---|----|
| 1.1 Il diritto di famiglia: nozioni introduttive al diritto di famiglia..... | 11 |
| 1.1.1 Le unioni familiari: un breve <i>excursus</i> | 13 |
| 1.1.2 Il regime personale..... | 24 |
| 1.1.3 La filiazione..... | 29 |
| 1.1.4 Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari e la loro peculiarità interdisciplinare: il diritto privato, quello penale e la psicologia sistemico relazionale..... | 34 |
| 1.2 Il trattamento penitenziario: un breve <i>excursus</i> | 41 |
| 1.2.1 Le funzioni della pena: la funzione riparativa | 45 |

CAPITOLO 2

LA FAMIGLIA COME FATTO SOCIALE

| | |
|--|----|
| 2.1: Le teorie contrapposte: la famiglia tra il diritto pubblico ed il diritto privato..... | 62 |
| 2.2 Diritto individuale e diritto sociale in un “ambiente - ecologico”: la famiglia come diritto sociale..... | 76 |

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

| | |
|--|----|
| 2.3 La Psicologia Giuridica e Sociale: un punto di congiunzione tra realtà giuridica ed effettività della norma..... | 86 |
|--|----|

CAPITOLO 3

IL REGIME PERSONALE NEL CONTESTO DETENTIVO

| | |
|--|-----|
| 3.1 La tutela dell'affettività emotiva..... | 92 |
| 3.2 La tutela della sessualità..... | 96 |
| 3.2.1 Sentenza della Corte Costituzionale n. 301\2012..... | 100 |
| 3.2.2 Sentenza della Corte di Cassazione Penale n. 882\2015..... | 103 |

CAPITOLO 4

LA FILIAZIONE NEL CONTESTO DETENTIVO

| | |
|--|-----|
| 4.1 La responsabilità genitoriale quale espressione di un dovere costituzionale: l'art 29 Cost..... | 110 |
| 4.2 La legge 21 aprile 2011 n. 62: novità e criticità..... | 112 |
| 4.3 Un diritto di natura giurisprudenziale: l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita | 117 |
| 4.3.1 Lo stato normativo della tutela in contesti internazionali..... | 124 |
| 4.4 Corte di Strasburgo, Sent. 6 dicembre 2016, <i>Requête no 20323/14</i> , Kanalas c. Romania: mancata concessione ad un detenuto del permesso di partecipare al funerale della propria madre..... | 125 |

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
 nella Teoria generale del diritto di famiglia*
 Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
 Università degli Studi di Sassari

| | |
|--|-----|
| 4.5 Ordinanza Tribunale di Sassari: la concessione di un permesso ex art. 30 L. 26 luglio 1975, n.354 - Corte di Cassazione sezione I penale sentenza 15 febbraio 2017, n. 7344..... | 128 |
|--|-----|

CAPITOLO 5

IL DETENUTO PER REATI DI CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

| | |
|---|-----|
| 5.1 La famiglia nel contesto della criminalità organizzata..... | 131 |
| 5.2 Il contrasto alla criminalità organizzata in fase di esecuzione della pena..... | 134 |
| 5.3 La tutela giuridica dei rapporti familiari del detenuto speciale..... | 137 |

| | |
|------------------|-----|
| CONCLUSIONI..... | 141 |
|------------------|-----|

| | |
|-------------------|-----|
| BIBLIOGRAFIA..... | 146 |
|-------------------|-----|

| | |
|---------------|-----|
| SENTENZE..... | 154 |
|---------------|-----|

| | |
|-----------------|-----|
| SITOGRAFIA..... | 157 |
|-----------------|-----|

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

INTRODUZIONE

La tematica affrontata nel lavoro di ricerca in esponendo è volta a studiare ed approfondire l'attuale stato della teoria generale del diritto di famiglia secondo un approccio che lo vede appartenere alla categoria dei diritti sociali, tramite lo studio della tutela dei principali diritti familiari¹ posti in relazione al soggetto detenuto adulto² e di come, tale disciplina, sia stata modificata nel tempo a causa dei cambiamenti sociali e per merito della sempre più influente scienza della Psicologia giuridica. L'elaborato aspira a mettere in luce le teorie che vedono il diritto privato (particolarmente, il diritto di famiglia) quale materia giuridica sempre più attenta alle relazioni sociali e sempre più curante delle ripercussioni che, i differenti Istituti privatistici, producono inevitabilmente all'interno delle relazioni instaurate tra i consociati nella comunità. Ci si prospetta di collocare il diritto di famiglia non più nella zona di confine posta tra diritto pubblico e diritto privato ma, bensì, nella categoria del diritto sociale, inteso come terzo *genus* e come nuovo strumento giuridico condiviso tra il diritto privato ed il diritto pubblico.

È necessario premettere che, in ogni ricerca che faccia riferimento, anche solo limitatamente, ad argomenti di psicologia sociale e giuridica, è propedeutico servirsi

¹ È necessario avvertire che nell'elaborato di ricerca che ci si accinge ad esporre non verranno presi in analisi i temi riferiti al diritto patrimoniale di famiglia, nonostante sia convinzione dello scrivente che anche per essi valgano i principi che andremo a trattare.

² Si rinviene l'importanza di evidenziare che, in questa sede, si è scelto volutamente di non affrontare le tematiche riferite alla persona minore di età quale soggetto sottoposto a detenzione od a restrizioni di libertà personale stante la peculiarità (o specialità che dir si voglia) di cui tale materia gode rinviando ad eventuale altra sede trattazioni in merito.

dott. Nicola Fresu,

*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*

Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

dell'analisi preliminare di una determinata ipotesi di lavoro³: quella che si va a descrivere, appunto, fa riferimento all'ipotesi dell'applicazione della cultura riparativa nella tutela civilistica dei rapporti tra detenuti ed i propri familiari.

L'ambiente penitenziario contestualizzato nella tutela giuridica familiare, rappresenta uno dei settori giuridici più attenti al benessere sociale della persona e, per tale ragione, si è scelto di approfondirne gli aspetti più emblematici riferiti al concetto di relazione personale, in modo da mettere in evidenza i punti più critici della teoria generale del diritto di famiglia permettendone una indagine più attenta e consapevole. Tale lavoro consiste in uno studio di carattere prettamente civilistico ma, al contempo, si avvale di strumenti alternativi e non tipicamente giuridici, al solo scopo di poter osservare con un giusto approccio interdisciplinare, quella parte del Codice Civile che ha subito le influenze della scienza psicologica e delle evoluzioni storiche della società e si propone, inoltre, di individuare i mutamenti futuri della materia basandosi sulle attuali teorie psicologico-familiari.

Preme evidenziare che, come è noto, le ricerche caratterizzate da marcata interdisciplinarietà sono spesso esposte a criticità sia di carattere identitario che qualitativo e, pertanto, al fine di evitare tale possibile epilogo, si è scelto di adoperare lo studio in esposizione di metodologie di ricerca prettamente giuridiche avvalendosi dell'ausilio di nozioni essenziali di carattere psicologico (in taluni casi, anche di tipo sociologico). Di fatti, la ricerca che ci interessa, riguarda *in primis* il diritto privato e, in correlazione, la Psicologia giuridica, all'interno di un contesto di diritto penitenziario,

³ Henri Poincaré, *La scienza e l'ipotesi (La science et l'hypothèse)*, traduzione di Maria Grazia Porcelli, Dedalo, Bari, 2012.

con la consapevolezza che tale caratteristica (l'interdisciplinarietà) risulta essere l'unico strumento adatto a permettere un approfondito studio di quelle tematiche che non sarebbero, viceversa, completamente conoscibili se ci si limitasse ad un'ottica tradizionale.

Il diritto civile risulta essere legittimato a pieno titolo a pronunciarsi in merito a quelle particolari dinamiche sociali che, secondo l'opinione di tanti, pare debbano essere analizzate esclusivamente da ben altri rami del diritto: la materia della detenzione è, per esempio, una materia di matrice prettamente processual-penalistica (quindi di diritto pubblico) ma che, di contro, tiene fortemente in considerazione i diritti civili della persona e gli stessi istituti di matrice privatistica. La materia dei diritti civili, rientra, di fatti, nella giurisdizione concettuale del diritto civile e, al suo interno, se ne ritrovano tutele e chiari riferimenti. Per tali ragioni, la proposta di studio in esame, si auspica di riuscire ad affrontare le differenti teorie generali del diritto di famiglia per mezzo di un approccio oggettivo e variegato cercando, al contempo, di oltrepassare le mura penitenziarie utilizzando prevalentemente strumenti civilistici in modo da garantire la realizzazione di un'approfondita indagine su come l'evoluzione della scienza psicologica abbia condizionato sia il Legislatore nella stesura di norme più attente al benessere dei consociati (in particolare nel ramo di diritto di famiglia in relazione alla vita carceraria) sia i Magistrati di merito e di legittimità nelle loro decisioni, nonché, direttamente, i soggetti detenuti in ciò che concerne le loro relazioni interindividuali.

In questa fase introduttiva, è utile citare tre degli obiettivi che l'elaborato si pone: quello di analizzare le teorie che vedono il diritto di famiglia appartenere al diritto

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

privato piuttosto che a quello pubblico motivando le ragioni per cui si ritiene debba, invece, far parte dell'alveo del diritto sociale; quello di trattare l'argomento "detenzione e famiglia" approcciando alla materia secondo un approccio riparativo ed infine, l'ultimo, di evidenziare i punti critici nei confronti dei quali, dottrina e giurisprudenza, dovrebbero prestare particolare cura ed attenzione.

Tale metodologia di lavoro trova spunto e sostegno in ciò che è stata l'evoluzione storica del diritto in genere, con particolare riferimento ai diritti civili ed al momento storico del passaggio dal tempo del diritto comune dell'età medioevale a quello delle codificazioni ottocentesche stimulate dall'illuminismo Francese, periodo in cui si genera una importante attenzione nei confronti della persona intesa come "individuo": nella formazione dei sistemi giuridici romano-germanici il codice "chiuso" (caratterizzato da norme rigide) segna di fatto il rinascimento dell'ideale del diritto quale sovrastruttura regolatrice dei rapporti sociali. L'illuminismo, nei principi di libertà, uguaglianza e fraternità impronta un nuovo ordine sociale e favorisce il recupero dell'individualismo quale affermazione della persona umana attraverso la fondazione della categoria dei diritti soggettivi: emblematica è la creazione di uno spazio (sfera giuridica) autonomo e personale gestito direttamente dal privato ed all'interno del quale lo Stato gioca il ruolo di semplice garante e custode. E' questo il momento storico contemporaneo in cui si definisce la premessa alla distinzione tra Istituzioni di diritto

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

privato ed Istituzioni di diritto pubblico (come oggi le conosciamo) che riflette la diffidenza nei confronti dello Stato feudale prevaricatore⁴ del tempo.

Proprio in questo concetto giuridico si delineano le strutture della Società contemporanea nelle sue articolate classificazioni definite dal potere patrimoniale e dalla quantità e qualità di beni controllati da ognuna di esse⁵. Il modello sociale di riferimento per l'evoluzione di questo disegno è, senz'altro, la famiglia: gruppo saldamente costituito, sorretto da una gerarchizzazione ben definita, difeso dalle regole della filiazione legittima e la cui perduranza nel tempo è garantita dall'istituto delle successioni ereditarie.

I codici civili ottocenteschi rappresentano, dunque, il concepimento dei diritti soggettivi (prossimi a divenire "civili") e la liberazione dell'individuo dai diritti feudali che rappresentavano lo strumento del potere politico ed economico accentrato nelle classi nobili e nel clero. Il conseguente riconoscimento dell'uguaglianza formale, della capacità giuridica e della capacità di agire costituiscono (tra gli altri) il primo atto delle nuove codificazioni privatistiche: ne è istituto emblematico, il diritto di proprietà⁶,

⁴ Francesco Lucarelli, *Diritti Civili e Istituti Privatistici*, contributi di Ernesto Brignanti, Mario Ciancio e Luigi Russo, CEDAM Casa editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1983, pag. 8.

⁵ L'evoluzione giuridica ha, *in primis*, concentrato le azioni alla codificazione e tutela degli elementi della sola Società Borghese (l'unica dotata di potere economico) non curandosi degli interessi e delle necessità degli appartenenti ai "bassi ranghi", per poi creare un sistema tale da garantire una certa tutela normativa in proporzione ad un certo potere sociale facendo in modo che chiunque volesse godere di diritti e di tutela giuridica dovesse entrare a far parte di quella determinata classe sociale.

⁶ La concezione liberal-ottocentesca: "Tutte le proprietà, senza alcuna eccezione, sono inviolabili" art. 29, comma 1 Statuto Albertino. Formule siffatte esaltavano il ruolo che, all'epoca, si riconosceva all'istituto della proprietà privata, autentico pilastro dell'organizzazione sociale: stimolo e premio dell'iniziativa privata, fondamento dell'ordine e della sicurezza collettiva, espressione prima della libertà di ciascuno (e, proprio per ciò, anche condizione per l'accesso ai diritti politici, cosicché il diritto di voto era subordinato al possesso di un determinato "censo"). Nella formula dello Statuto Albertino, taluno riteneva di trovare conferma alla tesi secondo cui la proprietà privata - in quanto espressione del generale principio di libertà dell'individuo - sarebbe un diritto innato, di natura, che i poteri pubblici possono soltanto eccezionalmente

dott. Nicola Fresu,

*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*

Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

modellato sulla base delle profonde trasformazioni sociali e fondato sul concetto di “potere” nei confronti di un determinato bene.

“La concezione economica - che si affida ad un processo liberamente gestito - favorisce le nascite di statuti contraddistinti dal ruolo meramente garantista dello Stato. L'edificio della giustizia di classe trova compiuta organizzazione nei codici privatistici, attraverso classificazioni che, dalla famiglia - intesa quale gruppo sociale di appartenenza - si irradiano, qualificandone il rango, alla proprietà e al controllo dei beni, di cui è garantita l'intangibilità e la proiezione nel tempo dall'ordinamento successorio. La concezione formale della libertà, mera assenza nell'agire sociale, determina in realtà la parificazione giuridica di individui diseguali e segna il passaggio dal feudalesimo al capitalismo”⁷.

I principi del diritto privato nei codici ottocenteschi riproducevano una struttura sociale di cui le Istituzioni riflettevano precise scelte ideologiche: lo scheletro sociale, all'interno delle normative codicistiche è rappresentato dall'istituto della famiglia (primo fra tutti); l'istituto delle Obbligazioni e Contratti conferisce dinamicità all'Istituto della Proprietà in relazione alla circolazione dei beni; da ultimo, l'Istituto delle Successioni garantisce la conservazione nel tempo del gruppo familiare stesso.

comprimere, ma sempre rispettandone la priorità rispetto alla stessa organizzazione dello Stato. L'art 832 cod. civ. riprendendo le definizioni contenute nel codice francese del 1804 e nel codice civile italiano del 1865, enuncia il principio secondo cui al proprietario spetta il diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo e, tale diritto, è tutelato anche dalla Costituzione (seppur non contemplato né tra i diritti fondamentali e neppure tra diritti e libertà ma, bensì, nel titolo relativo ai rapporti economici (art. 42 - 44 cost) ed in cui si riconosce il diritto di proprietà quale garantito dalla Legge. In A. Torrente, P. Schlesinger, in *Manuale di Diritto Privato*, ventunesima edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2013, pag. 259.

⁷ Francesco Lucarelli, *Diritti Civili e Istituti Privatistici*, contributi di Ernesto Brignanti, Mario Ciancio e Luigi Russo, CEDAM Casa editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1983, pag. 9.

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

Queste, le Istituzioni del diritto privato (Famiglia, Obbligazioni e Contratti, Proprietà e Successioni), rispondono ad un disegno ideologico della Società e, alle stesse, sono state nel tempo contrapposte il tema della tutela della personalità individuale e delle relazioni sociali al fine di acquisire equilibri comuni più delineati ed equitativamente distribuiti. All'interno degli Istituti privatistici si proiettano gli Istituti dei diritti civili capaci di qualificare e, al contempo, tutelare la posizione dell'individuo nella società, la formazione della sua personalità umana ed il suo diritto all'uguaglianza sostanziale. Si può quindi sostenere con certezza che i diritti civili hanno ridimensionato profondamente le istituzioni del diritto privato come, per ciò che ci interessa, nel caso del diritto di famiglia.

L'evoluzione delle strutture economico-sociali ha fortemente ridimensionato il ruolo politico della famiglia ma, ancor'oggi, la normatizzazione dei rapporti familiari continua ad essere percepita come un'esigenza fondamentale. Bisogna tuttavia riconoscere come i rapporti familiari siano molto più articolati di quanto possano esprimere le definizioni giuridiche: la particolare rilevanza che in questo campo assumono aspetti estranei al mondo del diritto fa sì che la condotta degli individui sia per lo più determinata non tanto dalla consapevolezza di adempiere ad una norma imperativa, quanto piuttosto da convinzioni sociali e da motivazioni di ordine religioso, etico o semplicemente affettivo⁸.

La necessità di fondere il diritto di famiglia alla psicologia nasce proprio dall'esigenza di conferire, alla materia giuridica stessa, quegli strumenti necessari per

⁸ Francesco Lucarelli, *Diritti Civili e Istituti Privatistici*, contributi di Ernesto Brignanti, Mario Ciancio e Luigi Russo, CEDAM Casa editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1983, pag. 162.

poter garantire una concreta giuridicizzazione razionale e di qualità, partendo dall'analisi degli interessi sociali che spingono alla creazione di quella determinata norma fino ad arrivare al concepimento di una *ratio legis* realmente consapevole.

La famiglia è un fenomeno complesso che non esprime tutta la sua realtà nella regola giuridica⁹: il riconoscimento della famiglia quale parte essenziale della società naturale evidenzia la realtà di un fenomeno che si determina secondo matrici umane e sociali largamente estranee al diritto e che, in ugual misura, non esclude l'applicabilità delle norme del diritto nei confronti della realtà stessa. Più in generale, la famiglia è andata incontro, sotto il profilo degli interessi giudicati meritevoli di protezione, a trasformazioni che, in epoca contemporanea, si può addirittura dubitare che possa parlarsi di modello¹⁰.

Sotto un differente profilo, non meno rilevante, essa ha perso quella caratteristica che in passato le è stata attribuita di sistema autosufficiente. Di fatti la nota metafora di Jemolo dell'isola che il mare del diritto può soltanto lambire¹¹, rivista all'inizio di questo secolo da Busnelli attraverso l'evocazione della grande isola cui si affianca un arcipelago di altre piccole isole¹², non è più in grado di esprimere l'attuale collocazione topografica del sistema del diritto di famiglia, essendosi ormai l'arcipelago

⁹ C.M. Bianca, *Diritto Civile*, 2.1 La Famiglia, quinta edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2014, pag. 5.

¹⁰ L. Balestra, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc.1, 2015, pag. 25, 2010, p. 1105 ss.; cfr. Scalisi, "Famiglia" e "Famiglie" in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 7 ss.: *l'istituzione familiare vi appare oggi in Europa come un grande "cantiere" aperto in continuo fermento, nel quale gli stessi elementi portanti del tradizionale edificio familiare vengono continuamente rimessi in discussione e in alcuni casi hanno cominciato a vacillare con la caduta di antiche certezze e la contestuale emersione di visioni nuove, un tempo impensabili, nel modo stesso di intendere secolari istituti (per tutti, il matrimonio)*.

¹¹ Jemolo, *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania*, III, 1948-1949, pag. 38.

¹² Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, in part. p. 529.

sempre più intensamente avvicinato alla terra ferma, di modo che categorie ed istituti del diritto patrimoniale comune trovano frequentemente applicazione nel contesto della disciplina delle relazioni familiari¹³.

La normatizzazione (giuridificazione, in C.M. Bianca, vedi *supra*) dei rapporti familiari è un fenomeno naturale e sociale in quanto, secondo la nozione propria della regola giuridica, è volta a concedere una garanzia sociale ai contenuti dei rapporti tra i soggetti coinvolti¹⁴ in modo da assicurare, nel caso specifico dei rapporti familiari, la tutela degli interessi di ogni singolo esponente della famiglia stessa¹⁵, seppur egli detenuto.

La ricerca esposta persegue, dunque, l'intento di approfondire lo studio della modalità con cui, nel nostro ordinamento (comparato con quello di altri Paesi), i profili normativi civilistici riferiti alla tutela dei rapporti personali dei familiari, trovino applicazione nel contesto penitenziario e, per fare ciò, si serve dell'ausilio della Psicologia giuridica ritenuta, dagli studiosi della materia, la scienza più adatta a svolgere studi di questo genere.

¹³ L. Balestra, A proposito delle categorie del diritto civile, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, fasc.1, 2015, pag. 25: *Per quel che riguarda il contratto nelle relazioni familiari, un recente richiamo in Cass., 20 agosto 2014, n. 18066, ove tra l'altro si afferma « l'accordo delle parti in sede di separazione o di divorzio (e magari quale oggetto di precisazioni comuni in un procedimento originariamente contenzioso) ha natura sicuramente negoziale, e talora dà vita ad un vero e proprio contratto.*

¹⁴ A. Torrente, P. Schlesinger, in Manuale di Diritto Privato, ventunesima edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2013, pag. 9, dove la norma giuridica (regola giuridica) viene definita come parte dell'ordinamento di regole che concorrono a disciplinare la vita organizzata della comunità; essa viene chiamata norma e poiché il sistema di regole da cui assicurato l'ordine di una società rappresenta il "diritto", in senso oggettivo, di quella società, ciascuna di tali norme si dice giuridica (in quanto appartenente allo *ius*).

¹⁵ Eekelaar, Family Law and Social Policy, London, 1978, pag. 44.

Il lavoro di ricerca si suddivide in 5 capitoli ognuno dei quali si prefigge l'obiettivo di esplicare le ragioni per le quali si ritiene essenziale trattare il tema mediante l'ausilio di un approccio di tipo psico-giuridico, di esporre le teorie che esaltano la capacità del diritto civile ad affrontare tematiche di natura squisitamente sociale, di enunciare gli elementi essenziali tipici delle materie del diritto di famiglia, del diritto penitenziario e della Psicologia giuridica ed infine, di analizzare in che modo si sviluppano i rapporti del detenuto (con particolare attenzione al condannato per reati di criminalità organizzata, a cui è dedicato un capitolo *ad hoc*: il quinto) con i propri familiari e più nel dettaglio, con i propri figli, con il proprio *partner* e con i propri ascendenti, prestando particolare attenzione alle azioni riparative attivate (o attivabili) nell'ambito della gestione delle rispettive relazioni, esponendo, di volta in volta, casi giurisprudenziali che, rispetto ad altri, possano accompagnare il lettore ad una più concreta e piacevole comprensione.

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

CAPITOLO PRIMO

GLI STRUMENTI DELLA RICERCA: ELEMENTI DI DIRITTO DI FAMIGLIA E DI DIRITTO PENITENZIARIO

LA CULTURA RIPARATIVA

Sommario: 1.1 Il diritto di famiglia: nozioni introduttive al diritto di famiglia - 1.1.1 Le unioni familiari: un breve excursus - 1.1.2 Il regime personale - 1.1.3 La filiazione - 1.1.4 Gli ordini di protezione contro li abusi familiari e la loro peculiarità interdisciplinare: il diritto privato, quello penale e la psicologia sistemico relazionale - 1.2 Il trattamento penitenziario: un breve excursus - 1.2.1 Le funzioni della pena: la funzione riparativa.

1.1 Il diritto di famiglia: nozioni introduttive al diritto di famiglia.

Come anticipato nella fase introduttiva, si rinviene necessario mettere in luce gli aspetti del diritto di famiglia che più interessano all'esposizione dell'argomento oggetto di ricerca.

La dottrina dominante definisce il diritto di famiglia come quella sezione del diritto privato¹⁶ che si occupa di definire, disciplinare e codificare la vita ed i rapporti all'interno di un gruppo di persone, più o meno ampio, legate fra loro da un vincolo formale e/o affettivo (rapporto di coniugio, di filiazione, di adozione, di parentela, di affinità e di tutte le altre forme di unione) nonché, i conseguenti rapporti con soggetti

¹⁶ T. Auletta, *Diritto Di Famiglia*, Seconda edizione, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014, pag. 3.

terzi¹⁷ (tale appartenenza del diritto di famiglia al diritto privato verrà analizzata più nel dettaglio nei capitoli a seguire).

Alla luce della normativa in vigore e, per quanto ci interessa in questa esposizione, è possibile sintetizzare i principi fondamentali del diritto di famiglia come segue.

Il concetto giuridico di famiglia è rappresentato da differenti tipologie di modelli familiari anche se non tutti correttamente disciplinati dall'ordinamento: quest'ultimo fa ampio riferimento al vincolo del matrimonio e rivolge solo qualche sguardo alle altre forme di unione familiare. Tale accordo matrimoniale cristallizza una parità assoluta di diritti e doveri gravanti su moglie e marito a partire dal potere di governo della famiglia, passando per l'esercizio della responsabilità genitoriale sino ad arrivare alla gestione patrimoniale familiare. Lo stesso accordo può essere risolto, in fase di crisi coniugale, nei modi e tempi previsti dalla normativa vigente ma, prescindendo da ciò, sempre nel pieno rispetto della famiglia a suo tempo costituita e quindi, più particolarmente, in piena tutela degli eventuali figli presenti nella coppia.

Il trattamento normativo della famiglia ha ricevuto, ormai da qualche anno, importanti spinte in avanti per merito della riforma del diritto di famiglia operata con la L. n. 219 del 10 dicembre del 2012¹⁸ grazie alla quale si può oggi riconoscere, a titolo

¹⁷ Cfr. Ferrando, *Diritto di Famiglia*, Bologna 2013 – Cubeddu e S. Patti, *Diritto della famiglia*, Milano 2011 – e altri.

¹⁸ Il Consiglio dei Ministri 12 luglio 2013, n. 14 ha approvato lo schema di decreto legislativo recante revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, ai sensi dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219. Lo schema originario della legge è stato redatto dalla Commissione di studio nominata dal Ministro Andrea Riccardi. La Commissione, presieduta dal Prof. Cesare Massimo Bianca e coadiuvata dal Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio, Antonio Catricalà, era altresì composta da D. Bacchetta, M. Campagnano, C. Chinnici, F. Gagliarducci, A. Gallo, C. Garlatti, A. Mari, R. Mazza, F. Palmieri, I.

esemplificativo a scelta tra le numerose novità, il principio dell'unicità dello stato di filiazione (art. 315 bis: *tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico*) eliminando la distinzione tra figlio naturale e figlio legittimo.

1.1.1 Le unioni familiari: un breve excursus.

Il rigore dell'ordine esplicativo dettato dal Libro Primo del Codice Civile impone di far menzione, primo fra tutti, del negozio del matrimonio quale tipologia di unione familiare di riferimento, seppur le evoluzioni sociali abbiano ormai rivoluzionato (processo tutt'ora in corso) gli ordini gerarchici delle norme sulle quali la famiglia di oggi si dovrebbe fondare.

Il matrimonio è un negozio giuridico solenne bilaterale mediante il quale un uomo ed una donna assumono l'impegno di convivere stabilmente avvalendosi del reciproco aiuto mediante un consenso espresso innanzi all'Ufficiale di Stato Civile il quale, quest'ultimo, si limita a certificare la dichiarazione di volontà ed a dichiarare la validità dell'atto matrimoniale.

Se l'art. 29, primo comma, Cost., nel definire la famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio", fa espresso riferimento alla c.d. famiglia legittima, più ampio appare, invece, il significato della stessa in altri contesti normativi. Certo è che la "omnicomprensiva" definizione fornita dalla suddetta norma si rivela completamente inadeguata a contraddistinguere quelle convivenze di vario tipo che, pur non essendo

Portelli, R. Rosetti, A. Sgroi, M. Velletti. La commissione su esposta ha fatto riferimento ai lavori svolti dalla Commissione nominata dal Ministro per le Politiche Familiari Rosy Bindi nel 2006 e dalla Commissione nominata dai Sottosegretari Gianni Letta e Carlo Giovanardi nel 2009 - Vedi C.M. Bianca, Diritto Civile, 2.1 La Famiglia, quinta edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2014, pag 329.

fondate sul vincolo di coniugio, risultano essere caratterizzate da unioni stabili e durature.

Il riferimento è, in particolar modo, alla c.d. famiglia non fondata sul matrimonio, basata esclusivamente sul consenso della coppia, la quale, pur volendo attuare una comunione di vita, non intende fondare la propria unione sul vincolo matrimoniale.

A tal riguardo, appare opportuno precisare, sin d'ora, che la locuzione di famiglia non fondata sul matrimonio, se inizialmente era destinata a contraddistinguere unicamente la famiglia c.d. naturale, ossia la comunità costituita da genitore/i e figlio/i naturale/i (prevista dagli artt. 261 e 317-bis c.c.), oggi, nella sua portata più ampia e generale, è sempre più utilizzata anche in relazione ad altre diverse forme di vita in comune. Al momento, la famiglia può intendersi in differenti modi in base all'estensione del gruppo che la compone ed anche alla tipologia dei suoi componenti:

- la famiglia nucleare: intesa come quel particolare gruppo di persone appartenenti ad una comune discendenza;
- la famiglia parentale: riferita ad un concetto più esteso di famiglia e costituita da coniugi e/o conviventi, figli, parenti ed affini;
- la famiglia monoparentale: categoria rivolta ad interessare le famiglie costituite da un solo genitore rimasto vedovo a causa di morte del proprio coniuge (compagno o convivente) o riferita ai casi di separazione o divorzi;
- la famiglia poligamica o poliandrica: composta da più mariti e/o più mogli.

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

- la famiglia ricomposta: indentificata nella coppia in cui almeno un componente proviene da una precedente esperienza familiare;
- l'unione civile: intesa come quella forma di convivenza di coppia, basata su vincoli affettivi ed economici¹⁹ e rivolta alle coppie di natura omosessuale²⁰ (la Legge 76/2016 ha rappresentato un salto in avanti importante per l'evoluzione del concetto di famiglia elaborato nei secoli)²¹.

¹⁹ La L. 20 maggio 2016, n. 76, entrata in vigore in data 5 giugno 2016, Pubblicata in Gazz. uff., n. 118 del 21 maggio 2016, intitolata “Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze” introduce nel nostro ordinamento la regolamentazione in materia (e ne disciplina le convivenze: commi 36° ss.), riconosce al rapporto omosessuale la dignità giuridica da tempo sollecitata dai massimi organi di giustizia interni e dalla stessa CEDU, disegna lo “statuto” di questa *species* di rapporto affettivo di coppia di natura familiare, accanto al millenario archetipo sino a ieri integralmente normato, costituito dalla famiglia fondata da un uomo ed una donna sul vincolo di coniugio. Questa riforma, di sicura “rivoluzione” dell'ordinamento positivo (2), contiene accanto alle disposizioni di carattere sostanziale — per la gran parte mutate dall'istituto matrimoniale — quelle di carattere processuale, la cui analisi sistematica comporta difficoltà decisamente ardue per l'interprete.

²⁰ Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138, in Foro it., 2010, I, c. 1361, con nota di Romboli, Per la corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio; e nota di Dal Canto, La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale, nonché, sempre ivi, 1701, con nota di M. Costantino, Individui, gruppi e coppie (libertà illusioni passatempo); in Giur. it., 2011, p. 537, con nota di Bianchi, La Corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso; in Fam. pers. e succ., 2011, p. 179, con nota di Fantetti, Il principio di non discriminazione ed il riconoscimento giuridico del matrimonio tra persone dello stesso sesso; in Fam. e dir., 2010, p. 653, con nota di Gattuso, La Corte Costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso; Corte Cost., 11 giugno 2014 n. 170, in Foro it., 2014, I, 2674; in Fam. e dir., 2014, p. 861, con nota di Barba, Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali: il caso del matrimonio omosessuale; ed in Nuova giur. civ. comm., 2014, p. 1139, con nota di Lorenzetti e Schuster, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti umani: l'astratto paradigma eterosessuale del matrimonio può prevalere sulla tutela concreta del matrimonio della persona trans; Cedu, sez. IV, 21 luglio 2015, Oliari et autres c. Italia (ricorsi nn. 18766/11 e 36030/11), in Fam. e dir., 2015, p. 1069, con nota di Bruno, Oliari contro Italia: la dottrina degli « obblighi positivi impliciti » al banco di prova delle unioni tra persone dello stesso sesso; peraltro, questo precedente risulta ripreso in considerazione specifica da, Cedu, sez. II, 23 febbraio 2016, Pajc c. Croazia (ricorso n. 68453/13), in Giur. it., 2016, p. 814, che ne specifica il senso autentico; Cass., sez. I, 9 febbraio 2015, n. 2400, in Corr. giur., 2015, p. 909, con nota di Ferrando, Matrimonio same-sex: Corte di Cassazione e giudici di merito a confronto; ed in Nuova giur. civ. comm., 2015, p. 649, con nota di Auletta, Ammissibilità nell'ordinamento vigente del matrimonio fra persone del medesimo sesso.

²¹ Diritto di Famiglia e delle Persone (Il) 2017, 1, I, 82 – Massima: Corte appello Milano, sez. famiglia, 06/11/2015, n. 2286 - La relazione di una coppia dello stesso sesso, convivente in una stabile relazione di fatto, rientra nella nozione non solo di “vita privata”, ma anche di “vita familiare” nell'accezione dell'art. 8 della Convenzione CEDU: avendo in sé la coppia omosessuale la stessa capacità delle coppie eterosessuali di costituire relazioni stabili ed impegnative, si trova in una situazione simile quanto alla sua esigenza di riconoscimento e di protezione giuridica.

Note giurisprudenziali:

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
 nella Teoria generale del diritto di famiglia*
 Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
 Università degli Studi di Sassari

- la famiglia lavorativa: composta da familiari che collaborano per un'attività economica produttiva comune.

La moltitudine di fattori che incidono sulla famiglia non permettono di definire un modello sociale uniforme di essa ma si rileva come sia la famiglia stessa a doversi porre in funzione della persona ed adattarsi ad ella (e non viceversa). Pare dunque che non debba più essere il singolo ad adattarsi alle forme di famiglia già prescritte nei codici ma, bensì, è cosa certa che siano quest'ultimi a doversi adoperare, per mezzo del Legislatore, al fine di creare, a giusta misura, un corretto istituto giuridico familiare *ad hoc* per ogni esigenza dei singoli privati.

Si può dunque parlare di processo di “democratizzazione della famiglia”²² in corso (ormai avviato da decenni) volto al raggiungimento di importanti obiettivi sociali quali la parità dei sessi, la tutela della persona del minore, l'apertura al riconoscimento delle più differenti sfumature sessuali ed altri ancora.

È opportuno chiedersi, allora, se ed entro quali limiti le suddette forme di vita in comune tra un uomo e una donna, ovvero tra due persone dello stesso sesso, possano far nascere delle relazioni giuridiche tra gli stessi e ciò in considerazione del fatto che,

Diritto di Famiglia e delle Persone (II), 2017, 1, 01, 0082

Cfr. Corte cost. 21 aprile 2010 n. 138, in questa Rivista, 2010, 1077; Cass. 15 marzo 2012 n. 4184, ibidem, 2012, 696: Ritenuto che nel nostro ordinamento è, ormai, compresa una norma, l'art. 12 della CEDU, come interpretato dalla Corte europea, che ha privato di rilevanza giuridica la diversità di sesso dei nubendi quale requisito o presupposto essenziale per la stipula di un matrimonio, il plurimillenario e tradizionale principio secondo il quale la diversità di sesso dei nubendi era considerata (unitamente alla manifestazione della reciproca volontà matrimoniale dagli stessi espressa avanti l'ufficiale di stato civile celebrante) requisito minimo indispensabile per l'esistenza stessa del matrimonio civile, come atto giuridicamente rilevante, non appare più adeguato all'attuale realtà giuridica, essendo stata radicalmente superata la concezione secondo la quale la diversità di sesso tra i nubendi è presupposto o requisito indispensabile, per così dire “naturalistico” della stessa “esistenza” del matrimonio.

²² Jeanne Carbonnier, *Flessibile Diritto*, Giuristi Stranieri di Oggi, Giuffrè Editore, 1997, traduzione dell'opera *Flexible Droit*, Paris, 1979, pag 146.

dott. Nicola Fresu,

*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*

Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

oggi, apparirebbe ancor più anacronistico rispetto al passato il riconoscimento della famiglia fondata sul matrimonio quale unica forma di convivenza tutelata dall'ordinamento, escludendo una protezione, seppur limitata, alle convivenze non matrimoniali, sia registrate che di fatto, sia etero che omosessuali.

Un ruolo particolare nella specificazione della rilevanza giuridica della famiglia non fondata sul matrimonio e nella ricostruzione della disciplina applicabile al fenomeno in esame, ha giocato la Corte Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, la quale ha messo in luce, già da tempo, un concetto ampio di famiglia, autonomo rispetto a quello dei Paesi aderenti alla Convenzione. A differenza del nostro sistema interno, nel quale esiste una definizione di famiglia e di rapporti familiari nei termini innanzi precisati, nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il concetto di famiglia è il frutto dell'interpretazione dell'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), che sancisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare, alla luce delle condizioni esistenti al momento delle decisioni (sempre la stessa Corte, in tutela del medesimo articolo di Legge della Convenzione si è pronunciata in merito al tema della tutela del rapporto familiare del detenuto ma, di questo, se ne tratterà più approfonditamente nel corso dell'esposizione).

La nozione di famiglia che ne deriva, non si limita alle mere unioni fondate sul matrimonio, bensì ricomprende anche i legami familiari *de facto* nel caso in cui le parti convivano al di fuori di qualsiasi legame coniugale. Ad avviso della Corte di Strasburgo, rappresentano valide alternative al matrimonio, e quindi legittime forme di

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

convivenza in forza dell'art. 8 della CEDU, tanto le unioni registrate, quanto quelle di mero fatto, sia etero che omosessuali; si giustifica, per tale via, l'applicazione di trattamenti omogenei nei diversi casi, in nessun modo condizionati dall'orientamento sessuale e anzi comportanti l'attribuzione, nonostante la differenza di genere, degli stessi diritti ed obblighi. Il tutto con l'avallo del legislatore europeo, che, con l'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione compie una scelta dichiaratamente pluralista elevando al rango di principio la pari dignità di ogni forma di convivenza. Urge evidenziare che, per analogia, i medesimi trattamenti devono quindi essere concessi ai soggetti omosessuali, detenuti od internati, in relazione al rapporto con i propri compagni di vita.

Le considerazioni che precedono fanno apparire d'immediata evidenza che la nozione di famiglia non può cristallizzarsi in un concetto statico e univoco, evolvendosi in virtù dei mutamenti sociali e culturali recepiti dall'ordinamento; proprio i mutamenti del costume sociale hanno fatto sì che quello di famiglia divenisse un “concetto di genere”, da precisarsi in due diverse espressioni: la famiglia fondata sul matrimonio e la famiglia non fondata sul matrimonio.

In tale ottica, il vincolo di coniugio tra uomo e donna non può che fungere esclusivamente da condizione di applicabilità di una determinata disciplina e non invece da condizione preclusiva dell'esistenza di una vita familiare, per la quale dovrebbe apparire sufficiente la stabilità del rapporto di coppia. Sì che, meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico saranno non soltanto le relazioni tra persone coniugate,

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

bensì anche le relazioni scaturenti dai diversi modelli di convivenza o famiglie, per così dire, non fondate sul matrimonio²³.

Il fenomeno dell'evoluzione del concetto sociale di famiglia ha portato quest'ultima a non dover più inseguire la necessità di identificarsi in un modello prestabilito ma di dover semplicemente fondare la propria esistenza sui soli concetti di unione e di condivisione esprimendosi nei diritti e doveri reciproci di mantenimento, assistenza e collaborazione: alla stessa tipologia di famiglia si riferisce anche la Carta Costituzionale nella parte in cui riconosce i diritti della famiglia quale società naturale²⁴ (nonostante lo stesso art. 29 Cost.²⁵, in contraddizione, faccia esplicito richiamo al matrimonio quale elemento su cui la stessa si debba fondare²⁶): *la famiglia come società naturale fondata sul matrimonio*, inteso come realtà che non deriva da una predisposizione tecnico - giuridica generata da una fredda necessità politica, ma dalla naturale esigenza dell'essere umano di creare intorno a sé un ambiente protetto ed una comunione di affetti tali da permettere allo stesso di sviluppare il proprio IO e la propria personalità. *“La definizione costituzionale della famiglia quale società naturale sta a significare il riconoscimento dei diritti della famiglia nucleare come diritti fondamentali dell'uomo”*²⁷ ma questa formula costituzionale è stata ampiamente criticata in considerazione del fatto che essa richiamerebbe una nozione di famiglia di

²³ Maria Porcelli, La famiglia al plurale, in riv. Diritto di Famiglia e delle Persone (II), fasc.3, 2014, pag. 1248 .

²⁴ Sulla garanzia costituzionale limitata alla famiglia nucleare: Corte Cost., ud. 30/06/1960, dep. 06/07/1960, n. 54.

²⁵ *Art. 3 Cost.* La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sull'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare.

²⁶ C.M. Bianca, Diritto Civile, 2.1 La Famiglia, quinta edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2014, pag. 2.

²⁷ C.M. Bianca, Diritto Civile, 2.1 La Famiglia, quinta edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2014, pag. 10.

tipo prettamente giusnaturalistico (“naturale” che presuppone l'esistenza di una norma di condotta intersoggettiva universalmente valida e immutabile, fondata su una peculiare idea di natura) piuttosto che intendere la famiglia come soggetta ad un fenomeno mutevole e storicamente condizionato. La frase “la famiglia è una società naturale fondata sul matrimonio” sta a significare che essa non è il prodotto di una *conjunctio naturalis* (rapporto naturale) senza distinzione di ruoli sessuali, senza la presenza di impedimenti derivanti da vincoli di sangue, senza obblighi di responsabilità nei confronti della prole o del coniuge, ma, di contro, risulta essere il prodotto di una unione di origine superiore, indefinita ma, allo stesso tempo, già conosciuta in natura, i cui presupposti ed i cui contenuti vengono acquisiti dal Legislatore il quale, altro non fa che trascriverli in una normativa positiva adoperando la medesima terminologia. Ma, da un'attenta rilettura della tesi della società naturale nel diritto di famiglia quale sintesi di un volere superiore pseudo spirituale, si evince come il concetto di società naturale non stia a significare il rinvio a valutazioni estranee al diritto positivo²⁸ ma, bensì, esso vuole semplicemente significare la priorità della famiglia rispetto all'organizzazione della società nello Stato e secondo diritto²⁹.

La famiglia viene considerata il sistema relazionale primario nel processo di individuazione, crescita e cambiamento dell'individuo³⁰, il primo contesto di condivisione e la prima struttura organizzata con cui doversi confrontare, l'ambiente più importante per la costituzione dell'*essere* di ogni singola persona.

²⁸ In merito, alcuni teorici hanno fatto riferimento alle teorie per cui la famiglia è una società fondata sul diritto naturale di matrice religiosa, altri, hanno rilevato una traduzione di “naturale” quale qualifica di istituzione sociale.

²⁹ Alberto Donati, *La famiglia tra diritto pubblico e diritto privato*, Cedam, 2004, Padova, pag. 242.

³⁰ Marisa Malagoli Togliatti e Anna Cutugno, *Psicodinamica delle relazioni familiari*, Il Mulino, 1996.

La psicologia individua tre diversi ambiti attivi concernenti il ruolo della famiglia:

a) La famiglia come sistema porta a considerare la famiglia stessa come il sistema relazionale primario nel processo di individuazione, crescita e cambiamento dell'individuo. La famiglia (secondo la teorizzazione proposta da Malagoli Togliatti e Cotugno, 1996, vedi cit. 30) è un sistema vivente, aperto sia all'esterno che all'interno, con funzioni di integrazione e mediazione tra i due livelli di organizzazione sistemica: quello sovra-individuale e quello dei suoi componenti individuali. Se ne ipotizzano tre caratteristiche:

1. la flessibilità;
2. l'autonomia intrinseca del sistema familiare nelle relazioni tra i vari membri;
3. la possibilità di cambiamento e riorganizzazione della struttura, che può essere stimolata sia dall'interno che dall'esterno del sistema, in quanto i singoli membri della famiglia sono soggetti a notevoli influenze provenienti dall'appartenere anche a sistemi sociali extrafamiliari.

Nella psicologia, l'interesse per la famiglia come "sistema" risale agli anni 60 quando si cominciano a delineare le sue caratteristiche in rapporto al concetto di sistema aperto.

La famiglia rappresenta una totalità perché l'insieme dei suoi componenti è qualcosa di più e di diverso della somma delle sue parti. Il sintomo manifestato da un

componente della famiglia, quindi, comunica un disagio più grande che vede coinvolto l'intero nucleo familiare.

b) La famiglia, oltre a essere un sistema, è anche un gruppo organizzato da relazioni di parentela e di attaccamento che si trova ad affrontare compiti di sviluppo in relazione alle tappe del ciclo di vita. A partire dalla sua formazione, infatti, si presentano degli eventi critici che, per essere superati, richiedono meccanismi di adattamento che inevitabilmente coinvolgono tutti i suoi membri.

c) La famiglia come struttura. In termini di struttura, la famiglia è costituita da sottosistemi organizzati secondo un ordine gerarchico e separati da confini. I sottosistemi hanno funzioni specifiche. Ogni individuo può far parte di diversi sottosistemi, in base al suo ruolo generazionale e alle funzioni cui deve assolvere. Il sottosistema coniugale è formato, appunto, dalla coppia coniugale ed è fondato sulla complementarità e sull'accomodamento reciproco. Il sottosistema genitoriale invece è basato sulle funzioni di allevamento, guida e controllo dei figli, tenendo in primo piano i loro bisogni evolutivi.

Il sottosistema dei fratelli è caratterizzato dalle relazioni nella fratria, che possono costituire un'importante risorsa o, al contrario, un ostacolo nel processo di individuazione e crescita di ciascuno dei suoi membri. I confini tra questi sottosistemi in una famiglia funzionale sono chiari e flessibili, in modo da ridurre o evitare sia interferenze sia rigidità relazionali. Questa differenziazione tra sottosistemi risulta particolarmente importante quando il conflitto nella coppia coniugale si diffonde ad altri

sottosistemi, in particolare a quello dei figli. In queste coalizioni intergenerazionali, non bisogna dimenticare comunque il ruolo attivo dei figli.

Ciascun evento critico introduce dei compiti di sviluppo che si possono definire come quei compiti psicosociali che la famiglia deve affrontare per rispondere alle esigenze di trasformazione e di crescita caratteristiche di quel momento evolutivo; tali compiti vengono qualificati, in diritto, come diritti e doveri.

I diritti di famiglia sono in generale diritti che tutelano gli interessi familiari, intesi come quei particolari interessi del singolo esponente di quel determinato gruppo famiglia sia esso coniuge, figlio o genitore, ma che, allo stesso modo, non fanno venire meno i diritti fondamentali della persona (es. riservatezza, libertà di manifestazione del pensiero, ecc...) in quanto la famiglia si configura come un luogo di autodeterminazione del singolo³¹: l'appartenenza ad ognuna di queste posizioni è

³¹ Cassazione civile, sez. I, 10/05/2005, n. 9801:

Il rispetto della dignità e della personalità, nella sua interezza, di ogni componente del nucleo familiare assume il connotato di un diritto inviolabile, la cui lesione da parte di altro componente della famiglia costituisce il presupposto logico della responsabilità civile, non potendo da un lato ritenersi che diritti definiti inviolabili ricevano diversa tutela a seconda che i titolari si pongano o meno all'interno di un contesto familiare (e ciò considerato che la famiglia è luogo di incontro e di vita comune nel quale la personalità di ogni individuo si esprime, si sviluppa e si realizza attraverso l'instaurazione di reciproche relazioni di affetto e di solidarietà, non già sede di compressione e di mortificazione di diritti irrinunciabili); e dovendo dall'altro lato escludersi che la violazione dei doveri nascenti dal matrimonio - se ed in quanto posta in essere attraverso condotte che, per la loro intrinseca gravità, si pongano come fatti di aggressione ai diritti fondamentali della persona - riceva la propria sanzione, in nome di una presunta specificità, completezza ed autosufficienza del diritto di famiglia, esclusivamente nelle misure tipiche previste da tale branca del diritto (quali la separazione e il divorzio, l'addebito della separazione, la sospensione del diritto all'assistenza morale e materiale nel caso di allontanamento senza giusta causa dalla residenza familiare), dovendosi invece predicare una strutturale compatibilità degli istituti del diritto di famiglia con la tutela generale dei diritti costituzionalmente garantiti, con la conseguente, concorrente rilevanza di un dato comportamento sia ai fini della separazione o della cessazione del vincolo coniugale e delle pertinenti statuizioni di natura patrimoniale, sia (e sempre che ricorrano le sopra dette caratteristiche di gravità) quale fatto generatore di responsabilità aquiliana. E siccome l'intensità dei doveri derivanti dal matrimonio, segnati da inderogabilità ed indisponibilità, non può non riflettersi sui rapporti tra le parti nella fase precedente il matrimonio, imponendo loro - pur in mancanza, allo stato, di un vincolo coniugale, ma nella prospettiva di tale vincolo - un obbligo di lealtà, di correttezza e di solidarietà, sostanziantesi anche in un obbligo di informazione di ogni circostanza inerente alle proprie

dott. Nicola Fresu,

*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*

Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

tutelata dall'istituto dello "stato familiare" la cui certificazione e pubblicità è rimessa al servizio pubblico dello stato civile, tanto importante da essere vulnerabile solo per mezzo di apposite azioni di stato. Si tratta dunque di una formazione sociale dinamica ed in costante evoluzione, posta fra lo Stato e l'individuo e soggetta ad infiniti mutamenti sociali e culturali recepiti e contenuti dalle norme giuridiche³².

1.1.2 Il regime personale.

Tenendo fede al già citato rigore esplicativo imposto dal Codice Civile, parlare di regime personale in diritto di famiglia significa definire il rapporto tra i coniugi, fondato sull'uguaglianza morale e giuridica: tale equilibrio democratico si è raggiunto con la riforma del 1975, la quale, in attuazione (seppur tardiva) del principio costituzionale sancito dall'art. 29, 2° comma Cost., ha modificato il pre-esistente modello di famiglia fondato sulla supremazia del potere del marito (per mezzo della potestà maritale) e sulla diversificazione dei ruoli dei coniugi.

In epoca antecedente tale data, si registrò solo qualche leggera inversione di tendenza a danno della patria potestà segnata da alcuni interventi della Corte

condizioni psicofisiche e di ogni situazione idonea a compromettere la comunione materiale e spirituale alla quale il matrimonio è rivolto, è configurabile un danno ingiusto risarcibile allorché l'omessa informazione, in violazione dell'obbligo di lealtà, da parte del marito, prima delle nozze, della propria incapacità coeundi a causa di una malformazione, da lui pienamente conosciuta, induca la donna a contrarre un matrimonio che, ove informata, ella avrebbe rifiutato, così ledendo quest'ultima nel suo diritto alla sessualità, in sé e nella sua proiezione verso la procreazione, che costituisce una dimensione fondamentale della persona ed una delle finalità del matrimonio.

³² Articolo 12 CEDU - Diritto al matrimonio: Uomini e donne, in età matrimoniale, hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia secondo le leggi nazionali che regolano l'esercizio di tale diritto.

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

Costituzionale i quali, per mezzo di quest'ultima, dichiaravano l'incostituzionalità di singole norme del tempo (es: Sent. N. 46/1966³³).

³³ Corte Costituzionale, 23/05/1966, (ud. 04/05/1966, dep.23/05/1966), n. 46:

“Ritenuto in fatto:

Con atto di citazione del 16 settembre 1963 la signora Curnilli Italia conveniva avanti al Tribunale di La Spezia il proprio marito Calamassi Egidio, dal quale era consensualmente separata fin dal 1956, chiedendo la condanna di questi a corrisponderle l'assegno di mantenimento, cui egli si era impegnato all'atto della separazione, in misura superiore a quella allora stabilita in L. 20.000 mensili. Poiché il convenuto ha fatto rilevare che la moglie, quale dipendente del Ministero della difesa, godeva di una retribuzione solo leggermente inferiore agli emolumenti da lui percepiti quale maresciallo di sanità, ed ha eccepito la incostituzionalità dell'art. 145 del Codice civile, in relazione all'art. 3 della Costituzione, il Tribunale, nella considerazione che la rilevanza della questione sollevata, al fine della decisione della causa sottopostagli, dovesse essere stabilita in confronto all'art. 156, riguardante i rapporti fra coniugi separati, che rinvia per la disciplina dei medesimi all'art. 145, e che l'eccezione di incostituzionalità così prospettata, in relazione agli artt. 3 e 29 della Costituzione non fosse manifestamente infondata, ebbe a disporre, con sua ordinanza del 19 maggio 1965 la sospensione del giudizio e l'invio degli atti del medesimo alla Corte [...].

Considerato in diritto:

1. - Si rende necessario anzitutto precisare i termini della questione entro i quali è da contenere la decisione della Corte. Risulta dalla precedente esposizione che l'eccezione di incostituzionalità, per contrasto con il principio di eguaglianza, non riguarda la diversità di trattamento che sembra derivare dal confronto fra i due commi dell'art. 145 (cui rinvia l'art. 156 per il caso di coniugi separati, allorché entrambi siano incolpevoli della separazione) per il fatto che viene addossato al marito l'obbligo di somministrare alla moglie quanto sia necessario ai suoi bisogni di vita, ed invece a quest'ultima l'altro diverso di provvedere al solo mantenimento del marito, bensì la sperequazione fra gli obblighi dei due coniugi, dato che gli articoli predetti, nel determinare la misura delle prestazioni dovute dal marito per soddisfare le esigenze della moglie non richiedono che si abbia riguardo alle condizioni economiche di lei, in difformità di quanto dispongono nel caso inverso, dell'obbligo a carico della moglie che viene invece condizionato al fatto della mancanza nel consorte di mezzi sufficienti.

2. - Per accertare se la discriminazione fra i coniugi, nei termini prospettati, contrasti con la Costituzione, è da ricordare che l'assoluto divieto fatto al legislatore dall'art. 3 di disporre qualsiasi diversità di trattamento giuridico per ragioni di sesso, incontra, per quanto riguarda i rapporti familiari, un solo e tassativo limite, qual è posto dall'art. 29, secondo comma, della Costituzione a garanzia dell'unità della famiglia: limite che, rivestendo carattere di eccezione al principio generale che l'articolo stesso formula, della piena eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, dov'essere interpretato restrittivamente, secondo quanto la Corte ha avuto occasione di statuire con la sentenza n. 64 del 1961.

Non è qui da indagare se esigenze di unità possano essere assunte per fornire una sufficiente giustificazione alla diversità di trattamento disposta dall'art. 145 per i coniugi conviventi, poiché tale questione non è stata proposta, sicché la sua soluzione deve rimanere del tutto impregiudicata. Avendo invece riguardo al regime di separazione, ricorrente nella specie, non è dato riscontrare alcun elemento che consenta di ricollegare la diversità predetta con quelle esigenze. Infatti, comunque si debba intendere l'unità voluta tutelare dall'art. 29, si deve ritenere che essa non sia invocabile di fronte a coniugi rispetto ai quali, per il fatto stesso della separazione, sono venuti a mancare i presupposti dell'unità, sia che di questa si consideri l'aspetto materiale o fisico, essendo cessata la convivenza, e con essa la collaborazione della moglie alla gestione domestica, sia quello spirituale, essendosi resa manifesta un'incompatibilità fra i due tale da rendere non più possibile la vita in comune.

Deve pertanto ritenersi contrastante con l'art. 29 il disposto dell'art. 156, nella parte in cui, prevedendo la separazione senza colpa di nessuno dei due coniugi, impone al marito di provvedere a tutto quanto si rende necessario ai bisogni di vita della moglie senza alcuna considerazione dei mezzi di cui questa per

dott. Nicola Fresu,

*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*

Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

Il regime personale matrimoniale indica la disciplina degli obblighi coniugali che derivano dal matrimonio a carico dei coniugi e che si sostanziano nell'impegno di fedeltà, assistenza, coabitazione, contribuzione e collaborazione. Solo a fine espositivo, di seguito una breve descrizione dei doveri.

L'obbligo di fedeltà, originariamente, imponeva ai coniugi di astenersi dalle sole relazioni o da quegli atti di natura sessuale extraconiugali ma, da recente dottrina e giurisprudenza, tale obbligo è stato esteso anche al concetto di reciproca dedizione fisica e spirituale³⁴ permettendo alla normativa di sensibilizzarsi maggiormente rispetto a temi importanti quale quello della garanzia del supporto emotivo. In passato l'obbligo

avventura disponga. A tali mezzi si deve invece avere riguardo per stabilire quale parte debba essere impiegata per consentire alla moglie separata, non già di sottrarsi allo stato di bisogno, che potrebbe anche non sussistere, bensì di mantenere quello stesso tenore di vita che avrebbe goduto se non fosse intervenuta la separazione; in concorso con le somministrazioni rivolte allo stesso scopo, che devono rimanere a carico del marito, in proporzione alle sue sostanze.

È ancora da precisare che la conclusione cui si è giunti deve valere allorché, all'atto della separazione omologata dal Tribunale, non sia stato stipulato alcun accordo circa gli obblighi patrimoniali corrispettivi, o di uno solo dei coniugi verso l'altro, né si possa, nonostante tale omissione, desumere una qualsiasi volontà implicita al riguardo. Che se invece sussistano convenzioni su tale punto, spetterà al giudice del merito stabilire se il marito, obbligandosi a erogazioni a favore della moglie, pur quando essa risultasse provvista di propri mezzi, non abbia inteso rinunciare a far valere l'esenzione che avrebbe potuto invocare a proprio favore.

PQM

LA CORTE COSTITUZIONALE

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 156, primo comma, del Codice civile, nella parte in cui pone a carico del marito, in regime di separazione consensuale senza colpa di nessuno dei coniugi, l'obbligo di somministrare alla moglie tutto ciò che è necessario ai bisogni della vita, indipendentemente dalle condizioni economiche di costei.

Così deciso in Roma, in camera di consiglio, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 4 maggio 1966. DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 23 MAG. 1966."

³⁴ Cassazione civile, sez. I, 18/09/1997, n. 9287:

Il dovere di fedeltà, collocato dall'art. 143 c.c. tra gli obblighi nascenti dal matrimonio, consiste nell'impegno, ricadente su ciascun coniuge, di non tradire la fiducia reciproca ovvero di non tradire il rapporto di dedizione fisica e spirituale tra i coniugi che dura quanto dura il matrimonio e non deve essere intesa soltanto come astensione da relazioni sessuali extraconiugali. La violazione dell'obbligo di fedeltà può assumere rilievo anche in assenza della prova specifica di una relazione sessuale extraconiugale intrapresa da un coniuge, essendo sufficiente l'esternazione di comportamenti tali da ledere il rapporto di dedizione fisica e spirituale tra i coniugi ferendo la sensibilità e la dignità di colui o colei che subisce gli effetti di quei comportamenti. Ciò può avvenire anche dopo l'insorgere dello stato di separazione non essendo da escludere che questa lasci sussistere tra i coniugi una (magari limitata) solidarietà, tale da giustificare la permanenza dell'obbligo di fedeltà.

dott. Nicola Fresu,

*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*

Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

di fedeltà gravava maggiormente sulla figura della donna in considerazione del fatto che, una gravidanza clandestina, avrebbe sfaldato la famiglia legittima costituita. È, inoltre, utile ricordare che la fedeltà coniugale è stata per lungo tempo oggetto di considerazione da parte del diritto penale fino a che, una serie di pronunce di incostituzionalità, ne hanno travolto l'esistenza: tale aspetto interessa la ricerca in questione in quanto conferma che il diritto pubblico si è interessato di aspetti assolutamente intimi del diritto di famiglia, quale, fra gli altri, quelli in questione.

L'assistenza morale e materiale, costituisce, di contro, l'obbligo reciproco dei coniugi di aiutarsi e supportarsi sentimentalmente ed economicamente³⁵: costituiscono violazione del dovere in esame anche casi quali violenze, ingiurie o minacce indirizzate anche al solo scopo di indurre in depressione il proprio coniuge³⁶.

L'impegno della coabitazione: esso consiste nella semplice convivenza dei coniugi, tale da permettere lo sviluppo, in un luogo certo e definito, del concetto di famiglia, per i coniugi stessi e per i propri figli³⁷.

³⁵ Cassazione civile, sez. I, 23/03/2005, n. 6276:

Il rifiuto, protrattosi a lungo, di intrattenere normali rapporti affettivi e sessuali con il coniuge costituisce gravissima offesa alla dignità e alla personalità del *partner* e situazione che oggettivamente provoca senso di frustrazione e disagio, spesso causa di irreversibili danni sul piano dell'equilibrio psicofisico. Consimile contegno, pertanto, integra violazione del dovere di assistenza morale e materiale sancito dall'art. 143 c.c. Ove volontariamente posto in essere, quindi, il rifiuto di assistenza affettiva ovvero alla prestazione sessuale costituisce causa di addebito della separazione, rendendo impossibile all'altro il soddisfacimento delle proprie esigenze di vita dal punto di vista affettivo e l'esplicarsi della comunione di vita nel suo profondo significato. NDR: la stessa richiesta ossessiva di rapporti sessuali, è tale da raffigurare la medesima violazione di assistenza morale.

³⁶ Cassazione civile, sez. I, 07/06/1982, n. 3437:

Il reciproco obbligo di assistenza e collaborazione, posto a carico dei coniugi dall'art. 143 comma 2 c.c., comporta che la condotta dell'uno, consistente nell'ingiustificato rifiuto di aiuto e conforto spirituale, con la volontaria aggressione della personalità dell'altro, per annientarla, deprimerla, o comunque ostacolarla, integra violazione dei doveri che derivano dal matrimonio, e giustifica una pronuncia di separazione personale con addebito, secondo la previsione dell'art. 151 comma 2 c.c.

³⁷ E' altresì importante mettere in evidenza come, parte della dottrina, ritenga che per coabitazione si intenda il divieto di sottrarsi alla normale vita sessuale di coppia.

dott. Nicola Fresu,

*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*

Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

La collaborazione nell'interesse della famiglia corrisponde alla pretesa normativa per cui i coniugi debbano adoperarsi per svolgere un'attività lavorativa al fine di poter, appunto, collaborare alla gestione del gruppo sia in termini economici che in termini di cooperazione (attività casalinga, sorveglianza dei figli, ecc...)

La contribuzione ai bisogni della famiglia equivale all'entità del sostegno economico che entrambi i coniugi, in proporzione alle rispettive sostanze e capacità di lavoro professionale o casalingo³⁸ devono mettere a disposizione per lo sviluppo e la crescita della famiglia stessa.

Altro dovere imposto dal Codice Civile ai coniugi (probabilmente il più importante) corrisponde al dovere di mantenere, istruire, educare ed assistere moralmente i figli nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni naturali ed aspirazioni (secondo quanto previsto dall'art. 315 – bis c.c.): urge segnalare che tale dovere è rivolto, più in generale, a tutti i genitori, siano essi o meno uniti in matrimonio.

Vero è che nei confronti delle forme di famiglia differenti da quella matrimoniale, descritte nel precedente paragrafo, non gravano gli obblighi ed i doveri appena citati ma, di contro, è altrettanto vero che, seppur con qualche esclusione (l'obbligo di fedeltà non preteso nelle unioni civili, per esempio) ad ognuna di esse si

³⁸ Cassazione civile, sez. I, 16/10/1991, n. 10901:

L'art. 148 c.c., nel prescrivere che entrambi i coniugi adempiano all'obbligazione di mantenimento dei figli in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro professionale o casalingo, non detta un criterio automatico per la determinazione dell'ammontare dei rispettivi contributi, fornito dal calcolo percentuale dei redditi dei due soggetti (che finirebbe per penalizzare il coniuge più debole), ma prevede un sistema più completo ed elastico di valutazione, che tenga conto non solo dei redditi, ma anche di ogni altra risorsa economica e delle cennate capacità di svolgere un'attività professionale o domestica, e che si esprima sulla base di un'indagine comparativa delle condizioni - in tal senso intese - dei due obbligati.

chiede di rispettare la linea guida dettata dalla famiglia matrimoniale in ciò che riguarda il rapporto tra i *partner*, la tutela della prole e le relazioni con soggetti terzi.

1.1.3 La filiazione

L'argomento sul quale, maggiormente, ricade interesse ed attenzione è, senza dubbio, il rapporto di filiazione, inteso come quel particolare sistema di applicazione di quella tutela definita "superiore" rispetto a tutte le altre tutele la quale, nel contesto carcerario, rappresenta uno degli aspetti più rilevanti di protezione in ragione della delicatezza percepita nei soggetti a cui è riferita.

La filiazione è il rapporto che si instaura tra una determinata persona fisica (il figlio) e chi l'ha concepita (i genitori): all'acquisizione di stato di figlio conseguono diritti ed obblighi verso il genitore, al fine di tutelare l'esigenza di solidarietà della persona.

Sino a poco tempo fa (riforma del 1975), il nostro ordinamento giuridico conteneva l'arcaica distinzione tra figli legittimi (nati in costanza di matrimonio) e figli illegittimi (nati fuori dal matrimonio: all'interno di questa categoria si situavano i figli incestuosi ed adulterini, essi non legittimabili) i quali si differenziavano non solo per il nome utilizzato allo scopo di poterli identificare (cosa già di sé riprovevole) ma, in aggiunta, per le numerose discriminazioni in termini di tutela giuridica (successioni, donazioni, ecc...) e sociale che dovevano sopportare a causa di una colpa per la quale la natura stessa imponeva il divieto di difesa (l'atto sessuale consumato dai genitori).

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

La riforma del 1975, permise la rimozione di quella condizione di inferiorità dei figli nati fuori dal matrimonio (in termini successori e identificativi) permettendo, di contro, una semplice parificazione approssimativa che teneva ancora conto del vincolo matrimoniale vigente tra i genitori³⁹. La discriminazione trovava ragion d'essere specialmente nella conservazione dello stato formale di figlio legittimo e di figlio naturale ma, in opposizione a tale approccio tecnico – giuridico ormai vetusto, si iniziava a costituire una comune coscienza di giustizia sociale per cui era necessario che i figli dovessero godere, tutti indistintamente, di medesime tutele.

Con la Legge n. 219 del 10 dicembre del 2012, si riuscì, finalmente, ad introdurre, nel nostro ordinamento giuridico, il principio della unicità dello stato di figlio, manifestazione diretta di una delle più importanti necessità richieste a gran voce e per lungo tempo dalla società comune, ristabilendo un importante equilibrio tra realtà sociale ed effettività della norma. Tale azione giuridica ha concretizzato il rispetto del diritto della personalità quale centro di tutela degli interessi essenziali della persona nel tempo della crescita e formazione.

In capo ai figli, vigono diritti (diritto al mantenimento, diritto all'educazione, diritto all'istruzione) e doveri (quali quello di rispettare i genitori e di contribuire al mantenimento della famiglia) enunciati dall'art. 315-bis, inserito nel codice civile dalla recente riforma succitata⁴⁰.

³⁹ In questo contesto, i figli incestuosi subivano ancora il divieto al riconoscimento.

⁴⁰ Cassazione civile, sez. I, 07/06/2000, n. 7713:

“Poiché l'art. 2043 c.c., correlato agli art. 2 ss. cost., va necessariamente esteso fino a ricomprendere il risarcimento non solo dei danni in senso stretto patrimoniali ma di tutti i danni che almeno potenzialmente ostacolano le attività realizzatrici della persona umana, la lesione di diritti di rilevanza costituzionale va incontro alla sanzione risarcitoria per il fatto in sé della lesione (danno evento)

La ricerca, oggetto di esposizione, impone di evidenziare, tra le novità dei diritti riconosciuti in favore dei figli, la normatizzazione del diritto *all'amore*⁴¹ (Cit. Bianca, vedi nota a piè di pagina) enunciato, anch'esso, nelle lettere dell'art. 315-bis c.c. quale diritto all'assistenza morale. Prima dell'entrata in vigore della riforma del 2012, tale diritto, era già presente nel dettato dell'art. 6 L. n. 184/1983 sull'adozione, il quale pretende piena idoneità affettiva di coloro che sono chiamati a sostituirsi ai genitori biologici.⁴²

Oltre che nei confronti dei genitori, lo stesso diritto ad un rapporto affettivo, è riconosciuto in favore degli ascendenti (art. 337-ter c.c. *Provvedimenti riguardo ai figli* – art. 317-bis c.c. *Rapporti con gli ascendenti*: norma inserita dalla Riforma della filiazione del 2012) i quali devono godere della possibilità di mantenere rapporti significativi con i propri nipoti.

Il diritto all'affettività, come sopra enunciato nelle due diverse forme di rapporto, in quanto diritto della personalità di un individuo, posto in relazione allo stato detentivo di un soggetto, appunto, detenuto, stimola significativamente la ricerca in esame ed induce ad approfondirne modalità di applicazione ed effettività giuridica della

indipendentemente dalle eventuali ricadute patrimoniali che la stessa possa comportare (danno conseguenza). (Nella specie, in applicazione di tale principio la S.C. ha confermato la decisione di merito che aveva riconosciuto il diritto al risarcimento del danno, liquidato in via equitativa, del figlio naturale in conseguenza della condotta del genitore, tale riconosciuto a seguito di dichiarazione giudiziale, che per anni aveva ostinatamente rifiutato di corrispondere al figlio i mezzi di sussistenza con conseguente "lesione in sè" di fondamentali diritti della persona inerenti alla qualità di figlio e di minore)".

⁴¹ C.M. Bianca, *Diritto Civile, 2.1 La Famiglia*, quinta edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2014, pag. 335.

⁴² È noto che l'inserimento di questa tutela giuridica non ha trovato piena approvazione da parte dei membri dell'organo legislativo chiamato a pronunciarsi in merito ma, fortunatamente, gran parte di essi ne ha percepito l'importanza. L'ostruzione alla proposta fondava la propria tesi sulla possibilità che il diritto all'amore avrebbe legittimato richieste di risarcimento pretestuose (ben vengano) a danno di uno dei genitori il quale, sempre secondo lo schieramento, non potrebbe di certo acquisire materiale probatorio in sostegno di una sua eventuale difesa in giudizio. Tale osservazione non ha fermato, di contro, il processo di riconoscimento del diritto in questione.

dott. Nicola Fresu,

*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*

Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

fattispecie normativa ma si rinvia la disamina di questi aspetti ai successivi capitoli dedicati.

Altri aspetti innovativi riferiti alla tutela della prole, inseriti nel Codice grazie all'intervento della riforma n.219/2012, riguarda il diritto del figlio di crescere nella propria famiglia (previsione normativa volta ad evidenziare che si tratta di un diritto fondamentale dei figli): per mezzo di questa tutela si prevede un divieto assoluto dello Stato (*in primis*) di separare genitori e figli annettendo quella prescrizione contenuta nella Convenzione dell'ONU dei diritti del fanciullo (ratificata in Italia con la L. n.176 del 27 maggio 1991) e nella Convenzione di Strasburgo del 2003 (ratificata con la L. n. 77 del 20 marzo del 2003) e portando con se quel particolare dovere di solidarietà, pretesa alle Istituzioni, di rimuovere tutte le difficoltà di carattere economico e sociale che potrebbero intaccare il normale percorso di vita di una famiglia.⁴³ Anche in questo

⁴³ L'orientamento dei Tribunali di merito si è sempre indirizzato verso una tutela a 360° della figura del minore rispetto al suo diritto di crescere nella propria famiglia autorizzando la permanenza nel Territorio Italiano del genitore privo di permesso di soggiorno al fine di permettere al figlio di poter godere della presenza del primo, evitando traumi dovuti alla privazione delle cure familiari (provv. Sez. min. Bari e Roma, per es.) .

In senso contrario, vedi Cassazione civile, sez. I, 17/09/2001, n. 11624, di seguito riportata nella sua interezza:

“Fatto

Svolgimento del processo

Su ricorso proposto da Z. H., il Tribunale per i minorenni di Ancona, con decreto del 18 marzo 2000, ha autorizzato la ricorrente e Z. F. a rimanere in Italia per seguire i propri figli - entrati, come loro, clandestinamente nel Paese - fino al compimento della maggiore età.

Sul reclamo del Pubblico Ministero presso lo stesso Tribunale, con decreto in data 20 maggio 2000, la Corte di appello di Ancona, sezione minori, ha revocato il decreto, osservando che nella disciplina introdotta dal d. legislativo 25 luglio 1998, n. 286 l'intervento del giudice è previsto, in linea di principio, soltanto in sede di impugnativa e di controllo dei provvedimenti degli organi amministrativi, cui è demandata in via generale la competenza a provvedere, e che le due sole eccezioni a tale linea - l'espulsione del minore e l'autorizzazione all'ingresso o alla permanenza del familiare del minore in territorio italiano (art. 31, commi 4 e comma 3 l. 286-98) - nella specie non ricorrevano, non sussistendo (e non essendo stati neanche indicati), con riferimento alla condizione di permanenza di cui si discuteva, i gravi motivi prescritti per ottenere l'autorizzazione, e contemplando, d'altronde, la norma solo situazioni di emergenza.

dott. Nicola Fresu,

*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*

Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

caso, è evidente la delicatezza della materia nei casi in cui il genitore (o il figlio) si trovi in stato detentivo e, anche in questo caso, si preferisce rimandare la trattazione dell'argomento ai successivi capitoli.

È doveroso accennare, seppur in maniera furtiva, al diritto all'ascolto del minore (che abbia compiuto i 12 anni, fatti salvi i casi in cui il Giudice valuti positivamente la capacità cognitiva del minore) in tutte le procedure che lo riguardano, inteso come quel particolare diritto di essere capito ed interpretato in tutte le sue esigenze e necessità (il termine "ascoltare" differisce dalla parola "udire" per via del più elevato livello di attenzione dell'interlocutore che formula le domande e che acquisisce le risposte e della

Avverso questo provvedimento Z. H. e Z. F. hanno proposto ricorso per cassazione, con un unico motivo. I ricorrenti hanno depositato memorie.

Diritto

Motivi della decisione

Con l'unico motivo del ricorso i ricorrenti, denunciando la violazione dell'art. 31, comma 3, del d.l.g.vo 286-1998, censurano l'affermazione della Corte d'appello, secondo cui l'espressione gravi motivi sarebbe riferibile alle sole situazioni di emergenza, e - premesso che nel corso dell'istruttoria davanti al Tribunale essi avevano provato che i minori S. e A. frequentavano una scuola elementare ed una scuola di catechismo e si erano bene inseriti nell'ambiente - deducono che l'art. 31 del d.l.g.vo predetto, in conformità alla legislazione fondamentale in materia, mirerebbe a salvaguardare lo sviluppo psicofisico del fanciullo nella famiglia, a prescindere dalle condizioni e dalle modalità dell'ingresso nel territorio nazionale.

La censura non ha fondamento.

Come ha correttamente rilevato la Corte d'appello nel decreto impugnato, l'intervento del Tribunale per i minorenni per regolare direttamente la condizione giuridica dello straniero assume, nella disciplina fissata dal decreto legislativo n. 286 del 1998, carattere eccezionale ed è limitato all'ipotesi dell'espulsione del minore (art. 31, comma 4), ed a quella (di cui si discute in questa sede) dell'autorizzazione (anche in deroga alle altre disposizioni del testo unico) all'ingresso o alla permanenza del familiare, per un periodo di tempo determinato, per gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico del minore: motivi che - come ha rilevato ancora la Corte d'appello nel provvedimento impugnato - nella specie non risultano indicati nè nella istanza rivolta al Tribunale per i minorenni, nè nel relativo decreto di accoglimento.

L'autorizzazione alla permanenza del familiare è, dunque, correlata alla sussistenza di situazioni eccezionali (che, come tali, non possono assumere carattere di normalità e di stabilità) e, come si desume anche dal fatto che essa deve essere limitata temporalmente ed è revocabile con la cessazione dei motivi che ne avevano giustificato il rilascio, di durata predeterminata.

Nè questa interpretazione contrasta con l'esigenza che il minore sia educato nell'ambito familiare o, comunque, costituisce un vulnus all'unità familiare, in quanto al minore non viene impedito di seguire il genitore e questi ha, ovviamente, il diritto di portarlo con sè nel luogo di destinazione (art. 19, secondo, comma, lett. a), d.l.g.vo 286- 98) (cfr. Cass. 9327-2000).

In conclusione, il ricorso deve essere rigettato."

dott. Nicola Fresu,

*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*

*Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari*

sua capacità di dar peso e valore ai messaggi inviati, nelle più diverse forme, dal minore stesso, impegnandosi a far sì che gli stessi messaggi vengano tradotti in provvedimenti che tengano conto, positivamente, del confronto tenuto).

1.1.4 Gli ordini di protezione contro gli abusi familiari e la loro peculiarità interdisciplinare: il diritto privato, quello penale e la psicologia sistemico relazionale.

Recentemente il Legislatore ha percepito la necessità di introdurre, nell'alveo della normativa del diritto di famiglia, una protezione *ad hoc* per le posizioni soggettive appartenenti al nucleo familiare stesso e, di conseguenza, ha previsto una serie di misure sanzionatorie e preventive contro chi si renda responsabile di violenze ai danni del coniuge o convivente.

La L. n. 154 del 4 aprile 2001 ha quindi disciplinato la materia conferendo al giudice il potere di intervenire nei confronti di colui che metta in essere una condotta tale da creare un pregiudizio all'integrità fisica o morale del compagno od alla libertà dello stesso e, per fare ciò, può servirsi di molteplici strumenti procedurali quali l'ordine di cessazione della condotta pregiudizievole e di allontanamento dalla casa familiare in cui viva il soggetto vittima delle violenze imputate, il divieto di avvicinamento a luoghi da egli frequentati e, se la famiglia non disponesse di mezzi sufficienti per sopravvivere, può ordinare una forma di mantenimento economico a carico del responsabile in favore del nucleo familiare protetto e, infine, ove necessario, può disporre dell'intervento dei

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

servizi sociali e di tutti gli enti, istituzioni ed organizzazioni capaci di dare sostegno alla vittima.

Un aspetto fondamentale delle disposizioni inserite nel 2001 riguarda l'aspetto dell'interdisciplinarietà che caratterizza la materia e che interessa il diritto penale, il diritto civile ed i codici di rito. La scelta di trattare tale argomento in questa sede, risiede proprio nella necessità di rendere chiari ed evidenti quei passaggi contenuti nel diritto privato che, in qualche modo, richiamano l'intervento di altre discipline per completarne la tutela.

Di per sé, la materia civilistica del diritto di famiglia, gode della capacità di potersi avvalere di "ordini di protezione" (nel caso che ci interessa) e, più in generale, di provvedimenti giudiziari, seppur in assenza di un fatto che, per il diritto penale, non costituirebbe reato. In questa prospettiva appare obbligatorio fare riferimento a quanto più in avanti si scriverà in merito alle teorie di appartenenza del diritto di famiglia al ramo del diritto privato piuttosto che a quello di diritto pubblico. Di fatto, la possibilità che un giudice civile in formazione monocratica, possa prendere provvedimenti di questa natura⁴⁴ incidendo direttamente sulla libertà individuale di una persona,

⁴⁴ Art. 736-bis c.p.c. Provvedimenti di adozione degli ordini di protezione contro gli abusi familiari: Nei casi di cui all'articolo 342bis del codice civile, l'istanza si propone, anche dalla parte personalmente, con ricorso al tribunale del luogo di residenza o di domicilio dell'istante, che provvede in camera di consiglio in composizione monocratica.

Il presidente del tribunale designa il giudice a cui è affidata la trattazione del ricorso. Il giudice, sentite le parti, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione necessari, disponendo, ove occorra, anche per mezzo della polizia tributaria, indagini sui redditi, sul tenore di vita e sul patrimonio personale e comune delle parti, e provvede con decreto motivato immediatamente esecutivo. Nel caso di urgenza, il giudice, assunte ove occorra sommarie informazioni, può adottare immediatamente l'ordine di protezione fissando l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé entro un termine non superiore a quindici giorni ed assegnando all'istante un termine non superiore a otto giorni per la notificazione del ricorso e del decreto. All'udienza il giudice conferma, modifica o revoca l'ordine di protezione.

dott. Nicola Fresu,

*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*

Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

legittimerebbe la trattazione, seppur anche soltanto in termini critici, di quelle teorie che vedono il diritto di famiglia quale istituto appartenente alle materie pubblicistiche (o, meglio ancora, al diritto sociale).

Il codice penale del 1930, tramandato ai giorni nostri, conserva ancora oggi molte disposizioni riferite alla previsione dei delitti contro la famiglia; essi sono previsti dal libro II, titolo IX del Codice penale (artt. 556-574 bis) e tutelano i principi costituzionali del matrimonio monogamico e dell'uguaglianza dei coniugi. I reati in esame sono divisi in quattro categorie: delitti contro il matrimonio, delitti contro la morale familiare, delitti contro lo stato di famiglia, delitti contro l'assistenza familiare. “La tutela penale dei rapporti familiari risente dell'impostazione storica ed ideologica del tempo in cui le norme vennero elaborate. Il diritto di famiglia veniva inquadrato nel diritto pubblico da larga parte della dottrina. Questa concezione permase anche successivamente, sino agli anni sessanta, in cui si affermava ancora che il diritto di famiglia non poteva essere facilmente classificato nella distinzione tra diritto pubblico e privato, e che il rispetto della libertà individuale non escludeva la sussistenza di un interesse proprio dello Stato alla protezione dei rapporti familiari e di principi fondamentali trascendenti volontà ed interesse dei singoli membri. Coerentemente con questa impostazione pubblicistica dei rapporti di famiglia, il codice penale del 1930

Contro il decreto con cui il giudice adotta l'ordine di protezione o rigetta il ricorso, ai sensi del secondo comma, ovvero conferma, modifica o revoca l'ordine di protezione precedentemente adottato nel caso di cui al terzo comma, è ammesso reclamo al tribunale entro i termini previsti dal secondo comma dell'articolo 739. Il reclamo non sospende l'esecutività dell'ordine di protezione. Il tribunale provvede in camera di consiglio, in composizione collegiale, sentite le parti, con decreto motivato non impugnabile. Del collegio non fa parte il giudice che ha emesso il provvedimento impugnato. Per quanto non previsto dal presente articolo, si applicano al procedimento, in quanto compatibili, gli articoli 737 e seguenti.

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

mirava alla promozione di un interesse autonomo della formazione sociale, la cui soggettività veniva autonomamente considerata, rispetto ai suoi componenti *uti singuli*.”⁴⁵

La disciplina civilistica del 2001, al contrario dello spirito normativo appena esposto del codice penale incentrato alla tutela dell’interesse “superiore” del concetto di famiglia, persegue l’unico scopo di predisporre un impianto giuridico capace di tutelare il singolo componente del nucleo familiare all’interno del proprio contesto di appartenenza, nella sua accezione di persona titolare di diritti e libertà individuali (così, in diritto privato).

Di contro, l’intera disciplina del diritto di famiglia, impronta la sua ragion d’essere non solo nella tutela del “singolo” all’interno del contesto “famiglia” ma, bensì, pretende che gli stessi esponenti del gruppo familiare attivino parte delle proprie funzioni (di figli o di genitori) relazionandone lo scopo al contesto sociale di riferimento. Tale affermazione è utile a sostenere la tesi secondo cui il diritto di famiglia, inteso come materia appartenente al diritto privato, è volto a regolare i rapporti interni di coniugio, di filiazione, di adozione, di parentela ed affinità ma, al contempo, volendolo contestualizzare nell’alveo delle materie di diritto pubblico, si fa riferimento a quella disciplina costituita prevalentemente da norme di ordine pubblico in quanto contestualizzata in un sistema di rapporti tale da influenzare (e subirne le influenze) la società che la circonda.

⁴⁵ Alberto Giulio Cianci, *Gli ordini di protezione familiare - FAMILIA – Quaderni diretti da Salvatore Patti*, Seconda edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pagg. 94-95.

La prospettiva teorica esposta fonda la propria ragion d'essere sul concetto di "relazione" in ambito psicologico (non più, esclusivamente, sociologico). La modalità applicativa utilizzata in materia di psicologia per osservare le relazioni familiari e le rispettive interazioni, è quella sistemico-relazionale. Essa permette di conoscere la famiglia in tutta la sua complessità, sia come sistema relazionale in continuo interscambio con l'ambiente esterno, sia quale spazio primario nel quale l'individuo, in modo attivo, costituisce la propria persona in tutte le sue accezioni. Con il termine "psicologia sistemica" si fa riferimento a quel complesso di ipotesi e ricerche che, nel tentativo di emarginare l'approccio focalizzato sul solo studio dell'individuo (tipico della psicologia tradizionale) fanno riferimento alla teoria generale dei sistemi⁴⁶. L'approccio sistemico-relazione, pur sviluppatosi attorno alle teorie sistemiche, tiene conto delle teorie psicoanalitiche sviluppatesi in ambito clinico (le quali consentono di acquisire informazioni circa il vissuto emotivo e la qualità dei rapporti familiari dei soggetti), delle ricerche in ambito psicosociale (grazie alle quali si riesce a comprendere il ruolo del sociale e della relazione nei processi identitari, delle teorie dello sviluppo che aiutano a comprendere la costruzione dei rapporti in una dimensione longitudinale offrendo così un ulteriore contributo alla comprensione di che viene osservato nel presente) e delle teorie dello sviluppo applicate alla famiglia riuscendo, con questa

⁴⁶ Ci si riferisce ai testi di autori come Ludwig von Bertalanffy e alla cibernetica per lo studio della comunicazione e, dunque, della psicologia.

modalità, a favorire un'attenta osservazione dei processi interattivi in corso e del contesto che li qualifica.⁴⁷

Tanto è sufficiente al fine di mettere in luce il punto focale dello studio oggetto di redazione: fino a questo momento, la dottrina maggioritaria ha analizzato le teorie pubblicistiche partendo dal presupposto che, quest'ultime, si fossero limitate al voler attribuire alla famiglia un ruolo istituzionale, volto alla tutela di un solo interesse superiore in modo da conferire ai poteri dello Stato il diritto di disporre liberamente, per fini estranei agli interessi primari dei singoli esponenti, delle relazioni e dinamiche familiari, per il raggiungimento di scopi di interesse politico e comune. È intenzione dello scrivente sostenere che uno dei motivi per cui le tesi che vedono il diritto di famiglia appartenere al diritto pubblico non godono di piena approvazione, è che l'interprete non ha sempre colto quella particolare accezione positiva con cui il pubblicista definisce le "funzioni sociali"⁴⁸ dello Stato: se le dittature del passato non avessero abusato della famiglia in tutte le sue forme per raggiungere i propri fini nazionalistici e se, di contro, l'intromissione negli affari privati della famiglia da parte dello stesso Stato, avesse avuto come obiettivo il solo raggiungimento di uno scopo giusto, utile e positivo per il benessere sociale, la prospettiva di un diritto di famiglia a cavallo tra il diritto pubblico ed il diritto privato (meglio ancora: appartenente al diritto sociale in contrapposizione con quello individuale, vedi in seguito) sarebbe privata di qualsivoglia pregiudizio e, conseguentemente, non sarebbe criticata così severamente

⁴⁷ Paola Gambini, *Psicologia della famiglia – la prospettiva sistemico-relazionale*, Franco Angeli Editore, Milano, 2007, pagg. 15 – 16.

⁴⁸ Antonio Cicu, *Il diritto di famiglia – Teoria generale*, Editore Athenaeum, Roma 1914, pag. 8 – ristampa a cura di Michele Sesta, Forni Editore, 1978 Bologna.

nel suo annettersi ad entrambi i gruppi giuridici. In merito si può pacificamente rilevare come questa motivazione sia *de jure condendo* e non abbia, quindi, alcun rilievo al fine di stabilire se, *de jure condito*, si possa sostenere la natura giuspubblicistica del diritto di famiglia. Si tratta, in sintesi, di focalizzare l'attenzione sul concetto di "Stato" e di "interesse superiore": sostenere che la famiglia risponda ad una esigenza di interesse comune e che la stessa faccia parte di una struttura concentrica che la vede come parte di un più esteso sistema composto da altri anelli, equivarrebbe ad attribuire piena realtà sociale alla effettività normativa contenuta nei codici.

Il benessere sociale a cui si ambisce nel sostenere che il diritto di famiglia appartenga al diritto privato piuttosto che al diritto pubblico può essere raggiunto solo se, allo studio sociologico e filosofico della teoria generale del diritto, si accompagni una concreta analisi di Psicologia giuridica e sociale in modo da dotare lo studio tecnico del diritto di strumenti essenziali capaci di poterlo supportare nell'acquisire tutte le informazioni circa il benessere dei singoli ed il benessere comune e come questi debbano essere, poi, tradotti in norma: "*la famiglia è un'isola che il mare del diritto può soltanto lambire*"⁴⁹, (frase di Jemolo rivista all'inizio di questo secolo da Busnelli attraverso l'evocazione, sicuramente più adatta ai tempi d'oggi, della grande isola cui si affianca un arcipelago di altre piccole isole⁵⁰) e l'unico mezzo di trasporto per potersi muovere al suo interno è la Psicologia giuridica e sociale.

Le esigenze preminenti della famiglia, vanno intese come momenti di equilibrio e composizione degli interessi facenti capo ai singoli componenti appartenenti alla

⁴⁹ Jemolo, *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania*, III, 1948-1949, pag. 38.

⁵⁰ Busnelli, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, in part. p. 529.

comunità⁵¹: non esiste un interesse comune (e superiore) da salvaguardare a scapito di quelli individuali ma, piuttosto esistono tanti interessi individuali condivisi, da mediare, in caso di conflitto, ma con riferimento a quelli di ciascuna persona e non in ragione di un interesse superiore⁵². Tale è la ragion per cui si sceglie di affrontare la tematica della detenzione in relazione ai rapporti familiari secondo una chiave di lettura psicologica: lo scopo risiede nel legittimare il giurista nell'utilizzare il corretto strumento di ricerca della psicologia per acquisire informazioni certe sulle necessità individuali del singolo in modo da poterle tradurre in successive azioni di legge volte alla tutela di un interesse superiore comune.

1.2 Il trattamento penitenziario: un breve excursus

Dopo una celere trattazione degli elementi essenziali riferiti al diritto di famiglia, lo studio in analisi impone di rivolgere uno sguardo alla materia penitenziaria ed in tutto ciò che interessa le norme giuridiche poste a tutela delle relazioni che intercorrono tra i detenuti ed i propri familiari (con particolare attenzione alla nuova prospettiva della funzione riparativa della pena) ma, al fine di poter garantire una completa esposizione ed una semplice e piacevole comprensione, si ritiene essenziale esporre alcune nozioni fondamentali della materia, senza mai distogliere lo sguardo dal contesto “famiglia”.

Il diritto penitenziario, regola l'esecuzione delle misure private e limitative della libertà personale disciplinata da un insieme di norme giuridiche; esso costituisce

⁵¹ Massimo Paradiso, *I rapporti personali tra i coniugi* – art. 143 c.c. – Fondatore Piero Schlesinger e diretto da Francesco D. Busnelli – 2012, Giuffrè Editore, pag 27.

⁵² Alberto Donati, *La famiglia tra diritto pubblico e diritto privato*, Cedam, 2004, Padova, pag. 222.

un sistema normativo organico definito dalla L. n. 354 del 26 luglio 1975, attuato con il d.P.R. n.230 del 30 giugno 2000 e da altre circolari che ne definiscono i contorni.

Le fonti primarie del diritto penitenziario si collocano nella carta costituzionale, nelle leggi sovranazionali, nella legge ordinaria, nei regolamenti e, come detto, nelle circolari.

Tra le più rilevanti, è utile citarne alcune di rango costituzionale: l'art. 2 Cost., il quale garantisce la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo seppur egli si trovi in stato detentivo; l'art. 3 Cost. grazie alla quale si riconosce il principio di eguaglianza formale, di fatto e sostanziale sia nel trattamento penitenziario che in tutte le fasi che interessino il detenuto; l'art. 27, comma 3° Cost. il quale stabilisce che le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato.

Altrettanto utile, è ricordare quelle normative di rango, invece, sovranazionale grazie alle quali l'Italia riesce (o, perlomeno, cerca di riuscire) a “star dietro” alle innovazioni democratiche dettate dai principi normativi degli altri Paesi del globo intero. In proposito, si fa riferimento alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (New York, 10 dicembre 1948)⁵³, alle Regole minime per il trattamento dei detenuti,

⁵³ Vista la natura dell'argomento trattato si rinvia importante evidenziare gli articoli più incisivi della normativa internazionale citata. Articolo 1: Tutti gli esseri umani nascono liberi ed eguali in dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione di coscienza e devono agire gli uni verso gli altri in spirito di fratellanza. Articolo 3 Ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà ed alla sicurezza della propria persona. Articolo 4 Nessun individuo potrà essere tenuto in stato di schiavitù o di servitù; La schiavitù e la tratta degli schiavi saranno proibite sotto qualsiasi forma. Articolo 5 Nessun individuo potrà essere sottoposto a trattamento o punizioni crudeli, inumani o degradanti. Articolo 6 Ogni individuo ha diritto, in ogni luogo, al riconoscimento della sua personalità giuridica. Articolo 7 Tutti sono eguali dinanzi alla legge e hanno diritto, senza alcuna discriminazione, ad un'eguale tutela da parte della legge. Tutti hanno diritto ad un'eguale tutela contro ogni discriminazione che violi la presente Dichiarazione come contro qualsiasi incitamento a tale discriminazione. Articolo 9 Nessun individuo potrà essere arbitrariamente

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ed altre ancora.

L'ordinamento giuridico costituito con la L. 354/1975, contiene al suo interno numerose norme facenti esplicito riferimento alla tutela dei rapporti familiari e della

arrestato, detenuto o esiliato. Articolo 16 Uomini e donne in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia, senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza o religione. Essi hanno eguali diritti riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e all'atto del suo scioglimento. Il matrimonio potrà essere concluso soltanto con il libero e pieno consenso dei futuri coniugi. La famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società e ha diritto ad essere protetta dalla società e dallo Stato.. Articolo 22 Ogni individuo in quanto membro della società, ha diritto alla sicurezza sociale nonché alla realizzazione, attraverso lo sforzo nazionale e la cooperazione internazionale ed in rapporto con l'organizzazione e le risorse di ogni Stato, dei diritti economici, sociali e culturali indispensabili alla sua dignità ed al libero sviluppo della sua personalità. Articolo 23 Ogni individuo ha diritto al lavoro, alla libera scelta dell'impiego, a giuste e soddisfacenti condizioni di lavoro ed alla protezione contro la disoccupazione. Ogni individuo, senza discriminazione, ha diritto ad eguale retribuzione per eguale lavoro. Ogni individuo che lavora ha diritto ad una remunerazione equa e soddisfacente che assicuri a lui stesso e alla sua famiglia un'esistenza conforme alla dignità umana ed integrata, se necessario, ad altri mezzi di protezione sociale. Ogni individuo ha il diritto di fondare dei sindacati e di aderirvi per la difesa dei propri interessi. Articolo 24 Ogni individuo ha il diritto al riposo ed allo svago, comprendendo in ciò una ragionevole limitazione delle ore di lavoro e ferie periodiche retribuite. Articolo 25 Ogni individuo ha il diritto ad un tenore di vita sufficiente a garantire la salute e il benessere proprio e della sua famiglia, con particolare riguardo all'alimentazione, al vestiario, all'abitazione, e alle cure mediche e ai servizi sociali necessari, ed ha diritto alla sicurezza in caso di disoccupazione, malattia, invalidità vedovanza, vecchiaia o in ogni altro caso di perdita dei mezzi di sussistenza per circostanze indipendenti dalla sua volontà. La maternità e l'infanzia hanno diritto a speciali cure ed assistenza. Tutti i bambini, nati nel matrimonio o fuori di esso, devono godere della stessa protezione sociale. Articolo 26 Ogni individuo ha diritto all'istruzione. L'istruzione deve essere gratuita almeno per quanto riguarda le classi elementari e fondamentali. L'istruzione elementare deve essere obbligatoria. L'istruzione tecnica e professionale deve essere messa alla portata di tutti e l'istruzione superiore deve essere egualmente accessibile a tutti sulla base del merito. L'istruzione deve essere indirizzata al pieno sviluppo della personalità umana ed al rafforzamento del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Essa deve promuovere la comprensione, la tolleranza, l'amicizia fra tutte le Nazioni, i gruppi razziali e religiosi, e deve favorire l'opera delle Nazioni Unite per il mantenimento della pace. I genitori hanno diritto di priorità nella scelta di istruzione da impartire ai loro figli. Articolo 27 1. Ogni individuo ha diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici. Ogni individuo ha diritto alla protezione degli interessi morali e materiali derivanti da ogni produzione scientifica, letteraria e artistica di cui egli sia autore. Articolo 28 Ogni individuo ha diritto ad un ordine sociale e internazionale nel quale i diritti e la libertà enunciati in questa Dichiarazione possano essere pienamente realizzati. Articolo 29 Ogni individuo ha dei doveri verso la comunità, nella quale soltanto è possibile il libero e pieno sviluppo della sua personalità. Nell'esercizio dei suoi diritti e delle sue libertà, ognuno deve essere sottoposto soltanto a quelle limitazioni che sono stabilite dalla legge per assicurare il riconoscimento e il rispetto dei diritti e della libertà degli altri e per soddisfare le giuste esigenze della morale, dell'ordine pubblico e del benessere generale in una società democratica. Questi diritti e queste libertà non possono in nessun caso essere esercitati in contrasto con i fini e i principi delle Nazioni Unite. Articolo 30 Nulla nella presente Dichiarazione può essere interpretato nel senso di implicare un diritto di qualsiasi Stato gruppo o persona di esercitare un'attività o di compiere un atto mirante alla distruzione dei diritti e delle libertà in essa enunciati.

dott. Nicola Fresu,

*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*

Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

singola persona, sia essa detenuta o familiare di un detenuto. L'art. 28 della normativa citata, primo fra tutti, definisce la *ratio* costituente di tale tutela, evidenziando che è necessario dedicare particolare cura alle azioni volte a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le rispettive famiglie. Di fatti, sin dalle prime disposizioni, si evince chiaramente la premura di creare una struttura normativa capace di “punire” il detenuto e l'internato ma, al contempo, di custodire e proteggere quell'unico filo di congiunzione che tiene “l'ospite” della casa di reclusione connesso con il mondo esterno. Si fa riferimento alla regolazione delle modalità e tempistiche di colloqui e corrispondenze con i propri familiari, alla gestione di permessi, alla distribuzione del lavoro assegnato ad ogni detenuto in relazione e proporzione delle condizioni di vita dei propri familiari ed altri ancora. Tutte le diverse azioni⁵⁴ di questo tipo che interessano il singolo soggetto (come anche esplicitamente indicato nell'art. 14 - quater, 5° ord. pen. comma, riferito ai casi in cui si rendesse necessaria l'attuazione di un regime di sorveglianza particolare con annesso trasferimento ad altro Istituto) possono essere realizzate tenendo, di contro, lo sguardo fisso alle relazioni private e facendo in modo di arrecare il minimo pregiudizio per i familiari del detenuto⁵⁵.

⁵⁴ Gli articoli contenuti nella L.354/1975 che, maggiormente rispetto ad altri, si interessano della tutela dei rapporti familiari sono: gli artt. 11, 14 - quater 5° comma , 15, 17, 18, 20 3° comma, 21 bis, 21 ter, 23, 28, 30, 41 bis, 42, 45, 47 – quinquies, 53, 75, 78.

⁵⁵ Art.14-quater – 5° comma, L. 354/1975. Contenuti del regime di sorveglianza particolare: Se il regime di sorveglianza particolare non é attuabile nell'istituto ove il detenuto o l'internato si trova, la amministrazione penitenziaria può disporre, con provvedimento motivato, il trasferimento in altro istituto idoneo, con il minimo pregiudizio possibile per la difesa e per i familiari, dandone immediato avviso al magistrato di sorveglianza. Questi riferisce al ministro in ordine ad eventuali casi di infondatezza dei motivi posti a base del trasferimento.

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

1.2.1 Le funzioni della pena: la funzione riparativa

Parlare di pena corrisponde a richiamare il concetto di castigo e punizione inflitti ai danni di un particolare soggetto resosi autore di un determinato fatto illecito. Nulla osta affinché dunque, si possa affermare che la pena sia uno strumento di afflizione ma, se si desse per scontata una tale basilare definizione e se ci si accontentasse di tale definizione, ci si chiede come sia possibile che esistano così numerose teorie riferite allo studio della pena.

L'evoluzione sociale, di cui si è già trattato precedentemente⁵⁶ e di cui se ne riparlerà più approfonditamente in seguito⁵⁷, è la stessa evoluzione che ha permesso l'abolizione delle pene corporali in favore delle pene detentive, è quel processo che ha fatto sì che il tecnicismo giuridico lasciasse spazio, all'interno dei meandri normativi, alle funzioni psicologiche e pedagogiche volte ad intervenire sul singolo e sull'orientamento culturale dei consociati. Si tratta di un processo che, come avvenuto nel campo del diritto di famiglia, ha assolto ad una funzione di socializzazione⁵⁸. È utile evidenziare che una grande porzione di studiosi pare essere stata da sempre affascinata dai rapporti che intercorrono tra diritto e società. Uno fra tutti, Montesquieu, scriveva che le leggi politiche e civili di ogni nazione devono essere riferite solo al

⁵⁶ Vedi pagg. 9 e ss..

⁵⁷ Vedi pagg 75, 79, 81, 85 e ss..

⁵⁸ Giovanni Fiandaca, Enzo Musco, *Diritto Penale - Parte generale*, sesta edizione, Zanichelli Editore, Bologna 2010, pag. 712.

contesto di quella determinata nazione in quanto, se applicate altrove, non potrebbero mai vigere⁵⁹.

Le vicende dell'impianto sanzionatorio Italiano traggono origine dal contrasto ideologico venutosi a creare tra la Scuola Classica (maturata intorno alla seconda metà del 1800, il quale pensiero si fonda sulla funzione retributiva della pena) e la Scuola Positiva del diritto Penale (nata in Italia intorno al 1870, fondata sulla teoria della funzione preventiva della pena e, così chiamata, per via della sua identificazione nel positivismo criminologico venutosi a creare in Europa in quel periodo, seguace dei generali postulati del positivismo filosofico). Un contrasto ancor'oggi vivo e reale e, per la convivenza dei quali, si è dovuto ipotizzare ad un sistema di norme (così detto) binario, capace di armonizzare i principi delle due grandi Scuole in un unico complesso normativo⁶⁰.

Le attuali interpretazioni della normativa penitenziaria ruotano intorno a tre linee guida che hanno da sempre dominato il dibattito riferito alle teorie della funzione della pena: quelle della retribuzione, della prevenzione generale e della prevenzione speciale. L'applicazione di una teoria rispetto ad un'altra è da sempre dipesa dalla logica interna del sistema penale da un lato, dalle diverse tendenze culturali, politiche e psico-sociali, dall'altro.

Punire per appagare il danno subito da un vittima (e ripercosso nei confronti dell'intera comunità), compensare la colpa per il male commesso in proporzione alla

⁵⁹ C. Montedquieu, *De l'Esprit des Lois*, 1748, tomo I, cap. 3 – Tradotto da Beatrice Boffitto Serra, Milano, 1997, p.152.

⁶⁰ Fù il legislatore del 1930 che tentò di assolvere al compito di riunire i principi delle due grandi Scuole (quella Classica e quella Positiva) nei dettami degli articoli presenti nel Codice Penale Rocco (dal nome del suo principale estensore, il guardasigilli del Governo Mussolini Alfredo Rocco).

sua gravità: è questo il concetto sociale di pena ed è questo il pilastro portante del pensiero della Scuola Classica di diritto penale. La teoria della retribuzione fonda la sua essenza nella espressione latina *malum passionis propter malum actionis* (il male della sofferenza per il male dell'azione)⁶¹ e se ne evince il principio della compensazione nella locuzione *puniatur quia peccatum est* (la pena per il peccato)⁶². La tesi che la pena assolva alla funzione di retribuire per il male arrecato alla società mediante l'atto criminoso trova le sue radici nella concezione di stampo vetero-cattolico e nella filosofia idealista.⁶³ Si tratta, chiaramente, di un approccio "vecchio", o addirittura antico, al concetto di punizione ma, la recente crisi dell'ideologia rieducativa del detenuto (propria della Scuola Positiva del diritto penale), ha permesso che questa filosofia di pensiero si ripresentasse sotto nuove forme e, in questo modo, si è venuta a definire una teoria neoretribuzionista incentrata sulla tesi che l'idea retributiva troverebbe una base empirica nei bisogni emotivi di punizione esistenti nella società e in ogni singolo individuo di fronte alla perpetrazione dei reati. È evidente che, in tale approccio, riecheggia la visione della teoria general-preventiva (teoria della

⁶¹ L'espressione indica la finalità delle sanzioni di infliggere una sofferenza, un male sensibile a chi avesse trasgredito certi precetti giuridici. Questa finalità era messa in relazione con l'idea dell'espiazione, per cui si diceva che il male causato con la trasgressione della norma doveva essere espiaato con il male provocato da una pena..

⁶² *Puniatur quia peccatum est*: è una locuzione latina utilizzata per indicare le teorie assolutiste della funzione della pena, secondo cui sarebbe una funzione astratta di soddisfare esigenze di giustizia, e non avrebbe fini concreti, quindi si rivolge alle azioni del passato, cioè a fatti compiuti. *Puniatur ne peccetur*: le teorie relative ritengono che la funzione della pena sia strumentale al raggiungimento di risultati concreti come la prevenzione di reati, in questo senso l'attenzione è rivolta alle azioni future.

⁶³ È utile rievocare la celebre frase di Kant, di cui si dispone di sola rievocazione dal testo Giovanni Fiandaca, Enzo Musco, *Diritto Penale - Parte generale*, sesta edizione, Zanichelli Editore, Bologna 2010, pag. 715, nota 44: *Anche quando la società civile si dissolvesse col consenso di tutti i suoi membri, l'ultimo assassino che si trovasse ancora in prigione dovrebbe prima venire giustiziato, affinché ciascuno porti la pena della sua condotta e il sangue versato non ricada sul popolo che non ha reclamato quella punizione.*

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

prevenzione generale: punirne uno per educarne cento) ed è altrettanto chiaro che, lo stesso approccio, non può e non dovrebbe trovar spazio nei nostri sistemi giuridici civili.

La funzione di prevenzione generale, viene esercitata mediante l'intimidazione derivante dalla minaccia e dall'esempio; essa contiene al suo interno la funzione satisfattoria della pena che corrisponde alla sua capacità di dare soddisfazione al sentimento pubblico comune nell'infliggere una pena giusta e proporzionata ai danni di chi abbia commesso un determinato reato evitando anche, in questa maniera, rappresaglie e vendette personali da parte dei danneggiati o dei consociati solidari.

La funzione di prevenzione speciale, da ultimo, è affidata a tutte le misure di sicurezza: di fatti, esse, sono rivolte a neutralizzare la pericolosità sociale di un determinato soggetto al fine di evitare che egli commetta ulteriori reati in futuro.

La nostra normativa penitenziaria di riferimento, al fine di garantire una concreta rappresentazione al suo interno dei principi appartenenti tanto alla Scuola Classica quanto a quella Positiva, manifesta l'applicazione di tutte e tre le funzioni su esplicate (cfr. pag. 43) tanto da permettere che il nostro codice penale venisse considerato come codice di "compromesso"⁶⁴: tale natura si evidenzia in alcune palesi contraddizioni teoriche ed in altre incongruenze pratiche. L'applicabilità nei confronti di un dato soggetto di una pena e di una misura di sicurezza, aventi come presupposto l'una (si fa riferimento alla pena: strumento della Scuola Classica) la libertà di volere e la colpevolezza, l'altra (qui si fa riferimento alla misura di sicurezza: strumento della

⁶⁴ Patrizia Patrizi, *Manuale di Psicologia giuridica minorile*, Carocci Editore, Roma, 2012, pag. 283.

Scuola Positiva) la tendenza personale e soggettiva a delinquere e la conseguente pericolosità sociale, sembra far riferimento all'essere umano quale entità divisa in due parti: un uomo libero e responsabile per un verso (come tale assoggettabile a pena) e determinato e pericolo per l'altro (assoggettabile a misura di sicurezza).

Dominante sino agli anni settanta, l'ideologia rieducativa e della risocializzazione del detenuto propria della Scuola Positiva è, solo recentemente, entrata in piena crisi a causa di tutte le critiche avanzate nei suoi confronti e fondate sulla presa di coscienza di un presunto "fallimento" di tutti gli sforzi attivati nel campo della rieducazione del detenuto. Tale concezione negativa e pessimistica è stata generata da analisi di dati e statistiche che hanno messo in luce come gli approcci focalizzati all'esame della personalità del detenuto per mezzo di strumenti psicologici, psico-sociali e psico-analitici, avessero raggiunto limitate percentuali di successo. Premesso che l'applicazione di tale tecnica è stata sempre circoscritta a piccoli gruppi di detenuti selezionati all'interno di istituti-modello, sarebbe assolutamente deleterio, scorretto e controproducente affermare che il fallimento della teoria rieducativa sia da attribuire alla sua ideologia od alle sue tecniche applicative ma, bensì, l'unico responsabile di tale declino, risulterebbe essere, a buon conto, la mentalità burocratica della gestione penitenziaria (la quale ha concesso una diffusione del sistema solo a macchia di leopardo) che, sovente, si è rivelata ostile alla prospettiva di rinnovamento offerta dal mondo psico-giuridico. Fortunatamente, ad oggi, la teoria della rieducazione è riuscita ad ottenere consensi dai "più" del settore ed è ancora considerata un approccio fondamentale alla risoluzione del problema della criminalità: la nuova affermazione

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

della funzione rieducativa della pena, della sua validità teorica e del suo riflesso politico-criminale non deve indurre nell'errore che la rieducazione si debba riferire al singolo soggetto (in quanto autore di un reato) mediante azioni volte a modificarne la personalità sin dalla radice ma, di contro, tali azioni devono essere intese quali strumenti di protezione dei beni giuridici comuni.

In puntuale coincidenza con la data di crisi della ideologia rieducativa e della risocializzazione, emergono nuovi paradigmi come quello della giustizia riparativa: esso fonda la sua ragion d'essere sulle necessità di ipotizzare un sistema penalistico (e, quindi, penitenziario) teorico capace di armonizzare le diverse ideologie già esistenti della retribuzione e della prevenzione, integrando e definendo quanto già proposto dalle teorie della risocializzazione e, al contempo, di promuovere lo sviluppo di un sistema pratico e concreto di nuove forme di trattamento in grado di ridurre il conflitto all'interno delle dinamiche sociali (*...se la commissione di un reato crea una frattura tra la persona autrice dell'illecito e la società nella quale lo stesso è avvenuto, l'intervento\pena deve occuparsi anche di quella relazione e di riparare la frattura sociale...*)⁶⁵.

La giustizia riparativa appartiene al più ampio concetto di "cultura riparativa", quale disciplina che interessa tutti gli ambienti sociali di tipo relazionale. Per quanto strettamente concernente con il nostro studio, si caratterizza dal fatto che pone l'obbiettivo di costruire quelle condizioni di responsabilizzazione, riparazione, riconciliazione che rispondono alle esigenze preventive, configurando la risposta al

⁶⁵ Patrizia Patrizi, *Manuale di Psicologia giuridica minorile*, Carocci Editore, Roma, 2012, pag. 283.

reato come un progetto coerente con l'intento, appunto, riparatore. Essa gode dell'ambizione di cercare di "giustificare" (far tornare ad essere giusti) i rapporti che non lo sono stati o che non lo sono più; non concepisce la giustizia come l'esito teorico e impersonale di una procedura compensativa, bensì mira a ricomporla con riguardo alle relazioni personali e sociali su cui il reato abbia inciso. Non si può sperare in una riuscita nell'intento di prevenzione del sistema penitenziario come effetto futuro di una prassi sanzionatoria che, al contempo, non si occupa di ricucire alcunché rispetto alle relazioni tra autore e vittima di reato. Piuttosto, intende configurarsi come strumento che – riaffermando attraverso le sue modalità i valori di rilievo sociale contraddetti dal reato e sollecitando un giudizio, e un'assunzione di responsabilità, nei suoi confronti da parte dell'autore – assume implicitamente una capacità preventiva.

L'eventuale apertura al riconoscimento della funzione riparativa del sistema sanzionatorio, sarebbe ancor più plausibile nel caso in cui quest'ultimo si disconnettesse dalla correlazione tra reato e condanna alla detenzione quale unica forma punitiva. Superare questo preconcetto del punire (tipica scelta prettamente politica) significherebbe, pertanto, muoversi verso un'impostazione nuova, che possa riflettere su come i contenuti della risposta al reato possano davvero gestire in modo efficace l'avvenuto realizzarsi del fatto oggetto di contestazione, evitando di ritenere che la previsione di un equivalente detentivo rispetto al reato risponda in modo automatico alle esigenze politico-criminali, salva solo la necessità di modularne il *quantum*. La reclusione domiciliare, la messa alla prova per gli adulti (d.L. 67\2014), l'artt. 464-bis, co. 4, lett. c, c.p.p. e 141-ter, co. 3, att. c.p.p. riferiti alla possibilità di attivare una

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

mediazione penale con la persona offesa⁶⁶, sono piccoli passi orientati verso una giustizia nuova, positiva, propositiva, appunto, riparativa.

La giustizia riparativa corrisponde ad una vera e propria rivoluzione del processo, in quanto apre a quella dimensione del dialogo tra le parti che l'esigenza fondamentale di salvaguardia del principio *nemo tenetur se detegere* (art. 198 c.p.p. principio secondo cui nessuno è tenuto a rendere dichiarazioni a se sfavorevoli) aveva reso impraticabile. L'autore di un reato, posto di fronte ad un procedimento penale che potrebbe esporlo all'espiazione di una pena, altro non può fare che difendersi: non ci sarebbe spazio né per discutere dei suoi contenuti, né, tantomeno, per un'ammissione senza inconvenienti di responsabilità proprie.

La prospettiva riparativistica permetterebbe di concepire la risposta al reato come un percorso piuttosto che come un danno, che farebbe sorgere un interesse dello stesso autore di reato a contribuire, o addirittura ad attivarsi sul piano riparativo, affinché quel percorso possa risultare il migliore possibile anche rispetto alle sue esigenze e alla sua personalità, con l'ulteriore conseguenza per cui un progetto sanzionatorio che in qualche modo abbia visto il coinvolgimento, anche in sede di condanna, del suo destinatario rappresenta, comunque, un disincentivo ad addivenire a qualsivoglia forma di gravame avverso un'eventuale sentenza (almeno nei casi in cui la responsabilità del soggetto interessato non appaia seriamente discutibile).

⁶⁶ Alla mediazione penale s'era fatto riferimento, in precedenza, solo all'art. 29, co. 4, d.lgs. n. 274/2000, sebbene l'utilizzo pratico della stessa abbia riguardato, in senso del tutto prevalente, il settore penale minorile, dati gli spazi discrezionali assai estesi offerti dagli articoli 9 e 28 d.P.R. n. 448/1988.

La giustizia riparativa, inoltre, fa sì che, in tutte le fasi del procedimento penale si possa dialogare sul reato, il che costituisce l'innovazione più radicale rispetto alla storia dei sistemi penali. Attraverso la mediazione, infatti, si crea uno spazio all'interno del quale si rendono praticabili una rielaborazione e un confronto circa la vicenda dell'illecito realizzatosi, senza che ciò comporti eventuali conseguenze in *malam partem*⁶⁷. Al giudice sarebbe dunque riportata una valutazione sulla qualità del percorso svolto all'interno di quello spazio, con riguardo all'atteggiamento assunto nel rapporto con la vittima dal soggetto sottoposto a processo, ma nulla sarebbe riferito quanto a eventuali ammissioni, dirette o indirette, di responsabilità.

In aggiunto, il dialogo reso possibile sul reato consente altresì di riconsegnare un ruolo cardine nella strategia preventiva alla ricostruzione della verità, con ciò intendendosi non solo la verità dei fatti e delle connesse responsabilità, ma altresì quella sui motivi, sui contesti umani e sulle vicende personali che abbiano caratterizzato la commissione del reato. Una verità che per lo più non è conosciuta neppure dal soggetto che sappia se stesso autore dell'illecito, eppure elemento focale utile al superamento della frattura rappresentata dal reato nel rapporto con la vittima e per un mutamento stabile delle scelte comportamentali: si tratta di una verità che può essere accostata solo in un contesto di dialogo, nel quale sia resa possibile l'apertura alla sincerità⁶⁸.

Una certa azione (reato) messa in essere da parte di un determinato soggetto (autore) può essere tale da provocare un certo evento dannoso a carico di chi la subisce

⁶⁷ Tale principio viene applicato alla messa alla prova, procedura in cui non è necessario assumersi responsabilità di quanto contestato per potervi accedere.

⁶⁸ Luciano Eusebi, *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. vademecum per un'evoluzione necessaria*, in in G. Mannozi - G. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Il Mulino, Bologna, 2015, pagg. 97-118.

(vittima): tale conseguenza necessita di un intervento capace di ristabilire l'equilibrio che esisteva prima che quel fatto avvenisse: lo scopo della politica è stato (storicamente) quello di infliggere una determinata pena nei confronti dell'autore di quella particolare azione in modo da ristabilire un equilibrio tra chi ha commesso il fatto e la società tutta ⁶⁹ disinteressandosi (o meglio, dimenticandosi) della relazione diretta tra autore e vittima e senza che, tra l'azione commessa e la punizione stessa, possa intravedersi alcuna connessione o nesso eziologico (art. 575 c.p. chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno: in questo dettato normativo, come negli altri, non si nota riferimento alcuno ad una riparazione di relazioni, alla persona dell'autore e tantomeno della vittima. In merito, paradossalmente, la legge del taglione risulterebbe essere sicuramente più coerente con il principio di ristabilire l'ordine relazionale ma, naturalmente, lungi dalle intenzioni dello scrivente giustificare o legittimare un ordinamento penitenziario fondato su principi di tale natura). Un principio cardine della nostra Costituzione democratica è quello dettato dall'art. 112 Cost. secondo cui il Pubblico Ministero è obbligato all'esercizio dell'azione penale; quest'ultima implica che il magistrato sia tenuto a mettere in moto l'attività di indagine ogni volta venga a conoscenza di una notizia di reato ed in qualsiasi modo gli derivi questa conoscenza. Il pubblico ministero è un complesso di uffici che rappresentano nel procedimento penale l'interesse generale dello Stato alla repressione dei reati. Esso, nell'adempire a questo compito, si sostituisce a colui che ha subito il danno e, nel farlo, rappresenta l'interesse dell'intera

⁶⁹ Fondamentalmente allo scopo di godere consenso popolare.

collettività che, seppur non direttamente interessata, si sente lesa per via di quella determinata azione. Questo è uno dei principi cardine del processo penale che, per tradurlo nel contesto che ci interessa, consiste nell'attivare le procedure necessarie affinché si possa addivenire ad una retribuzione collettiva o ad una prevenzione generale o speciale ma non si fa alcun riferimento alla tutela della vittima, alla rigenerazione della relazione spaccata tra l'autore, il soggetto danneggiato e l'intera comunità per causa del reato e, ancor meno, ad una riparazione e quindi ad un'equa retribuzione personale e comune. Partendo da questo presupposto, si evince chiaramente come il concetto di pena rappresentato nei nostri codici non sia sicuramente confacente con i modelli riparativi di cui si è appena fatto cenno e, inoltre, se è vero (com'è vero), che la disposizione dell'obbligatorietà all'azione penale è volta a garantire, oltre all'indipendenza del pubblico ministero quale organo appartenente alla magistratura, anche e principalmente, l'eguaglianza dei cittadini davanti alla legge (art. 3 Cost.), pare legittimo domandarsi se la predisposizione classica di un sistema penitenziario che si fonda sul concetto di pena correlato ad un determinato reato (tale il reato, tale la pena), piuttosto che un sistema attento alla persona dell'autore ed alla relazione di quest'ultimo con la sua vittima e con la società in generale, soddisfi realmente l'esigenza costituzionale di egualità. Di contro, lo scopo della norma giuridica, intesa quale scienza rivolta allo studio della regolazione dei rapporti tra i consociati, dev'essere quello di permettere che l'equilibrio, ormai sbilanciato a causa dell'evento dannoso, venga rigenerato, senza null'altro pretendere da qualsiasi ulteriore tipo di necessità ulteriore.

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

Urge evidenziare che lo scopo delle funzioni general preventiva e special preventiva della pena godono, in egual misura, legittimamente di valida ragion d'essere in considerazione della necessità di imprimere una certa intimidazione nei confronti di chi, anche non di sovente, sia solito a commettere reati. Per tale ragione, si conviene pienamente con riconoscere, quale legittimo, l'interesse dell'intera comunità alla repressione dei reati⁷⁰, come, inoltre, si concorda sul fatto che l'applicazione della pena

⁷⁰ Sarebbe legittimo (ma non condivisibile) ipotizzare ad una privatizzazione del diritto penitenziario, estrapolandolo dal contesto pubblicistico, facendo sì che la pena per un determinato reato sia specifica per quella persona, per quella personalità, per quel contesto e per quel momento storico. *La giustizia riparativa supera la logica di un diritto penale che offra ai bisogni della vittima una risposta nella sostanza simbolica, rappresentata dal quantum della sanzione inflitta. Una risposta che non muta alcunché circa il fatto costituito dal tradimento del rapporto fiduciario tra le persone insito nel reato, eludendo, così, l'esigenza della vittima di vedere quel tradimento rimarginarsi, per quanto possibile, ad opera dell'unica persona che può agire a tal fine in un modo non solo figurato: cioè ad opera del medesimo soggetto che abbia prodotto una simile frattura. Né si tratta di un'esigenza fatta propria dalla vittima a suo esclusivo beneficio: quante volte abbiamo sentito le vittime auspicare che quanto accaduto serva, almeno, affinché non accada più! Vi è nella vittima un bisogno di socializzazione del suo dolore, così che esso non resti vano, e così che la stessa attesa, da parte della medesima, di una condotta riparativa abbia il significato di un contributo rivolto a contrastare la possibilità che altri raccolga lo stile comportamentale soggiacente al crimine posto in essere (possibilità che non trova un contrasto stabile nel fatto, solo contingente, di un'avvenuta condanna penale). La vittima non ha bisogno di una vendetta, e nemmeno di umiliare l'autore del reato. Ha bisogno, piuttosto, di un atto di umiltà, dopo la prevaricazione patita, che segnali l'ammissione di un'ingiustizia (o quantomeno che segnali, ove il diritto non richieda per l'accesso a percorsi riparativi un'ammissione di colpevolezza, la disponibilità dell'indagato ad agire secondo giustizia). La pena intesa come ritorsione, del resto, rischia di vittimizzare ulteriormente la persona offesa dal reato, comportando in lei la percezione del fatto che l'esperienza patita, oltre a procurarle sofferenza, l'abbia resa peggiore, cioè capace di desiderare il male di un altro individuo: con riflessi frequenti di chiusura verso gli altri e di inespressa colpevolizzazione. Ancor più in quanto il modello punitivo classico implica una sorta di spinta strutturale a incrementare l'entità delle pene: posto che se l'unico modo offerto dal sistema penale per far valere la gravità di un reato è il quantum della condanna, si entra nella spirale inevitabile in forza della quale ove non siano stati raggiunti i livelli sanzionatori massimi non risulterebbe stigmatizzata adeguatamente l'inaccettabilità di una data condotta illecita. Tutto questo rende manifesto come il recupero dell'attenzione per il ruolo della vittima nell'ambito della giustizia riparativa rivesta un significato di carattere politico-criminale, e non di riconduzione delle scelte sanzionatorie alla sfera privata: prospettiva, quest'ultima, che finirebbe per riconsegnare il sistema penale a incontrollabili istanze emotive, e dunque a ogni genere di rivalsa. Mai, di conseguenza, la decisione sull'accettabilità o sulla validità di un percorso riparativo potrà essere affidata, anche solo indirettamente, alla vittima. A tal proposito dovrà pur sempre agire, piuttosto, un soggetto super partes, sia esso giudice o mediatore, che risulti in grado di valutare – anche attraverso un giudizio sull'atteggiamento tenuto dalla vittima stessa (o sul ruolo che le sia attribuito) – se le condotte (o le proposte) di carattere riparativo di chi sia indicato quale autore del reato risultino significative rispetto al modello di prevenzione accolto dal sistema penale". Luciano Eusebi, *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. vademecum per**

dott. Nicola Fresu,

*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*

Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

debba avere una ripercussione ed un riverbero sull'intera comunità (socializzazione della pena) ma, di contro, non si condivide il fatto che il sistema penitenziario debba reggersi esclusivamente sul concetto di punizione e di rieducazione (concetti non contestati nella rispettiva essenza ma solo nella loro applicazione assolutistica) senza che venga presa in considerazione l'importanza della riparazione: la rottura relazionale avvenuta a seguito di un attentato terroristico realizzato da parte di un estremista, catturato e poi sottoposto a detenzione, soddisferebbe l'interesse dello Stato alla repressione dei reati ma non gratificherebbe completamente il senso comune di giustizia, non permetterebbe all'autore di meditare su quanto commesso per una eventuale rieducazione ed una conseguente risocializzazione: in questo modo ci si limiterebbe a prendere in mano un problema e chiuderlo in una cella, senza però risolverlo concretamente. La giustizia riparativa prevede una riparazione attiva dei danni ed una gestione partecipata del conflitto: nella sua *ratio* viene messa in primo piano, non solo, il rapporto vittima ed autore di un reato, ma anche la relazione tra la norma ed una risposta sociale capace di riflettere attentamente e scientemente sull'azione criminale; si tratta di un approccio che si occupa non dell'illecito penale ma, bensì, del danno prodotto da un individuo e subito da altro soggetto privato o giuridico.

Tale principio si può applicare in altri settori del diritto e della società quali la scuola, i condomini, le aziende, le comunità di tipo familiare ed altri ancora⁷¹ e, per quanto concerne la materia di studio in esame, ci si propone di applicarla al diritto di

un'evoluzione necessaria, in in G. Mannozi - G. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Il Mulino, Bologna, 2015.

⁷¹ Patrizia Patrizi, *Manuale di Psicologia giuridica minorile*, Carocci Editore, Roma, 2012, pag. 284.

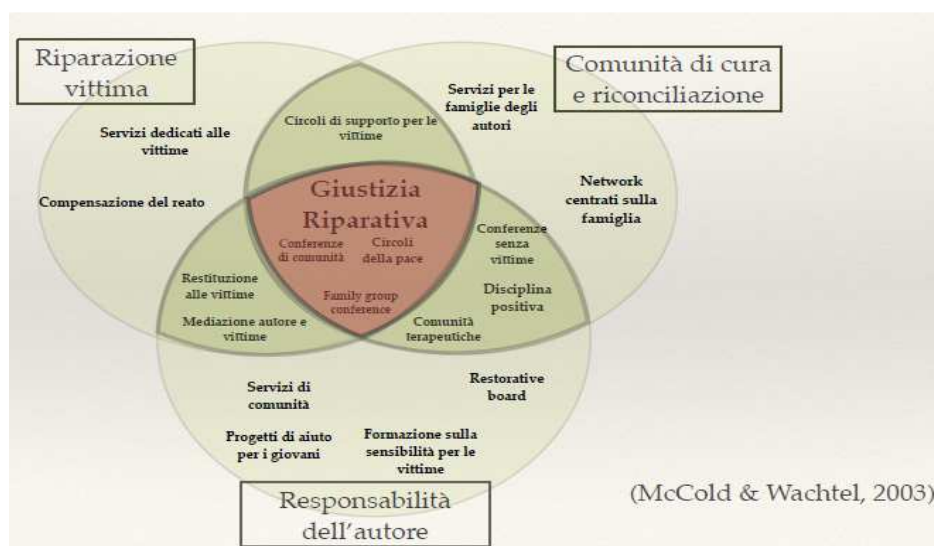
famiglia ipotizzando un approccio riparativo alla tutela dei rapporti giuridici familiari del detenuto.

È importante evidenziare che, nell'ambito familiare, essa può influenzare le modalità di approccio riferite al contesto educativo, alla responsabilità genitoriale, al rapporto con gli ascendenti, mediante l'applicazione di determinate azioni appartenenti, appunto, alla cultura riparativa (es. nei rapporti con i figli: educare un figlio mediante l'ascolto ed il confronto piuttosto che per mezzo di punizioni e privazioni evitando, in questo modo, di alimentare percezioni di conflitto che potrebbero gravare sull'evoluzione cognitiva del minore – es. nei rapporti con il coniuge: affrontare situazioni di crisi di coppia secondo determinate azioni volte ad affrontare lo scontro in maniera riparativa e, quindi, ricostruttiva dei legami piuttosto che distruttiva). Comunemente si tende a parlare di mediazione familiare per intendere tutte le azioni riparative attivate all'interno di un nucleo ma, com'è facile intuire, questo strumento è solo un'azione di un contenuto molto più ampio.

Come già detto all'inizio del testo, il diritto di famiglia definisce le norme poste a tutela dei membri di cui è composta in relazione al contesto sociale all'interno del quale la famiglia stessa coltiva le proprie relazioni. Pertanto, tenuto conto che, nella maggior parte dei casi in cui un individuo commette un reato a danni di un altro individuo le conseguenze che ne derivano interessano anche il rapporto dell'autore con la propria famiglia, nonché, con la famiglia della vittima, si ritiene essenziale trattare dell'argomento facendo riferimento alle funzioni riparative della pena in correlazione alle relazioni lese o, più genericamente, nei quali si ripercuote l'accaduto.

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

Al solo scopo di facilitare ed incentivare la comprensione della capacità della funzione riparativa della pena in correlazione con il diritto di famiglia e, più genericamente, con la struttura della famiglia, si riporta di seguito un grafico elaborato da Mc Cold⁷² contenente diverse forme di interventi:



73

“Nei tre cerchi principali sono indicati i soggetti che normalmente sono interessati dalla commissione di un reato: il reo, la vittima e la comunità. Gli interventi operati attraverso la giustizia operativa sono, dunque, orientati, in modo più o meno intenso, verso uno o più dei destinatari sopra citati. McCold distingue tre tipi di approccio:

- Completamente riparativo: l'autore vi include solo le conferenze della pace, il *family group conferencing* e le conferenze di comunità. Tali istituti sono considerati completamente riparativi perché la riparazione coinvolge tutti

⁷² P. McCold, *Types and Degrees of Restorative Practice*, in "RJF", 1999 in <http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/mediaz/maglione/cap3.htm>.

⁷³ Figura I – Mc Cold & Wachtel, 2003, in *Lezioni di Psicologia giuridica e modelli di giustizia riparativa* a.a. 2016\2017 – Prof.ssa Patrizia Patrizi, Ordinaria di Psicologia giuridica e Modelli Riparativi presso DUMAS - Uniss.

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
 nella Teoria generale del diritto di famiglia*
 Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
 Università degli Studi di Sassari

coloro che sono stati interessati dalla commissione di un reato; è interessante notare come vi sia inclusa la comunità che si pone contemporaneamente come attore del percorso di pace e come beneficiario della riparazione;

- Principalmente riparativo: racchiude un ventaglio di interventi più ampio, tra cui la mediazione autore-vittima in quanto esclude dall'area delle politiche riparative la partecipazione della comunità. Per motivi analoghi vi sono inclusi il servizi di supporto alla vittima (che include la comunità ma esclude il reo) e Comunità terapeutiche (che includono il reo e la comunità ma escludono la vittima);
- Parzialmente riparativo: comprende quegli istituti che hanno componenti riparative marginali e che, di norma, coinvolgono una sola delle parti in conflitto, come la compensazione del reato che si rivolge alla vittima, prescindendo dal processo di auto-responsabilizzazione del reo e dal senso di sicurezza collettivo.”⁷⁴

Ciò posto, volendo anticipare quanto di seguito meglio si esplicherà in proposito, l'analisi del diritto di famiglia necessita di essere approcciata secondo un'ottica di diritto sociale, propenso alla tutela dei rapporti che si articolano all'interno del gruppo familiare e proiettato verso la riparazione delle relazioni ad esse interne od esterne allo scopo di garantire un comune stato di benessere dell'intera comunità.

⁷⁴ <http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/mediaz/maglione/cap3.htm>.

Nel capitolo che segue, ci si prospetta di esplicitare le ragioni per cui si ritiene che il diritto di famiglia appartenga al *genus* del diritto sociale per poi applicare le teorie sino esposte alla tutela giuridica dei rapporti familiari del detenuto.

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

CAPITOLO SECONDO

LA FAMIGLIA COME FATTO SOCIALE

Sommario: 2.1 *Le teorie contrapposte: la famiglia tra il diritto pubblico ed il diritto privato* - 2.2 *Diritto individuale e diritto sociale in un “ambiente – ecologico”*: la famiglia come diritto sociale - 2.3 *La Psicologia giuridica e Sociale: un punto di congiunzione tra realtà giuridica ed effettività della norma.*

2.1 Le teorie contrapposte: la famiglia tra il diritto pubblico ed il diritto privato

L’approccio utilizzato per lo studio oggetto di attenzione, come detto, cerca di trarre ispirazione dall’analisi di quella dottrina generale del diritto che ritiene l’istituto della famiglia appartenente al diritto sociale. Tale scelta risulta trovare fondamento nella consapevolezza che, come anticipato nella fase introduttiva, l’approccio alle problematiche riferite alla tutela dei diritti familiari in relazione alla persona del soggetto internato o detenuto non può avvalersi di soli strumenti privatistici ma, al contrario, deve dotarsi di argomentazioni riferite a teorie giuspubblicistiche, metaprivatistiche ed a quelle teorie appartenenti alle scienze psico-sociali, attente all’analisi sistematica della società. Pertanto, prima di passare all’esposizione concreta di quanto premesso, occorre legittimare lo strumento di ricerca citato esponendone i tratti più significativi dai quali più facilmente si possa giustificare la scelta indicata.

Secondo la concezione ormai predominante la materia del diritto di famiglia rientra esclusivamente nelle competenze del diritto privato in virtù del fatto che essa

dott. Nicola Fresu,
*L’analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

costituisce disciplina comune dei rapporti tra soggetti privati (appunto) volta a garantire e tutelare quei particolari interessi dei componenti della famiglia pur svolgendo un'essenziale funzione sociale. Prima di conferire definitivamente tale appartenenza giuridica all'istituto che ci interessa, escludendone a priori una possibile appartenenza ad altro ramo, occorre approfondirne gli elementi caratterizzanti. Preliminarmente, è importante ricordare che, in natura, la famiglia potrebbe fare completamente a meno del diritto per via del suo carattere emozionale e della sua capacità autogestionale ed organizzativa: una tesi, questa, imputata a Karl Marx il quale, sostenendo che il diritto non ha altra finalità se non quella di imporre e di amministrare le diseguaglianze economiche, osserva come la nozione stessa di diritto di famiglia sembri celare una contraddizione⁷⁵.

L'analisi complessiva della disciplina è preposta, storicamente, allo studio del matrimonio, inteso quale atto e come rapporto e, la quale analisi, permette di ipotizzare la natura giuspubblicistica del diritto di famiglia. *In primis sobolis procreatio ad statum rei publicae pertinet* (nella prima generazione, l'istituto matrimoniale apparteneva allo stato): tale concetto, venne trattato nel testo Giustiniano in cui questa unione viene inquadrata nello *jus naturale* che, a sua volta, ricade nella tripartizione cui dà luogo il *jus privatum*, inteso come, lo *jus quod ad singulorum utilitatem pertinet* (il diritto che appartiene al vantaggio di ogni singolo individuo), o meglio, il diritto che si contrappone allo *jus publicum*. Tale osservazione non deve, di contro, indurre a categorizzare a priori l'istituto del matrimonio nella categoria giusprivatistica del

⁷⁵ Jeanne Carbonnier, *Flessibile Diritto*, Giuristi Stranieri di Oggi, Giuffrè Editore, 1997, traduzione dell'opera *Flexible Droit*, Paris, 1979, pag. 242.

matrimonio stesso, bensì, dev'essere capace di incutere ragionevoli pensieri e riflessioni sulla sua natura⁷⁶.

La collocazione giusprivatistica del diritto di famiglia, acquisita seguendo i principi guida del *Code Civil* Francese, non rappresenta la perdita della sua impronta giuspubblicistica: le due differenti collocazioni stimolano il dibattito sulla natura prevalentemente metaprivatistica giuspubblicistica, da un lato e, più marcatamente giusprivatistica, dall'altro in un dibattito che ha visto "confrontarsi" le teorie di Antonio Cicu contro quelle di Filippo Vassalli. La famiglia rappresenta, secondo la prima categoria (Cicu), la vita e la forza delle istituzioni e dello Stato, corrisponde ad un complesso di norme di ordine pubblico che viene inserito nel Libro primo del Codice Civile per via del suo carattere di diritto generale che questo conserva. D'altro canto, la seconda categoria di pensiero (Vassalli), sostiene che la famiglia sia dotata del solo carattere negoziale plurilaterale fondato su un consenso paritetico di due soggetti. Una visione dell'istituto metaindividuale contro un'altra visione assolutamente individualista. La disciplina privatistica sostiene, appunto, la necessità di una privatizzazione del diritto di famiglia, da intendersi come la predisposizione di una tutela massima dell'individuo rispetto a quella del gruppo di cui faccia parte mentre, d'inverso, l'approccio contrario, fonda la sua ragione sulla consapevolezza che la tutela individuale concepito nell'ambito privatistico interagisce, volente o nolente, con il contesto sociale in cui si evolve come nel caso di un possibile scioglimento del nucleo familiare che, disgregandosi appunto, si frazionerebbe dando vita ad altre formazioni

⁷⁶ Alberto Donati, *La famiglia tra diritto pubblico e diritto privato*, Cedam, 2004, Padova, pag. 9.

sociali, le quali necessiterebbero di una tutela che tenga conto del contesto in cui si verrebbero a creare.

Si parta del presupposto essenziale per cui la famiglia non gode di soggettività giuridica (né di autonomia) rispetto ai suoi componenti; su di essa non è imputabile alcun diritto o dovere ma questi possono gravare sui singoli componenti. Gli interessi familiari sono in larga parte interessi indisponibili, poiché tale indisponibilità dipende semplicemente dal fatto che si tratta di interessi fondamentali della persona e non dalla circostanza di essere finalizzati alla realizzazione di scopi di natura pubblicistica (vedi art. 28 ord. pen.). Pare necessario evidenziare che, ove venisse confermato che il diritto di famiglia avesse perseguito anche uno solo di questi scopi, sarebbe assolutamente legittimo ipotizzare la sua appartenenza (anche se solo relativa) alle materie di diritto pubblico. Tesi ormai superate e a favore delle quali difficilmente si può acquisire consenso, inquadravano la materia in esame nell'alveo dei connotati pubblicistici⁷⁷ in virtù dell'interesse pubblico connesso alla formazione della famiglia vista come pilastro portante dello Stato (si fa riferimento al periodo totalitario del fascismo⁷⁸ in cui i nuclei familiari venivano omologati ai principi militaristici dell'epoca allo scopo di, prima, dare vita e, conseguentemente, rafforzare la dittatura) in un contesto in cui gli interessi dei singoli familiari potevano essere sacrificati nel nome del superiore interesse della famiglia. Tanto detto, qualunque idea si abbia del matrimonio quale atto giuridico, non

⁷⁷ Il diritto pubblico è inteso come la disciplina deputata allo studio di tutta la normativa rivolta al diretto interesse collettivo.

⁷⁸ Il ruolo della famiglia quale centro di conservazione e rafforzamento dei principi politici ha interessato anche i Paesi Socialisti nell'indottrinamento dei propri consociati: vedi Tadevossian, in *Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines* (Travaux des VIIIes Journées d'études juridiques J. Dabin), Buxelles, 1978.

sarebbe teoricamente tale da giustificare l'elevazione del diritto di famiglia al rango di materia esclusivamente pubblicistica: la circostanza che la celebrazione dell'unione coniugale civile richieda la presenza dell'ufficiale di stato civile non è certamente sufficiente a far assumere allo Stato diritti e doveri nei confronti degli sposi in considerazione del fatto che, lo Stato stesso seppur per il tramite dell'intervento dell'Ufficiale di stato civile, non può definirsi destinatario di alcuno degli effetti propri del matrimonio. Come infatti sottolineato più volte dalla miglior dottrina, la dichiarazione dell'Ufficiale di stato civile con cui si accerta che le parti sono unite in matrimonio vale come atto di mera accertazione, rivolto (tra gli altri scopi) a renderlo opponibile *erga omnes*. In aggiunta, di fatti, l'atto di matrimonio non potrebbe dirsi un atto di diritto pubblico, non essendo i coniugi in alcun modo vincolati al perseguimento di finalità di interesse comune (in merito, a sostegno della tesi pubblicistica, Antonio Cicu: “è lo Stato che unisce in matrimonio ... lo Stato non interviene come estraneo. Si ha invece un interesse familiare assunto ad interesse statale”⁷⁹). Del resto, la concezione pubblicistica della famiglia, secondo la dottrina dominante, rappresenta un'insidia pericolosissima per le libertà individuali, rendendo permeabile quella che è la primaria agenzia educativa agli interessi e ai valori autoritativamente imposti dall'esterno. Non a caso l'idea della famiglia come “istituto sociale e politico” fu, come detto, fortemente sostenuta dal fascismo, il quale, oltre a piegare la famiglia ad esigenze di politica demografica e di tutela della “razza”, riuscì a far approvare l'inserimento nel codice civile di una norma con cui si obbligavano i genitori ad impartire ai figli

⁷⁹ Antonio Cicu, *Il diritto di famiglia – Teoria generale*, Editore Athenaeum, Roma 1914, pag. 220 – ristampa a cura di Michele Sesta, Forni Editore, 1978 Bologna, pag. 220.

un'educazione ed un'istruzione conformi “ai princìpi della morale e al sentimento nazionale fascista” (art. 147, comma 2, c.c., nel testo originario)⁸⁰.

È altrettanto importante evidenziare che il ruolo che la famiglia ha svolto e conservato nella società mantiene, obbiettivamente, vivo un carattere politico importante, quale quello di rappresentare un fattore di conservazione dell'assetto sociale esistente⁸¹: tale ruolo si concretizza (tra gli altri) nelle lettere di cui agli artt. 316 e 316 bis c.c. in cui si impone agli esercenti la responsabilità genitoriale di educare, mantenere ed istruire i propri figli nel rispetto delle proprie inclinazioni e si manifesta nel fatto stesso che l'educazione impartita dai genitori in favore della propria prole ha un impatto diretto e concreto nella costituzione di valori morali ed ideologici dell'intera società e viceversa. Tale impatto impone di proporre una rivalutazione dell'approccio alla materia in esame suggerendo una strada interpretativa del concetto di “interesse pubblico” come un interesse non per forza totalitario (ma sociale) ed il concetto di privatizzazione del diritto di famiglia in un duplice senso, attivo e passivo, in modo da giustificare una pubblicizzazione trasversale o, come meglio esplicito di seguito, una nuova concezione sociale. Tradizionalmente, si ritiene che l'interesse “superiore” della famiglia corrisponda alla manifestazione impositiva di una determinata ideologia di potere da parte dello Stato⁸² (rivolta alla conservazione della società politica e della patria) ma, una differente e trasversale rilettura del concetto, permetterebbe l'identificazione del reale interesse superiore, appunto, all'interno di una prospettiva

⁸⁰ Francesco Prospero, *La famiglia nell'ordinamento giuridico*, Dir. famiglia, fasc.2, 2008, pag. 790.

⁸¹ La funzione politica di conservazione dell'assetto sociale (e la relativa paura dello sgretolamento dello stesso) è la ragione per cui il cittadino non concede con facilità la possibilità allo Stato di estendere i diritti della famiglia ad altri nuclei sociali.

⁸² *Ubi supra*, pag. 61.

comunitaria composta da una serie di norme intese a valorizzare gli interessi comuni delle persone che partecipano al gruppo: non esiste un interesse comune dello Stato da salvaguardare ma esiste un interesse comune della collettività inteso come un unico complesso articolato composto dalla somma degli interessi individuali dei singoli consociati.⁸³ In tale contesto, la pretesa privatistica di disciplinare i rapporti familiari intendendoli quali legami esclusivamente individuali e riferiti al solo contesto famiglia, non può godere di totale approvazione, per via del fatto che la tutela del singolo in relazione alla vita familiare si ripercuote inequivocabilmente nel contesto sociale e viceversa. Tale teoria si fonda sul disposto di cui all'art. 2 della Costituzione, secondo cui le esigenze fondamentali di ciascun membro della famiglia possono essere limitate nell'interesse di tutti ma non totalmente sacrificate (a titolo esemplificativo, si fa riferimento al caso per cui non si potrebbe impedire ad un familiare di lavorare ma, in eguale modo, tempi e modalità dell'attività lavorativa possono essere condizionati dalle esigenze della famiglia concretizzando una leggera soppressione dell'interesse dell'individuo in favore di quello della famiglia): art. 2 Cost., *La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di*

⁸³ “Nel riferimento all'esistenza di un interesse metaindividuale, non si può vedere che una metafisica della famiglia: i nostri ordinamenti positivi non ci danno notizia d'altra volontà che di quella dei singoli soggetti, marito, moglie, figli, tutore, ecc... e contengono l'esplicazione di codeste volontà individuali in limiti che meglio valgono a coordinarle con interessi e con fini che non sono quelli dei titolari stessi del diritto; ma ciò, a ben considerare, è proprio di ogni norma giuridica, se la norma è limite, principio d'ordine, mezzo di attuazione della convivenza sociale. Il superiore interesse della famiglia non deve indurre a ritenere che quest'ultima abbia una personalità giuridica separata da quella afferente a ciascuno dei suoi membri. L'art. 29 cost. concepisce la famiglia come organismo etico. Ed infatti, dall'accoglimento della concezione organica dello Stato da parte della Costituzione, non può non seguire la concezione organica della famiglia, essendo le due configurazioni interdipendenti: in Alberto Donati, *La famiglia tra diritto pubblico e diritto privato*, Cedam, 2004, Padova, pag. 222.

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

solidarietà politica, economica e sociale. Anche nella Costituzione la funzione sociale propria della famiglia, peraltro apertamente svincolata da prospettive statualistiche ed anzi ad esse manifestamente ostile, è di tutta evidenza. Ciò emerge, anzitutto, dalla stessa collocazione delle relative disposizioni nell'ambito dei rapporti etico-sociali, nonché dal tenore complessivo dell'art. 29 Cost., che, a ben vedere, sembra riecheggiare il noto passo ciceroniano con la quale si fa riferimento alla famiglia quale cellula del corpo sociale⁸⁴ (vedi pagina successiva). Esso, infatti, singolarmente appare quasi rispecchiarsi nella formula della Costituzione che, appunto, riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. La lettura correlata degli artt. 2 e 29 Cost. permette, inoltre, un'analisi utile e semplice del concetto di socializzazione del diritto di famiglia: la frase “la famiglia è una società naturale” (art. 29, 1° comma Cost.), si tradurrebbe nella seguente: “la famiglia è una formazione sociale” con la quale l'art. 2 Cost. indica i diversi luoghi di formazione della personalità individuale. Società naturale sarebbe, perciò, l'equivalente dell'espressione “formazione sociale”.

Non può sfuggire come il termine natura (intorno al quale tanto si era dibattuto in sede di Assemblea costituente) campeggi proprio nel citato aforisma ciceroniano, così come ivi compaia un esplicito riferimento alla società e anche al matrimonio al punto che sembra che il costituente abbia proprio parafrasato il più volte menzionato passo del *De Officiis*. Si osservi, invero, che Cicerone si riferisce anche ai *communa*

⁸⁴ “L'idea della famiglia cellula sociale tuttavia rimane vivace, non meno dell'ipotesi correlativa di un'armonia prestabilita fra ogni monade ed il grande tutto. Ma il fenomeno naturale è in conflitto fra i due. La famiglia è troppo egoista, per non essere antisociale, e la società non può non irritarsi davanti a queste innumerevoli forze. Chi fra noi teme per la famiglia è ossessionato dal pericolo di una disgregazione interna al punto da non vedere più laminaccia che sale dalla società, cioè, in stile moderno, dallo Stato.” Jeanne Carbonnier, *Flessibile Diritto*, Giuristi Stranieri di Oggi, Giuffrè Editore, 1997, traduzione dell'opera *Flexible Droit*, Paris, 1979, pag. 242.

omnia, così giungendo ad affermare che la famiglia si fonda, oltre che sul matrimonio, anche sul patrimonio, mentre l'art. 29 Cost. non contiene riferimenti di carattere patrimoniale. È poi significativo che il comma 2° dello stesso art. 29 Cost., nell'enunciare il canone dell'eguaglianza tra gli sposi, ne consenta limitazioni a garanzia dell'unità familiare, evidentemente proprio in considerazione della funzione sociale che la relazione giuridica coniugale è chiamata a svolgere, così testimoniando emblematicamente la primaria finalità superindividuale riconosciuta dall'ordinamento costituzionale alla famiglia⁸⁵. Non c'è alcun dubbio, quindi, che l'art. 29 Cost. sia derivato da una concezione antistatistica del matrimonio, ma è altrettanto indubbio che con ciò non si è inteso legittimare la privatizzazione di questo istituto.

In nessun campo del diritto civile, come in quello del diritto di famiglia, si avvertono così chiaramente le dinamiche tipicamente conflittuali della realtà sociale vigente. Tale primato si spiega innanzitutto prendendo spunto dalla definizione che sin dall'antichità è stata riservata a quest'istituzione e fino a poc'anzi citata: *seminarium rei publicae*⁸⁶; nel pensiero tradizionale dei giuristi la famiglia costituisce la prima forma di società, nata al fine di soddisfare le esigenze primarie della persona, dalla nascita alla

⁸⁵ Michele Sesta, La famiglia tra funzione sociale e tutele individuali, Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, fasc.2, 1 GIUGNO 2017, pag. 567.

⁸⁶ Cicerone, De officiis, I 54. Il passo del De Officiis riecheggia nel titolo della prolusione tenuta da Antonio Cicu negli anni Venti per inaugurare quell'insegnamento bolognese del diritto civile che avrebbe impartito per trent'anni; in essa, sviluppando argomenti già trattati nella monografia Il diritto di famiglia del 1914, egli prende le mosse proprio dall'aforisma ciceroniano appena menzionato che designa la famiglia quale cellula del corpo sociale, pietra angolare della società, per evidenziare il nesso tra società domestica e società politica, fra famiglia e Stato. Cicu sottolinea come la società familiare si differenzi dalle altre società di diritto privato che scaturiscono da un atto di autonomia privata. In esse, infatti, sono garantite la libertà e l'autonomia di decidere del proprio interesse che, anche ove sia comune, resta sempre apprezzabile e tutelato nella dimensione individuale del privato (vedi cit. 27).

morte e la base della più ampia società civica e statale: essa quindi assolve una essenziale funzione sociale che, nel pensiero di alcuni studiosi, legittimerebbe ad attrarre il diritto di famiglia nell'orbita del diritto pubblico. Così Cicerone sentenziava *“nam cum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi, prima societas in ipso coniugio est, proxima in liberis, deinde una domus, communia omnia; id autem est principium urbis et quasi seminarium rei publicae”* (trad: infatti, poiché per natura è comune a tutti gli animali l'istinto di procreare, la prima società è proprio nel matrimonio, poi nei figli e quindi nell'avere una casa ed ogni cosa in comune; questo è il principio della città e, in un certo qual modo, il semenzaio dello Stato).

Nel pensiero dell'Arpinate, la finalità sociale della famiglia ne costituisce l'essenza stessa ed è quella di costituire addirittura il fondamento della società civica e di preparare la persona a svolgere i compiti richiesti dallo Stato. Se la famiglia rappresenta la cellula germinale della società, è naturale che al suo interno si riproducano, sia pure a scala ridotta, le sensazioni sprigionate quotidianamente nel contesto sociale; inoltre, la sua natura di gruppo tipicamente intermedio (che funge, cioè, da punto di congiunzione tra le aspirazioni intime e personali del singolo e la realtà esterna) mette in evidenza la funzione di filtro da essa assolta, con tutte le conseguenze che ne derivano. Infine, il suo assetto naturalmente plurisoggettivo dà conto delle difficoltà organizzative che da sempre ha incontrato nella perenne alternativa tra ispirazione gerarchica e conformazione egalaritaria. Si comprende, pertanto, il motivo per cui qualunque trattazione dell'evoluzione del diritto di famiglia non può essere soltanto una esposizione del succedersi di regimi normativi ma è

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

innanzitutto una storia del fenomeno sociale: se la famiglia, quale microcosmo esistenziale, è il luogo di svolgimento di conflitti incessantemente fomentati dai consociati in base ai bisogni contingenti della quotidianità, e se tale intreccio costituisce il quadro di riferimento privilegiato nell'applicazione del diritto, ne deriva che l'interprete (più concretamente, il giudice) sarà costantemente sottoposto ad una sollecitazione valutativa che, per la sua naturale mutevolezza, renderà problematica la giustificazione razionale delle più elementari decisioni.

In questo campo, infatti, gli aspetti giuridici si intrecciano in maniera quasi inestricabile con la natura degli interessi coinvolti e con le continue trasformazioni del substrato sociale sul quale vengono a incidere, costringendo il legislatore prima e l'interprete poi, ad un continuo confronto con sollecitazioni e valutazioni di tipo extra-giuridico. L'applicazione della norma, allora, subirà sempre dell'influenza del bagaglio culturale, emotivo o, più in generale, soggettivo di colui che quella norma deve applicare e ciò per un triplice ordine di motivazioni: in questa materia il substrato normativo è costituito da interessi che appartengono alla sfera emozionale piuttosto che, come accade in altri campi del diritto civile, da interessi di consistenza squisitamente patrimoniale; le stesse disposizioni normative si presentano spesso formulate in maniera volutamente generica, lasciando ampi spazi alla sensibilità dell'interprete; molto spesso accade che l'interprete abbia a confrontarsi con esperienze che ha vissuto in prima persona e di cui conosce la portata emozionale prima ancora che giuridica.

Pertanto, richiamando quanto anticipato nelle righe precedenti, alla luce delle osservazioni esposte, sembrerebbe legittimo parlare di diritto di famiglia non tanto

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

come diritto pubblico o privato ma, bensì, come diritto sociale. La netta scissione tra tale prospettiva e quella più tradizionalista risponde al preciso intento di dimostrare che tra le condizioni di effettività di ogni disciplina normativa bisogna in primo luogo annoverare la sua capacità di ripercuotersi direttamente al fenomeno da regolare; elaborare una disciplina della famiglia traendo fondamento da un modello organizzativo diverso da quello reale significa predisporre una serie complessa di regole destinate ad entrare in incessante conflitto con i bisogni reali. E' per questo che i soggetti deputati a produrre diritto dovrebbero, mai come in questo campo, conoscere attentamente ed in tempo reale le peculiarità dell'ambito in cui è destinata a rifluire la futura disciplina, se del caso attraverso l'ausilio di scienze quali la psicologia.

In linea di prima approssimazione, si può osservare che la famiglia è una istituzione sociale universalmente diffusa, la quale si diversifica in una molteplicità di modelli di riferimento e che, proprio per tale duttilità, sfugge ad una definizione di carattere generale e onnicomprensivo.

Alla base dell'istituto familiare si rinviene un'esigenza primaria dell'essere umano rappresentata dalla tensione verso forme di vita aggregata. Nella famiglia, tuttavia, prima ancora che il più generico desiderio alla socialità, si realizza un più specifico e primordiale bisogno, quello che si esprime nell'insieme di aspirazioni legate alla riproduzione della specie, alla sessualità, all'educazione ed all'allevamento della prole.

Non c'è, dunque, alcuna società nella storia che non abbia prodotto una regolamentazione, anche rudimentale, dei rapporti tra uomo e donna e che non abbia

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

provveduto a definire in termini giuridici il vincolo che lega questi soggetti e che da loro si estende alla prole. È necessario evidenziare che ogni società ha, al suo interno, simultaneamente, diversi modelli di famiglia, poiché, soprattutto nella società pluriclasse, ogni gruppo elabora il proprio modo di soddisfare i bisogni di affettività, sessualità, riproduzione.

La famiglia, quindi, si rappresenta come *topos*, come luogo e comunità fisica e sentimentale tra l'uomo, la donna e la loro prole: scorrendo le diverse esperienze storiche emerge un comune tratto caratterizzante che si risolve essenzialmente nella presenza di una struttura unitaria, la quale opera come riferimento per i suoi componenti sia dal punto di vista economico-sociale, in quanto essi vi rinvengono una serie di servizi necessari per il proprio sviluppo, sia dal punto di vista psicologico, perché essa costituisce il luogo di attuazione di relazioni interpersonali e di esigenze attinenti alla sfera emotiva.

Attualmente si assiste ad un inesorabile processo di crisi della concezione tradizionale della famiglia, che si manifesta essenzialmente in due distinte fenomenologie: da un lato una spinta centrifuga verso la disgregazione della monoliticità familiare (tradotta, a livello normativo, nel riconoscimento dell'istituto della separazione prima e del divorzio poi) dall'altro la proliferazione di modelli di famiglia che scardinano i tratti caratteristici essenziali del modello classico, determinandone il suo tramonto quale archetipo organizzativo (es. famiglia monista; famiglia omosessuale; famiglia di fatto; famiglia ricomposta). Ciò contrasta in maniera

stridente con il modello normativo rigidamente ancorato al modello della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio.

*“I rapporti di diritto familiare, dunque, sono essenzialmente diversi da quelli di diritto privato e presentano stretta analogia con quelli di diritto pubblico; il diritto di famiglia nel suo complesso va qualificato come diritto pubblico ... Lo stesso Cicu, ha espresso l’opinione che il diritto di famiglia ha una sua autonomia e non appartiene né al diritto pubblico né al diritto privato. In sostanza si adegna l’idea di quel tertium genus che aveva in origine criticato”.*⁸⁷

Muovendo dalle disposizioni accademiche, costituzionali e codicistiche appena richiamate è dunque possibile concludere che l’ordinamento riconosce alla famiglia una natura sociale che la rende unica nel novero degli istituti del diritto privato, nel quale sicuramente il costituente l’ha collocata. Essa, infatti, è in *re ipsa* chiamata a svolgere una funzione sociale, il che la pone in una posizione distinta rispetto a tutti gli altri istituti privatistici, istituti ai quali, peraltro, non è estraneo il perseguimento di una funzione sociale accanto al soddisfacimento del diritto soggettivo del titolare.

Pertanto, in virtù di quanto sino ad ora esposto, nulla osta affinché si possa pacificamente affermare che allo stato attuale la materia del diritto di famiglia viene, sì, a pieno titolo, inserita nell’alveo delle materie privatistiche ma, al contempo, seppure ancor timidamente, stante la sua collocazione posta al limite tra il diritto pubblico ed il

⁸⁷ Salvatore Pugliatti, *Scritti Giuridici IV volume*, 1958 - 1964, Giuffrè Editore, Milano, 2011, pagg. 744, 745.

diritto privato⁸⁸, viene ricompresa nel contesto delle materie appartenenti al diritto sociale (*tertium genus*, vedi sopra) seppur, quest'ultimo, non goda ancora di rilevanti riconoscimenti scientifici. Tale definizione è ritenuta essenziale per il compimento di uno degli scopi prefissati nel lavoro di ricerca in *esponendo*: tutelare i rapporti familiari del detenuto equivale a garantire una protezione privatistica in termini sociali.

Il principio regolatore sul quale si fonda la teoria che vede il diritto di famiglia quale appartenente al diritto sociale, è sostenuto dagli studi psicologici in materia, i quali, come già anticipato precedentemente, riconoscono la famiglia quale parte di un sistema ancor più complesso, composto (a titolo esemplificativo) dal contesto lavorativo, da quello formativo e, per quello che ci riguarda, da quello detentivo.

2.2 Diritto individuale e diritto sociale in un “ambiente – ecologico”: la famiglia come diritto sociale

La famiglia può, pacificamente, essere definita un vero e proprio mediatore tra

⁸⁸ “ *La materia del diritto di famiglia è da inquadrarsi nel diritto privato perché costituisce disciplina comune dei rapporti tra privati per lo più in posizione paritaria, volta a tutelare i loro interessi. non più attuale è la tesi, affermata in un passato ormai lontano, che individuava nella materia connotati pubblicistici, in virtù dell’interesse pubblico connesso alla formazione della famiglia su certe basi e con particolari caratteristiche, in quanto cellula fondamentale dello Stato (Si parlava infatti di funzione sociale che ha nello stato, la famiglia. Cicu); per la natura superiore degli interessi in gioco (quelli familiari) che si riteneva giustificare una penetrante ingerenza dello Stato stesso nei rapporti di famiglia. Questa tesi era levata infatti alla visione della famiglia proposta da un particolare regime politico (quello fascista), venuta meno con esso.*

È compito dello Stato, invece, realizzare le condizioni necessarie per favorire la nascita e lo sviluppo dei rapporti familiari ed il pieno godimento dei diritti che da essi scaturiscono.

Non si può quindi parlare del diritto di famiglia come di una zona di confine fra diritto privato e diritto pubblico.

*Nell’ambito del diritto privato il diritto di famiglia è la materia che più di ogni altra è stata nel tempo sottoposta a modifiche. La disciplina in vigore risulta pertanto radicalmente rinnovata rispetto a quella del 1865. Cit. Tommaso Auletta, *Diritto Di Famiglia*, Seconda edizione, G.Giapichelli Editore, Torino, 2014, pag. 4*

dott. Nicola Fresu,

*L’analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*

Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

individuo e società, specialmente in alcuni momenti caratterizzanti del singolo individuo come quelli dell'età giovanile, ma anche in momenti più traumatici come una separazione coniugale, l'abbandono, la detenzione del coniuge o di un familiare. Le transizioni familiari, intese quali cambiamenti naturali (la nascita di un figlio, per es.) od improvvisi (l'arresto di uno zio, per es.) che percuotono la normale regolarità di vita del ciclo *familiae*, mettono in evidenza la forte connessione che lega la famiglia al contesto in cui essa risulta essere inserita ma, al contempo, rende evidente come non possano essere relegati ad essere definiti esperienze individualistiche e personali. In ogni sua fase, la famiglia è chiamata a dialogare con il resto della società rappresentato dalle reti amicali, parentali, formali ed ufficiali: recenti ricerche hanno dimostrato come, il dialogo tra famiglia e società, possa permettere al nucleo familiare di incrementare le proprie risorse necessarie per far fronte a cambiamenti, crisi ed evoluzioni influenzando positivamente il proprio benessere complessivo⁸⁹.

La famiglia è intrinsecamente connessa con il sociale in quanto possiede in sé una dimensione sociale che è costitutiva della sua stessa identità. Ciò significa che non è possibile conoscere fino in fondo la famiglia ed il suo funzionamento senza dotarsi di una prospettiva sociale.

Tipico elemento comune utilizzato per individuare una determinata tipologia di società è il “valore”, inteso come quel particolare principio sul quale un determinato contesto sociale fonda le sue scelte di grande scala. Esso è un elemento costruito

⁸⁹ Assunto Quadri e Daniela Pajardi, *La Società ri-pensata*, Edra Spa Editore, Milano, 2016, pag. 234.

all'interno delle mura domestiche che, come di natura, rimbalza all'esterno e diventa un pilastro portante dell'intera società⁹⁰.

La dottrina giuridica che ha legittimato l'ipotesi secondo cui il diritto di famiglia sia da annoverare nell'alveo del diritto sociale, è contenuta, tra gli altri, nei testi di Otto Friedrich von Gierke⁹¹, il quale merito accademico principale fu quello di mettere in rilievo come il fenomeno giuridico trovi la sua fonte e giustificazione nelle diverse collettività umane che si formano spontaneamente attraverso l'aggregazione di gruppi e poi di gruppi di gruppi: dalle famiglie alle comunità di vicini fino al sorgere dello Stato.

Seguire la scia di questa corrente dottrinale, che vede la famiglia ricompresa nell'alveo delle materie di diritto sociale, aiuta lo studio in esame ad acquisire la conoscenza di quei parametri relazionali che vengono, inequivocabilmente, condizionati nei rapporti di vita familiare vissuti da dentro la cella di una casa di reclusione.

Il riconoscimento di eterogeneità congiunta di strutture complesse giuridiche lo ritroviamo, anche (o prevalentemente), negli studi applicati dalla psicologia sistemico - relazionale i quali svolgono un'attenta analisi dell'individuo ponendolo in relazione ai sistemi che lo circondano ed inserendolo in un dato "ambiente ecologico" che rappresenta la quotidianità: questo tipo di ambiente, inteso come contesto, è caratterizzato da una serie ordinata di strutture incluse l'una nell'altra che partono dal

⁹⁰ Cfr. D. De Gregorio, P. Patrizi, B. Dighera, F. Mosiello, M. Tarantola, *Giovani e relazioni familiari, rischi e risorse personali e comunitarie. Il contributo della psicologia sociale e dei metodi qualitativi*, in A. Palmonarim B. Pojahi (a cura di). *Il contributo della psicologia sociale allo studio dell'adolescenza e della giovinezza. Traguardi raggiunti e nuove sfide da affrontare*, Eum, Macerata, pagg. 37-53.

⁹¹ Otto Friedrich von Gierke (Stettino, 11 gennaio 1841 – Berlino, 10 ottobre 1921) è stato un giurista tedesco. Come studente all'università di Berlino fu fortemente influenzato dalle teorie di Georg Beseler, giurista della scuola tedesca. Fu professore nelle università di Breslavia, Heidelberg e Berlino, dove prese la cattedra precedentemente appartenuta a Beseler, nel frattempo scomparso, e dove coprì anche la carica di rettore (1902/03).

soggetto in via di sviluppo e vanno verso l'ambiente sociale e culturale. Queste strutture sono chiamate: microsistema, mesosistema, esosistema e macrosistema. Il microsistema consiste in uno schema di attività, ruoli e relazioni interpersonali di cui l'individuo in via di sviluppo ha esperienza in un determinato contesto e che hanno particolari caratteristiche fisiche e concrete. Ad es. il microsistema per un bambino è l'insieme di attività, ruoli e relazioni che egli stabilisce con i membri del proprio nucleo familiare. Il mesosistema familiare comprende le interrelazioni tra due o più situazioni ambientali alle quali l'individuo in via di sviluppo partecipa attivamente. Mentre il microsistema è caratterizzato da una sola situazione ambientale, il mesosistema è caratterizzato da più situazioni ambientali (casa, lavoro, sport, ecc...). L'esosistema è costituito da una o più situazioni ambientali di cui l'individuo in via di sviluppo non è partecipante attivo, ma in cui si verificano eventi che determinano, o sono determinati da ciò che accade nella situazione ambientale che comprende l'individuo stesso. Il macrosistema, infine, consiste delle congruenze di forma e di contenuto dei sistemi che lo costituiscono (micro,meso,esosistema).⁹²

L'approccio sistemico trae origine dagli studi di Gregory Bateson⁹³, personaggio esterno alla psicologia clinica perché antropologo di mestiere; egli fu il primo a introdurre, tra gli anni '20 e '30, il concetto di soggetto contestuale. Con questo termine Bateson teorizzò l'idea che la personalità dell'uomo sia l'esito di processi interattivi e,

⁹² U. Bronfenbrenner, *Ecologia dello sviluppo umano* (1979), trad. it. Il Mulino, Bologna, 1986.

⁹³ Gregory Bateson (Grantchester, 9 maggio 1904 – San Francisco, 4 luglio 1980) è stato un antropologo, sociologo e psicologo britannico.

la soggettività, quindi, viene costruita nell'interazione con l'ambiente e gli altri individui.

Precursore (giuridico) di queste posizioni (psico – antropologiche) fu il già citato O. Gierke il quale, come detto, teorizzò che lo Stato, altro non è, se non che un'abbondanza di comunità eterogenee caratterizzato da un proprio scopo vitale comune. Egli, per arrivare alle sue teorie, concentrò i suoi studi sull'ipotesi di un diritto individuale contrapposto ad un diritto sociale, occupandosi della relazione tra il diritto pubblico e quello privato, al solo fine di dimostrare l'importanza del riconoscimento della sistematicità relazionale: *“per trovare il significato del diritto privato tedesco, è necessario inizialmente fissare il limite tra il diritto pubblico e quello privato. È parte costitutiva dell'essenza dell'uomo, così come del diritto stesso, una biforcazione tra diritto individuale e sociale. Questo in quanto l'essere umano è allo stesso tempo individuo volto ad una propria personale unità ed essere sociale parte di un insieme molto articolato.*

Sarebbe facile immaginare che il diritto fosse solo diritto individuale (come sognava il diritto naturale) o soltanto diritto sociale (come desiderava il comunismo). Ma, in ogni caso, la cultura sarebbe minacciata dal declino, da una parte per dissoluzione, dall'altra per cristallizzazione.

Se il diritto vuole assolvere ai propri compiti culturali, allora deve ripartire entrambe le forme di espressione dell'esistenza umana in ambiti specifici e stabilire un equilibrio tra i due.

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

Il diritto individuale è il diritto in cui l'autorità decisionale umana viene posta in qualità di rapporto del singolo individuo con gli altri. Il diritto individuale tratta dunque in particolare i singoli individui come entità compiute in sé stesse. Comprende però anche le associazioni di uomini quando e nella misura in cui tali associazioni vengono equiparate a unità composite di individui. Il diritto individuale si basa sulla relazione di coordinazione e parte dalla non-unione dei soggetti.

Il diritto sociale è il diritto in cui le relazioni delle autorità decisionali si ordinano in qualità di essere sociale. Il diritto sociale tratta i singoli individui come membri di una totalità più elevata, le associazioni umane come totalità sociale (essere comune). Si basa sulla relazione di classificazione (anteponizione e subordinazione) e parte dall'unione dei soggetti.

Secondo il concetto romano la contrapposizione tra diritto individuale e sociale coincide con la ripartizione tra jus privatum e jus publicum. L'uno è il diritto dei singuli, l'altro il diritto del populus romanus. Poiché per legge la società coincide con lo Stato, non vi è un diritto privato che non sia diritto individuale e un diritto sociale che non sia diritto statale.

Diversamente si comporta l'attuale distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Secondo la visione germanica e moderna del diritto la società non si esaurisce nello Stato, bensì si palesa allo stesso tempo in una abbondanza di comunità eterogenee con uno proprio scopo vitale: nella famiglia, nella chiesa, nella comunità, nelle cooperative, nella comunità internazionale. Vi è di conseguenza moltissimo diritto sociale che non è diritto pubblico. In qualità di ente sovrano, lo Stato assegna a tale

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari*

diritto sociale un posto differente, a seconda del valore che gli attribuisce per la propria vita attraverso una vita sociale regolata, dotandolo da una parte di poteri uguali o simili alla legislazione nazionale, dall'altra al contrario escludendo un'autorità più alta di quelle rivestita dal diritto individuale.

In tal modo risulta una chiara contrapposizione tra diritto privato e diritto pubblico, che il diritto sociale divide a metà.

Il diritto privato è oggi totalmente diritto individuale e, inoltre, quella parte di diritto sociale che non è incorporata al diritto pubblico attraverso un assioma statale; perciò anche il diritto di famiglia, il diritto sociale e il diritto degli enti privati.

Il diritto pubblico è tutto il diritto statale, vale a dire tutto il diritto che riguarda lo Stato come totalità e i singoli individui così come le restanti associazioni in qualità di membri dello Stato e, inoltre, quel diritto sociale che viene riconosciuto come pubblico a causa della natura da esso data alla comunità; perciò anche il diritto canonico, il diritto comunitario, il diritto delle cooperative e il diritto internazionale.”⁹⁴

Il ruolo sociale della famiglia (citato anche dalla dottrina di Gierke) corrisponde ad una funzione oggettiva, ad essa riconosciuta, da parte della teleologia familiare contenuta nel dettato costituzionale come, particolarmente (per esempio), nell'art. 29,1° comma Cost. (il quale fa riferimento al concetto di “unità familiare”), nell'art. 31, 1° comma Cost. (in cui vengono enucleati i compiti della famiglia) o, nell'articolo 37,1° comma Cost., (norma che, riferendosi alla donna, pone in rilievo la sua essenziale funzione familiare). L'esistenza di tale *ratio* contenuta all'interno del complesso di

⁹⁴ Traduzione da: in O. Gierke, *Deutsches Privatrecht, Munchen – Leipzig*, 1936, I, pagg. 26 e 27.

norme costituzionali deriva dal fatto che la famiglia è chiamata, sin dal principio, ad assolvere una funzione sociale e, quindi, a tutelare un interesse che va ben oltre il semplice interesse individuale dei coniugi. Tale interesse è stato, da sempre, definito, l'interesse "superiore della famiglia".

Tradizionalmente, si ritiene che l'interesse "superiore" della famiglia corrisponda alla manifestazione impositiva di una determinata ideologia di potere da parte dello Stato⁹⁵ (rivolta alla conservazione della società politica e della patria) ma, una differente e trasversale rilettura del concetto, permetterebbe l'identificazione del reale interesse superiore, appunto, all'interno di una prospettiva comunitaria composta da una serie di norme intese a valorizzare gli interessi comuni delle persone che partecipano al gruppo: non esiste un interesse comune dello Stato da salvaguardare ma esiste un interesse comune della collettività inteso come un unico complesso articolato composto dalla somma degli interessi individuali dei consociati.⁹⁶ In tale contesto, la pretesa privatistica di disciplinare i rapporti familiari intendendoli quali legami esclusivamente individuali e personali concepiti da un negozio bilaterale, non può godere di piena approvazione, per via del fatto che la tutela del singolo in relazione alla vita familiare si ripercuote inequivocabilmente nel contesto sociale e viceversa:

⁹⁵ *Ubi supra*, pag. 61.

⁹⁶ "Nel riferimento all'esistenza di un interesse metaindividuale, non si può vedere che una metafisica della famiglia: i nostri ordinamenti positivi non ci danno notizia d'altra volontà che di quella dei singoli soggetti, marito, moglie, figli, tutore, ecc... e contengono l'esplicazione di codeste volontà individuali in limiti che meglio valgono a coordinarle con interessi e con fini che non sono quelli dei titolari stessi del diritto; ma ciò, a ben considerare, è proprio di ogni norma giuridica, se la norma è limite, principio d'ordine, mezzo di attuazione della convivenza sociale. Il superiore interesse della famiglia non deve indurre a ritenere che quest'ultima abbia una personalità giuridica separata da quella afferente a ciascuno dei suoi membri. L'art. 29 cost. concepisce la famiglia come organismo etico. Ed infatti, dall'accoglimento della concezione organica dello Stato da parte della Costituzione, non può non seguire la concezione organica della famiglia, essendo le due configurazioni interdipendenti: in Alberto Donati, *La famiglia tra diritto pubblico e diritto privato*, Cedam, 2004, Padova, pag. 222.

l'educazione di un genitore nei confronti del proprio figlio rivolta ad infondere determinate capacità a delinquere avrà negative ripercussioni sull'intera società la quale, per mezzo della giustizia amministrata in suo nome, provvederà richiederne la carcerazione. Tanto detto, unica scienza dotata di tutti i presupposti necessari per poter realmente captare i bisogni del singolo individuo, da tradurre poi in necessità di un'intera comunità, è, notoriamente, la psicologia.

Si è spesso evidenziata la necessità di adoperare il diritto di famiglia di una eterogenea chiave di lettura che possa permettere di percepire la norma giuridica come un autonomo fenomeno sociale al fine di riconoscerla quale entità reale della società, condizionata da una forte interazione psicologica⁹⁷.

⁹⁷ Olivecrona in http://www1.unipa.it/viola/Diritto_e_naturalismo.pdf: "In realtà secondo Olivecrona le norme sono fatti o atti di potere che provocano la credenza psicologica della loro obbligatorietà. Pertanto, in quanto norme esistono solo come contenuto di un'idea presente nella mente degli uomini accompagnata dalla convinzione della sua forza vincolante. Di per sé questa obbligatorietà del diritto è una pura e semplice illusione e tuttavia è ritenuta necessaria per il funzionamento dell'apparato normativo e, conseguentemente, dell'ordine sociale. Ci si trova così di fronte ad una scomoda alternativa. Da una parte la denuncia dell'illusorietà di questa credenza è un servizio reso alla verità scientifica, che caccia via le tenebre della magia e della superstizione; ma, dall'altra, il sentimento di obbligatorietà è pur sempre funzionale alla pace sociale. Sembrerebbe che un po' di magia sia necessaria per la vita sociale. Conseguentemente il realismo giuridico è combattuto fra un orientamento prescrittivo guidato da un ideale morale di scientificità, che però i suoi stessi presupposti empiristi impediscono di giustificare in quanto a rigore anch'esso apparterrebbe al mondo illusorio del dover essere, e un orientamento descrittivistico e predittivo tipico della scienza sociale che dall'osservazione dei meccanismi psicologici trae previsioni per i comportamenti futuri. Quest'ultimo orientamento approda ad una teoria del diritto com'è di fatto senza la pretesa di emendarlo dalle illusioni, anche se esse restano tali. Quest'approccio non solo è più costruttivo, ma è anche più coerente con il naturalismo come visione scientifica. Il furore antimetafisico è sempre sospetto. Tuttavia ci si deve chiedere se questa descrizione del diritto oltre ad essere scientificamente rigorosa sia anche soddisfacente. Come s'è visto, il realismo giuridico scandinavo spiega la normatività riducendola a credenza psicologica propria dei cittadini e, soprattutto, dei giudici e dei funzionari del diritto. Certamente oggi per le neuroscienze e il neurodiritto tutto ciò appare ancora come troppo metafisico rispetto alla base neuronale del comportamento umano. Forse anche i neuroni non sono l'ultima spiaggia come non lo sono più nella fisica gli atomi. Sembrerebbe che la liberazione dalla metafisica sia un'impresa senza fine al pari del riduzionismo. Per inciso noto che, mentre la neuroetica e il neurodiritto s'interessano soprattutto della capacità d'imitazione, in quanto parte dei processi di apprendimento del cervello, il realismo giuridico si concentra sul fenomeno della coercizione. I neuroni specchio (mirror neurons) sono caratterizzati dalla capacità di rispecchiare i movimenti eseguiti da altri. L'etica della neuroetica è, o dovrebbe essere, un'etica cooperativa e non individualistica; è un'etica basata

dott. Nicola Fresu,

*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*

Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

Il tema della dimensione sociale tra pubblico e privato è un argomento che mette in luce la limitata capacità dell'ordinamento giuridico di riuscire ad acquisire quelle necessità manifestate dai cambiamenti socio-culturali.

Il Prof. C.M. Bianca, in una sua interessante analisi (velatamente, pseudo giuspubblicistica) di teoria generale del diritto, mette in luce come, al giorno d'oggi, il diritto privato è ormai largamente influenzato dalla crescente ingerenza del potere pubblico tanto da ravvisare il segno di una sorta di socializzazione del diritto privato⁹⁸.

Si tratta di un'ipotesi teorica fondata ed incontestabile, giustificata dal fatto che lo Stato

sull'empatia, sul rispecchiamento, sull'apprendimento, sulla simpatia. L'etica del realismo giuridico è, invece, utilitaristica, volta ad evitare le conseguenze spiacevoli dei comportamenti sociali. Il sentimento di obbligatorietà, in cui secondo il realismo giuridico scandinavo risiede la normatività, non si riduce alla psicologia individuale, ma è una credenza collettiva, cioè condivisa dal gruppo dei consociati che sono governati dallo stesso sistema di norme giuridiche. Secondo Alf Ross, un esponente di grande rilievo di questa scuola, si tratta di una "ideologia normativa", che è presente soprattutto nei funzionari del diritto, che per etica di ruolo applicano come norme coercitive tutte quelle emanate dalle fonti ufficiali del sistema normativo. In tal modo il processo di naturalizzazione del diritto non riguarda soltanto il piano psicologico, ma anche quello sociologico, sicché il cittadino può predire quale sarà il comportamento futuro dei giudici nei processi ed evitare i comportamenti legati a conseguenze svantaggiose. Quindi, il sentimento di obbligatorietà come credenza nella forza vincolante del diritto si trova propriamente nei giudici e nei funzionari, mentre nel cittadino non è di per sé una forza sufficiente a motivare l'obbedienza alle norme giuridiche se si prevede che esse non saranno applicate dai giudici. Donde la conclusione che il diritto è ciò che i tribunali faranno. In questo diverso registro tra le credenze dei funzionari del diritto e quelle dei cittadini si può intravedere l'esigenza che il diritto sia pur sempre caratterizzato da comportamenti guidati da ciò che è ritenuto vincolante di per sé e non sulla base di una qualche utilità o interesse personale. Il sostituto della normatività, cioè il sentimento di obbligatorietà, non deve essere inquinato dall'etica utilitaristica, anche se ciò è a rigore richiesto solo ai funzionari del diritto. Ogni sistema giuridico richiede che almeno vi sia un corpo ufficiale di soggetti che applicano le norme solo perché convinti della loro forza obbligatoria di per se stessa. Ma questo non è sufficiente a salvare la normatività del diritto. Come s'è visto, la normatività viene ricondotta, come nell'espressivismo humaneo, ad una forza motivazionale. Ma ciò significa che non è più possibile fare una differenza tra avere un obbligo e sentirsi obbligati. Ma ciò è controintuitivo: posso credere di essere obbligato, mentre non ho quell'obbligo; posso avere un obbligo e non credere di averlo¹⁴. La domanda di tipo descrittivo e causale sul perché crediamo di dover fare una cosa è ben diversa da quella propriamente normativa: "cosa dobbiamo fare o non fare?" L'unica via d'uscita è quella di eliminare la sensatezza razionale di quest'ultimo interrogativo, cioè di eliminare la normatività stessa. Ed è quello che fa Ross, però dopo aver introdotto un criterio per stabilire la verità empirica o la falsità empirica della credenza di obbligatorietà, cioè la sua conformità o meno all'ideologia normativa in quanto parametro psicologico comune e quindi in certo qual modo oggettivo.

⁹⁸ Cesare Massimo Bianca, *Realtà sociale ed effettività della norma – Scritti Giuridici*, Volume I, Teoria generale e fonti – Persone e Famiglia – Garanzie e Diritti Reali – Tomo I, Università di Catania – Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Giuffrè Editore, Milano, 2002, pag. 142.

dott. Nicola Fresu,

*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*

Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

riveste, sempre più, un ruolo attivo e partecipe delle vicende sociali tanto da legittimare la definizione, già richiamata nelle prime pagine del testo, di “diritto sociale”⁹⁹.

Ricerca nella giustizia sociale la nuova fondazione del nostro diritto significa riconoscere che il diritto (come, d'altronde, la psicologia) è una scienza posta in funzione della tutela dell'uomo e, quindi, dei suoi interessi essenziali di rispetto della persona e di solidarietà.

2.3 La Psicologia giuridica e Sociale¹⁰⁰: un punto di congiunzione tra realtà giuridica ed effettività della norma.

Studiare le relazioni tra detenuto (o internato) e i propri familiari, analizzarne le fasi critiche e valutare relative opzioni di intervento, sono attività che il giurista non può elaborare personalmente ma, piuttosto, possono essere espletate solo con l'ausilio della scienza psicologica o, più precisamente, della Psicologia giuridica e sociale. Essa studia ed analizza, da un punto di vista psicologico, il diritto come testo, ossia gli aspetti epistemologici, concettuali, linguistici, narrativi dei concetti e dei testi giuridici, essenzialmente per valutare quanto e come i costrutti giuridici siano fondati, sostenuti o meno dal punto di vista dei principi scientifici e delle conoscenze psicologiche in particolare.

⁹⁹ Risuonano, oramai, arcaiche le definizioni che categorizzano il diritto privato come diritto individuale dei poteri egoistici: l'intenzione dello scrivente è proprio quella di mettere in risalto la capacità versatile del diritto civile di occuparsi di realtà di interesse comune (sociale, appunto), quali, prima fra tutti, la famiglia.

¹⁰⁰ L'esposizione di questo paragrafo trae gran parte del contenuto sostanziale, analizzato e reinterpretato, dal testo di Assunto Quadri e Daniela Pajardi, *La Società ri-pensata*, Edra Spa Editore, Milano, 2016.

La psicologia riveste, storicamente, una posizione di forte collaborazione con il mondo del diritto sia sul piano teorico che su quello pratico della ricerca nonché, in quello operativo. Sono molteplici i settori in cui la materia del diritto interagisce attivamente con gli studi della psicologia, come nei casi in cui sia necessaria un'analisi, per esempio, della personalità di un soggetto deviante, della capacità genitoriale ad adempiere ai relativi doveri inerenti la responsabilità, della tutela dei legami affettivi del minore, delle condizioni psichiche di un autore di un reato o di quelle della sua vittima, ed altri casi ancora¹⁰¹.

La Psicologia giuridica può essere definita come quella branca della psicologia che applica le teorie e le ricerche della scienza psicologica stessa all'ambito giuridico senza dotarsi di quel carattere coercitivo, tipico del diritto. In altre parole, la psicologia permette di parlare di una tutela soggettiva di un individuo che si trasforma in tutela collettiva dell'intera società.

Uno dei settori del diritto in cui, rispetto agli altri, si sono registrati maggiori influenze da parte della psicologia, è, senza dubbio, quello del diritto di famiglia. In questo contesto normativo sono state inserite terminologie frutto di analisi di tipo prettamente psicologico¹⁰² elaborate, appunto, dalla psicologia e consegnate al Legislatore in modo che le potesse adattare e “normaticizzare”. Uno fra tutti, è doveroso citare lo studio effettuato in favore della definizione di “interesse superiore del minore” inteso quale principio cardine del diritto di famiglia (e non solo, trattandosi di un

¹⁰¹ Superfluo ma utile, ricordare la composizione interdisciplinare dei Tribunali per i Minorenni e di Sorveglianza.

¹⁰² Solo a titolo indicativo: il diritto all'ascolto, il diritto all'affettività, il supporto emotivo, e via discorrendo.

concetto riferito a tutti i settori del diritto) secondo cui tutte le decisioni riferite al nucleo familiare, alla sua struttura, alla sua residenza, alla sua patrimonialità ed alla sua gestione sono subordinate alla valutazione di compatibilità con il diritto del minore.

Nel tempo si sono succeduti numerosi momenti in cui diritto e psicologia hanno, insieme, risposto a determinati bisogni della comunità: la legge sul divorzio n. 898\1970, la prima riforma del diritto di famiglia n. 151\1975, la nuova recente riforma dell'unificazione dello status di figlio n. 219\2012, ed altre ancora. Il binomio ha permesso che si passasse da un approccio alla separazione ed al divorzio in termini di “fase di crisi” (o di patologia) della famiglia degli anni '70 ad una nuova concezione di “evoluzione della naturale” della famiglia dei giorni d'oggi.

Ogni grande passo in avanti del diritto di famiglia è stato supportato (e lo rimane nel tempo) dalle teorie della psicologia: ultimo, per ordine cronologico, il dettato normativo n. 76\2016 riferito alle unioni civili tra coppie dello stesso sesso che richiama con sé il contestato diritto alla omogenitorialità¹⁰³, non ancora normato. Un argomento, questo, segnato da importanti critiche negative del senso comune ma che, per essere giudicato in maniera oggettiva, deve esclusivamente rispondere ad una domanda oggettiva a cui solo la psicologia può dare una risposta fondata: “Un bambino con uno o due genitori omosessuali può avere uno sviluppo cognitivo, emotivo, sessuale, sociale, libero e garantito come gli altri?”¹⁰⁴. Il dibattito ha prodotto numerosi studi in campo

¹⁰³ Cfr. Patrizia Patrizi, Prefazione in *Crescere in famiglie omogenitoriali*, a cura di Chiara Cavina e Daniela Danna, Franco Angeli Editore, Milano, 2009, pagg. 7 – 11.

¹⁰⁴ Assunto Quadri e Daniela Pajardi, *La Società ri-pensata*, Edra Spa Editore, Milano, 2016, pag. 102.

scientifico e clinico orientati, ognuno, su linee operative differenti ma tutti riferiti a dare una giusta interpretazione e voce alla tutela dell'interesse superiore del minore¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Francesco Bilotta, *Omogenitorialità, adozione e affidamento familiare*, Dir. famiglia, fasc.3, 2011, pag. 1375 - "Per analizzare giuridicamente la questione della omogenitorialità (in generale, e con riferimento all'istituto dell'adozione) bisogna abbandonare ogni pregiudizio nei confronti dell'omosessualità, lasciando da parte la propria visione morale e i tentativi riduzionisti di stampo psicopatologico. Si tratta primieramente di una questione culturale, che se non affrontata, rischia di compromettere la serenità di analisi della fattispecie. A questo primo passo devono seguirne altri due, assolutamente prodromici a un discorso che aspiri a prendere in considerazione le implicazioni giuridiche della filiazione all'interno di una coppia formata da persone dello stesso sesso. Il primo passo è di carattere antropologico e riguarda l'idea di "famiglia" che accogliamo nel nostro sistema normativo; il secondo passo è di carattere metodologico e riguarda una rivalutazione dell'apporto che le scienze psico-sociali, la sociologia in generale e la sociologia del diritto in particolare, possono fornire all'ermeneutica giuridica.

Quanto al concetto di "famiglia", bisognerà prendere atto che il matrimonio non può essere più considerato la sola modalità di selezione delle aggregazioni umane caratterizzate da vincoli di cura e solidarietà che generalmente siamo soliti etichettare con il termine "famiglia". Questo è il risultato di una progressiva modificazione di carattere culturale che interessa tutta la modernità e che il diritto ha ormai accolto sia attraverso una tutela sempre più larga delle coppie non coniugali, sia attraverso la enucleazione di un diritto fondamentale a formare una famiglia, appunto, distinto dal diritto di sposarsi, attraverso la Carta di Nizza: immaginare di indirizzare l'ordinamento nella opposta direzione significherebbe porsi al di fuori dello spazio giuridico europeo.

Quanto al metodo, il giurista, ancora più che in altri settori, si trova a fare in conti con i problemi della quotidianità dei cittadini, che reclamano tutele per poter vivere (e in alcuni casi sopravvivere) al riparo da prevaricazioni ideologiche. Solo una conoscenza della realtà, una considerazione attenta dei fenomeni sociali può impedire che lo studio del diritto perda la sua funzione di fornire soluzioni concrete ai bisogni delle persone. In tal guisa, il giurista, partendo dai dati che gli studi sociali gli forniscono, potrà assolvere al suo compito di fornire soluzioni ai problemi che gli vengono posti oggi, mentre vigono norme che non erano state pensate per risolvere questioni divenute nel frattempo attuali. Rinviare al domani, significa abdicare al proprio mestiere. La tutela dei diritti delle persone non è una questione attinente, in via esclusiva, all'uso dei poteri dello Stato e segnatamente del potere legislativo, in una caricaturale rappresentazione del nostro sistema giuridico. Alla domanda di tutela si risponde utilizzando le norme vigenti, rilette alla luce degli interessi emergenti nella società. Non si affronta lamentando vuoti normativi. Bisogna essere consapevoli che, se lo *ius dicere* è un atto linguistico, ogni atto linguistico genera degli effetti e, al contempo, una responsabilità in chi lo compie.

Nella fattispecie che stiamo analizzando, leggere le norme in materia di adozione limitandosi a constatare formalisticamente che il matrimonio è la *conditio sine qua non* per l'accesso alla procedura di adozione, significa non farsi carico del superamento del pregiudizio nei confronti dell'omosessualità, giacché è solo in base a tale atteggiamento che si giustifica il rifiuto ad aprire il matrimonio alle coppie formate da persone dello stesso sesso; significa ignorare che il matrimonio in sé non è sufficiente a connotare un'aggregazione sociale come famiglia; significa, infine, disconoscere che, nel silenzio del legislatore, migliaia di persone combattono ogni giorno con la precarietà di una condizione che non consente loro di essere padri e madri in senso giuridico e non solo in senso affettivo.

Liberarsi dal pregiudizio, inoltre, consentirebbe di prendere atto che la genitorialità delle persone omosessuali è già una realtà per il nostro sistema giuridico, perché le persone omosessuali possono esercitare la loro potestà genitoriale sui loro figli nati in matrimoni o convivenze con persone di sesso diverso, perché all'estero le persone omosessuali possono adottare sia come singoli sia come coppia, perché l'affidamento familiare non è precluso al single o alla single omosessuale e può consentire loro di stabilizzare tale relazione di affetto e di cura con un'adozione in casi particolari, perché è possibile

dott. Nicola Fresu,

*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*

Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

La psicologia, sin da sempre, ha munito gli operatori del diritto di quegli strumenti tecnici del diritto utili per difendere un individuo, poterlo giudicare, poterlo punire e per poterlo rieducare¹⁰⁶.

Sino ad ora ci si è concentrati sul delineare i punti chiave della materia ma, nei capitoli che seguiranno, si farà, dunque, riferimento allo stato attuale della tutela giuridica dei rapporti che il detenuto (od internato) ha con i propri familiari e, ciò, lo si farà enucleando criticamente i fattori psicologici che hanno trovato spazio nelle

l'adozione anche per il/la single omosessuale nel caso previsto dall'art. 25, 5 comma, della legge sull'adozione, perché, infine, banalmente gli omosessuali fanno figli come tutti gli altri e non sono affatto sterili, come si continua a ripetere.

Nel diritto minorile, la fragilità del protagonista della vicenda giuridicamente rilevante fa sì che l'interesse del/la minore venga messo al centro della vicenda. Il benessere che può derivare dalla relazione tra il/la minore e un adulto di riferimento è descrivibile, documentabile. Esistono scienze che si dedicano a questo. Il giurista, e il giudice in particolare, se veramente ha a cuore l'interesse del/la minore, farà bene a imparare a dialogare con gli esperti delle scienze psicosociali per decidere sulla base dei fatti e non della propria morale. Non mancano, per fortuna, esempi in tal senso

Sarà bene abbandonare la retorica della "naturalità", giacché niente di ciò che denominiamo famiglia può definirsi totalmente naturale. Anche il giurista - più di quanto normalmente faccia - dovrebbe ricordare a se stesso che il diritto è una costruzione culturale, e, come tale, mutevole nel tempo e nello spazio. Oggi per noi il diritto è uno strumento di organizzazione sociale e, allo stesso tempo, un meccanismo di soluzione dei conflitti in maniera non violenta, ma è anche, e soprattutto, uno strumento per creare uno spazio vitale in cui ciascuno possa realizzare il proprio progetto di vita, protetto da ingerenze di qualsiasi genere.

Può essere consolatorio pensare che chi oggi si vede messo ai margini e privato di ogni tutela, non rassegnandosi a tale condizione e lottando per i propri diritti, ponga le basi per una società diversa. Ma la vita è una, ed è breve. Mentre il tempo passa inesorabile, migliaia di esistenze continuano a essere stritolate negli ingranaggi del sistema giuridico, rimanendo così irrimediabilmente segnate dall'indifferenza e dall'ignoranza che impedisce di modificare una norma di legge, o anche solo la sua interpretazione. La storia ci insegna che il modo più sicuro per non perdere posizioni di potere è continuare a prevaricare i più deboli. Ad arginare un tale pericolo, sempre incombente, ci siamo illusi che bastasse la Costituzione. E invece ci avvediamo che senza una cultura liberale, laica, che riconosca in ciascuno la dignità di essere umano, il nostro diritto è destinato a trasformarsi nella legge del più forte."

¹⁰⁶ Tra i criteri che hanno guidato fino agli anni ottanta in modo prioritario i magistrati ed i consulenti in questo processo decisionale troviamo quello dell'individuazione del cosiddetto "genitore psicologico" - vedi Malagoli Togliatti, M., Lubrano Lavadera, A., *L'ascolto della persona minorenni in sede di separazione dei genitori*, 2012. In P. Patrizi (Ed.), *Manuale di Psicologia giuridica minorile* (pag.g. 119-312), Carocci, Roma). Criterio che mirava all'individuazione di quale genitore fosse il punto di riferimento del minore in modo da permettere una garanzia di tutela rispetto al contesto familiare, superiore

dott. Nicola Fresu,

*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*

Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

normative e quelli che, per una ragione o per un'altra, non hanno goduto della stessa sorte; si tratterà del tema proponendo approcci propri alla cultura riparativa.

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

CAPITOLO TERZO

IL REGIME PERSONALE NEL CONTESTO DETENTIVO

Sommario: 3.1 *La tutela dell'affettività emotiva* - 3.2 *La tutela della sessualità* - 3.2.1 *Sentenza della Corte Costituzionale n. 301\2012* - 3.2.2 *Sentenza della Corte di Cassazione Penale n. 882\2015*.

3.1 La tutela dell'affettività emotiva

Nella legge n. 354/1975, il disposto dell'art. 1 co. 6, fa riferimento ad un trattamento rieducativo che tenda, anche attraverso i contatti con l'ambiente esterno, al reinserimento sociale del condannato¹⁰⁷.

Al fine di salvaguardare la dignità della persona (artt. 2 e 3 Cost., art. 1 l. 354/1975) e perché la pena risulti rispettosa del principio di umanità (art. 27 co. 3 Cost.) la rieducazione deve assumere la forma dell'offerta di aiuto: il carcere deve accompagnare i detenuti verso la libertà, nel rispetto delle loro capacità di scelta. Dare attuazione a questi principi, significa in primo luogo contrastare gli effetti desocializzanti del carcere: contrastare cioè quel fenomeno per cui il carcere logora la

¹⁰⁷ Gli articoli della L. 354\1975 a cui maggiormente faremo riferimento (trattandosi di articoli in cui si fa chiaro riferimento alla "famiglia" del detenuto od internato) sono i seguenti: Art.78 Assistenti volontari - Art.75 Attività del consiglio di aiuto sociale per l'assistenza penitenziaria e post-penitenziaria - Art.53 Licenze agli internati - Art. 47-quinquies Detenzione domiciliare speciale - Art.45 Assistenza alle famiglie - Art.42 Trasferimenti - Art.41-bis Situazioni di emergenza - Art. 30 Permessi - Art.28 Rapporti con la famiglia - Art.27 Attività culturali, ricreative e sportive - Art.23 Remunerazione e assegni familiari (Abrogati i primi tre commi) - Art. 21-ter. Visite al minore infermo (o al figlio, al coniuge o convivente affetto da handicap in situazione di gravità) - Art. 21-bis Assistenza all'esterno dei figli minori - Art.20, 3° comma Lavoro - Art.18 Colloqui, corrispondenza e informazione - Art.17 Partecipazione della comunità esterna all'azione rieducativa - Art.15 Elementi del trattamento - Art.14-quater - 5° comma Contenuti del regime di sorveglianza particolare - Art.11 Servizio sanitario -

personalità del detenuto, devasta i corpi e le menti¹⁰⁸, lo isola totalmente dalla società libera¹⁰⁹, recide ogni legame personale e affettivo, particolarmente, con i propri familiari.¹¹⁰

L'ordinamento penitenziario assegna grande rilevanza al mantenimento delle relazioni familiari. La famiglia è considerata come una importante risorsa nel percorso di reinserimento sociale del reo, al punto che il rapporto con la famiglia è uno degli elementi del trattamento individuati dall'art. 15 L. n. 354/1975. L'art. 28 ord. pen. scrive "Particolare cura è dedicata a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie".

Il problema della tutela della vita familiare introduce una serie di delicate problematiche riguardo al difficile equilibrio tra l'esigenza punitiva dello Stato e la garanzia dei diritti fondamentali della persona. A questo delicato equilibrio fa

¹⁰⁸ Tendiamo a ridurre il carcere a un luogo fisico con dentro dei corpi, sistemati in celle, e ci si limita a parlare degli spazi, dei servizi igienici, dei letti: una dimensione importante ma non certo più di quanto emerge da quei corpi, magari nel silenzio, i desideri, i pensieri. In questa dimensione il carcere diventa un luogo dei sentimenti, delle emozioni. In una parola: delle relazioni. E dobbiamo vederlo così poiché allora anche la sistemazione fisica assume un significato differente. È più insopportabile la solitudine, l'isolamento psicologico, rispetto ai bisogni del corpo. Gli stati d'animo riescono a trasformare gli ambienti; come a dire: se è impossibile cambiare il mondo, muta il tuo umore. Lo stesso luogo in condizioni di malinconia o depressione è totalmente diverso, e così se lo si occupa in condizione di serenità, di speranza. Il carcere lo si descrive, di solito, come struttura abitativa, con tanti posti, tanti ospiti, con una direzione ampia o sacrificata, con o senza palestra, ebbene bisogna aggiungere una descrizione che veda il carcere come una rete di relazioni umane, come labirinto dei sentimenti. E allora i personaggi non sono i locali e le sale, ma gli uomini e donne che girano, che vivono, che sono prima di tutto persone con una storia e con dei bisogni psicologici. Una rete i cui nodi sono dati dai detenuti, dagli agenti, dalle figure professionali, gli operatori, che vanno dal medico agli assistenti sociali, a personaggi speciali come il cappellano. In: Vittorino Andreoli, *Le Due Città - Raccontare il carcere* - Ministero della Giustizia-Dipartimento Amministrazione Penitenziaria-disponibile sul sito <http://leduccitta.it/index.php/613-archivio/2001/luglio-agosto-2001/235-il-carcere-luogo-di-sentimenti-235>.

¹⁰⁹ Cfr. Patrizia Patrizi, *Psicologia della devianza e della criminalità. Teorie e modelli di intervento*, Carocci Editore, Roma, 2011, pagg. 97 e ss. Sempre in riferimento ai danni per "patologia da detenzione" vedi: Patrizi, P. (2005) La patologia della reclusione. In G. Concato & S. Rigione (a cura di), *Per non morire di carcere*. Milano: Franco Angeli, 244-263.

¹¹⁰ Emilio Dolcini, *La "questione penitenziaria", nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, fasc.4, 2015, pag. 1655.

riferimento l'art. 64 delle regole penitenziarie europee¹¹¹ il quale asserisce che “la detenzione, comportando la privazione della libertà, è punizione in quanto tale. La condizione della detenzione e i regimi di detenzione non devono, quindi, aggravare la sofferenza inerente ad essa, salvo come circostanza accidentale giustificata dalla necessità dell'isolamento o dalle esigenze della disciplina”. Le relazioni familiari sono considerate, poi, un elemento essenziale anche nel successivo art. 65, lettera c) stesso reg. dove si legge che “...ogni sforzo deve essere fatto per assicurarsi che i regimi degli istituti siano regolati e gestiti in maniera da: (...) mantenere e rafforzare i legami dei detenuti con i membri della loro famiglia e con la comunità esterna, al fine di proteggere gli interessi dei detenuti e delle loro famiglie”.

La problematica relativa al rapporto tra detenzione e famiglia non interessa solamente gli aspetti personali ed individuali del soggetto recluso, ma produce i suoi effetti anche nei confronti dei familiari del medesimo.

La detenzione rappresenta un evento fortemente traumatico per gli individui che ne vengono coinvolti. La solitudine, la lontananza e, quindi, l'impossibilità di avere continui e regolari contatti con i propri cari sono spesso la causa di un crollo psicofisico, di cui risente tutta la famiglia, con la conseguenza di un elevato rischio di frantumazione del rapporto emotivo-sentimentale. Alla luce di tali premesse i colloqui con i familiari finiscono per rivestire un ruolo essenziale, perché costituiscono gli unici momenti in cui i detenuti riescono a riportare in vita i propri legami, la propria realtà sociale in maniera viva e concreta, trasmettendone realmente le sensazioni.

¹¹¹ Rif. Regole minime per il trattamento dei detenuti - (Raccomandazione Comitato dei Ministri della Comunità Europea 12 febbraio 1987).

La privazione della libertà rappresenta la diretta impossibilità per l'individuo di continuare ad esistere come attore sociale dovendo egli abdicare ai ruoli che riveste nella vita lontana dai luoghi di detenzione: egli continua ad essere genitore, coniuge e figlio ma, al contempo, non può esercitare alcuna di queste funzioni se non all'interno di una cornice prepotentemente invasiva e dominante¹¹². Il bisogno di relazioni affettive è un'esigenza insita della natura dell'individuo: di fatti, egli, oltre ad essere un animale sociale¹¹³ è anche un soggetto che tra i suoi bisogni essenziali ha quello della vicinanza familiare (teoria dell'attaccamento).

La famiglia d'origine svolge la funzione di contesto primario di costituzione e di sviluppo dei legami di attaccamento. Si parla di trasmissione intergenerazionale quando la rete parentale costituita dalla famiglia d'origine interviene a livello di contesto di apprendimento, di matrice di significato, di luogo sociale di interazione. Tale necessità è da intendersi secondo due prospettive: quella del soggetto debole, il quale manifesta il bisogno all'accudimento e, l'altra, del soggetto "tutore" il quale ha, contrariamente, la necessità passiva di dover accudire il suo familiare: si tratterebbe (in termini propri della cultura riparativa) di un diritto di relazione, in quanto personale e soggettivo. Con l'ingresso in carcere, le possibilità di coltivare e far crescere le relazioni affettive diventano sempre più remote: accudire ed essere accuditi non è più un compito che si può espletare liberamente (come natura vuole).

¹¹² Patrizia Patrizi, *Psicologia della devianza e della criminalità. teorie e modelli di intervento*, Carocci editore, roma, 2011, pag. 103.

¹¹³ Aristotele: IV secolo A.C. - *Politica* " *l'uomo è un animale sociale in quanto tende ad aggregarsi con altri individui e a costituirsi in società.*

Nel contesto di coppia, ulteriormente, un fattore di rischio risulta essere il tempo, il quale non gioca a favore dei legami affettivi: ad una maggior durata della pena spesso corrisponde una cristallizzazione e/o un affievolimento del legame, che può sfociare anche in un definitivo allontanamento. I legami esistenti prima dell'ingresso in carcere, che avevano resistito al trauma causato dalla gravità del reato, possono logorarsi o spezzarsi durante la reclusione a causa della distanza sia fisica sia ideale che divide il detenuto dal *partner* o dai suoi figli. Per questo motivo spesso, durante il periodo della carcerazione, si può rilevare un tendenziale aumento del senso di sconfitta, di abbandono e di solitudine, quale presa di coscienza di un allontanamento emotivo-sentimentale dal proprio partner.

È chiaro, quindi, che ad essere punita, sul fronte dell'affettività non è solo la persona reclusa ma anche tutta la sua famiglia e tutte quelle persone con le quali il detenuto aveva una relazione affettiva prima dell'ingresso nell'istituto penitenziario. Lo scopo dello Stato, quale vigilante e curatore dell'applicazione dei principi costituzionali che sono rivolti (tra gli altri) a garantire la tutela dell'individuo e della famiglia, altro non dev'essere, se non quello di assicurarne l'applicazione in modo di agevolare l'individuo a mantenere vive le sue relazioni affettive.

3.2 La tutela della sessualità

I problemi psicologici derivanti dalla negazione della sessualità e dell'affettività in carcere sono stati oggetto di studio da parte della medicina penitenziaria. Alcuni medici hanno sostenuto che il processo di adattamento al carcere può provocare

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

disfunzioni nel complesso dei meccanismi biologici che regolano le emozioni, generando sindromi morbose di varia intensità, definite appunto “sindromi da prigionizzazione”. La proibizione della sessualità, inoltre, si riversa sul rapporto di coniugio.¹¹⁴

La tutela all'affettività sessuale in carcere è una realtà studiata e discussa naturalmente anche negli altri Paesi europei e non solo. Le diverse normative penitenziarie, da questo punto di vista, risultano più avanzate rispetto a quella italiana in quanto prevedono spazi adeguati d'incontro per il detenuto e i suoi familiari. In Croazia sono consentiti colloqui non sorvegliati di quattro ore con il coniuge o il *partner*. In Germania alcuni *Lander* hanno predisposto piccoli appartamenti in cui i detenuti con lunghe pene possono incontrare i propri cari. In Olanda, Norvegia e Danimarca vi sono miniappartamenti, immersi nel verde, forniti di camera matrimoniale, servizi e cucina con diritto di visite senza esclusioni relative alla posizione giuridica dei reclusi; in Finlandia ciò vale per coloro che non possono usufruire di permessi. In Albania, una volta alla settimana, sono previste visite non sorvegliate per i detenuti coniugati. In Canada, i detenuti incontrano le loro famiglie nella più completa intimità all'interno di prefabbricati, collocati nel perimetro degli istituti in cui sono detenuti, per 3 giorni consecutivi. In Francia, come in Belgio¹¹⁵, sono in corso sperimentazioni analoghe: la famiglia può far visita al detenuto in un appartamento di tre stanze con servizi, anche per la durata di 48 ore consecutive (il costo dell'iniziativa è a carico dei parenti). In

¹¹⁴ C. BRUNETTI, in http://www.ristretti.it/commenti/2009/ottobre/pdf3/articolo_bunetti.pdf.

¹¹⁵ R. PAMPALON, Intervista ad Alain Bouregba, in Atti della Giornata di Studi: “*Carcere: salviamo gli affetti - L'affettività e le relazioni familiari nella vita delle persone detenute*”, Casa di Reclusione di Padova, 10 maggio 2002, in <http://www.ristretti.it/>.

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

Canton Ticino (Svizzera), chi non fruisce di congedi esterni può contare su una serie articolata di colloqui anche intimi in un'apposita casetta, dal nome "La Silva"¹¹⁶, per gli incontri affettivi. In Catalogna (Spagna) si distinguono i "Vis a vis", incontri in apposite strutture attrezzate per accogliere familiari e amici (nell'ospedale penitenziario di Madrid, un progetto prevede l'istituzione di tre camere, fornite di servizi, "per le relazioni affettive").

Anche alcuni Stati degli U.S.A., (Mississippi, New York, California, Washington e New Mexico) hanno impostato una simile previsione normativa. Tra gli anni '70 e '80, negli istituti di pena sono stati introdotti i cd. "*Coniugal o Family Visitation Programs*": i detenuti possono incontrare ogni due settimane il coniuge e ogni mese tutta la famiglia, in una casa mobile sita all'interno del carcere, per tre giorni consecutivi.¹¹⁷ Persino in realtà molto lontane e con grandi problematiche l'affettività è considerata una componente ineliminabile della vita del detenuto: in Brasile, ove le condizioni detentive sono assai dure, ogni recluso ha diritto, ogni settimana, ad un incontro affettivo di un'ora con chi desidera, indipendentemente da precedenti rapporti di convivenza riconosciuti dallo Stato. Nel carcere femminile di Caracas in Venezuela, dove manca praticamente tutto, vi sono cinque piccole camere con servizi dove le detenute possono ricevere, ogni 15/30 giorni, il marito o il fidanzato.¹¹⁸

¹¹⁶ È uno "chalet" del penitenziario "La Stampa" di Lugano, posto a 50 metri dal carcere: ogni due mesi i detenuti possono portare al suo interno la moglie, la fidanzata, o tutta la famiglia. Non sono presenti né guardie né videocamere. In: <http://www.ristretti.org/Le-Notizie-di-Ristretti-2013/giustizia-in-svizzera-il-carcere-dove-reclusione-non-fa-rima-con-distruzione-degli-affetti>.

¹¹⁷ C. BRUNETTI, in http://www.ristretti.it/commenti/2009/ottobre/pdf3/articolo_bunetti.pdf.

¹¹⁸ C. BRUNETTI, in http://www.ristretti.it/commenti/2009/ottobre/pdf3/articolo_bunetti.pdf.

Nel contesto Francese, la normativa penitenziaria ha predisposto una struttura organizzata simile a quella Svizzera. Gli artt. 35 e 36 della *Loi 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire* hanno agevolato significativamente la tutela dei rapporti: tale legge prevede la costruzione da parte dell'Amministrazione penitenziaria di apposite strutture chiamate le *Unitès de Vie Familiale* e i *Parloirs familiaux* per lo svolgimento delle visite.

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 perimetro penitenziario, dove 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, da predisporre negli istituti penitenziari ove – per le caratteristiche strutturali – non è possibile realizzare le *Unitès de Vie Familiale*. Al loro interno i detenuti possono ricevere la visita del partner o di altri membri della famiglia per una durata massima di 6 ore.¹¹⁹

In questo contesto internazionale, già abbondantemente “avanti” rispetto alla nostra arcaica situazione normativa, ci si augura che, presto o tardi, il Legislatore possa intervenire con disposizioni che proiettino la tutela della sessualità del detenuto ad un equo riconoscimento giuridico. Al momento, in attesa che ciò avvenga, la magistratura, ha cercato e cerca tutt'ora, di colmare tale lacuna.

¹¹⁹ A. Delle Bella, *Riconoscimento del diritto all'affettività delle persone detenute: uno sguardo all'esperienza francese*, in: https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/SGEP_tavolo14_allegato3.pdf.

3.2.1 Sentenza della Corte Costituzionale n. 301\2012

Sent. “È inammissibile la q.l.c., in riferimento agli art. 2, 3, commi 1 e 2, 27, comma 2, 29, 31 e 32, commi 1 e 2, cost., dell'art. 18, comma 2, l. 26 luglio 1975, n. 354, nella parte in cui prevede il controllo visivo del personale di custodia sui colloqui dei detenuti e degli internati, impedendo così a questi ultimi di avere rapporti affettivi intimi, anche sessuali, con il coniuge o con la persona ad essi legata da uno stabile rapporto di convivenza. Il rimettente ha ommesso di descrivere in modo adeguato la fattispecie concreta e, conseguentemente, di motivare sulla rilevanza della questione, e l'ordinanza di rimessione, pur evocando una esigenza reale e fortemente avvertita, quale quella di permettere alle persone sottoposte a restrizione della libertà personale di continuare ad avere relazioni affettive intime, anche a carattere sessuale, sollecita un intervento puramente e semplicemente ablativo della previsione del controllo visivo sui colloqui che si rivelerebbe, per un verso, eccedente lo scopo perseguito e, per altro verso, insufficiente a realizzarlo, atteso che il controllo a vista del personale di custodia non mira ad impedire in modo specifico ed esclusivo i rapporti affettivi intimi tra il recluso e il suo *partner*, ma persegue finalità generali di tutela dell'ordine e della sicurezza all'interno degli istituti penitenziari e di prevenzione dei reati, e tuttavia 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, il che implica scelte discrezionali di esclusiva spettanza del legislatore (sentt. n. 271 del 2010, 338 del

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

2011, 134 del 2012; ord. n. 260 del 2011, 93, 113, 138 del 2012).”¹²⁰ La Corte costituzionale, con la sentenza appena richiamata, ha dichiarato inammissibile la questione di costituzionalità dell'art. 18, comma 2, l. 26 luglio 1975, n. 354, sollevata dal Magistrato di sorveglianza di Firenze con ordinanza del 27 aprile 2012. Uno dei due motivi di inammissibilità esplicito si riferisce al *petitum* dell'ordinanza di rimessione, che invoca una pronuncia ablativa dell'art. 18, 2° comma, L. n. 354 del 1975, laddove stabilisce che i colloqui delle persone ristrette in carcere si debbano svolgere in appositi locali, sotto il controllo a vista del personale di polizia penitenziaria. Su tale punto, la Consulta evidenzia che la richiesta, come formulata dal giudice di merito, risulta inidonea a raggiungere lo scopo di assicurare un'adeguata tutela alle esigenze affettive e, come in questo caso, riferite alla sfera intima dei soggetti detenuti o internati.

La Corte ricorda che l'ordinamento penitenziario non contiene alcun divieto espresso in ordine ai rapporti affettivi e sessuali tra il recluso e il suo partner ma che, l'impedimento a tali manifestazioni, deriva dalla semplice necessità di assicurare che i colloqui si svolgano in condizioni di sicurezza. Essa evidenzia come neppure l'eventuale eliminazione del controllo visivo continuo nel corso dei colloqui sarebbe misura sufficiente a realizzare le condizioni per consentire l'esercizio della sessualità in condizioni di riservatezza da parte dei soggetti detenuti. L'esercizio di tale facoltà dovrebbe, necessariamente, trovare una propria disciplina che sia, ulteriormente capace di definire termini e modalità di realizzazione del diritto di “visite intime”.

¹²⁰ Massima - Corte Costituzionale, 19/12/2012, depositata il 19 dicembre 2012, n. 301 Parti: T.D. C. Pres. Cons. Fonti: Giurisprudenza Costituzionale 2012, 6, 4716 (nota di: FIORENTIN).

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

Il rapporto del detenuto con i propri familiari dev'esser pertanto esteso alle altre figure del nucleo, quali, ad esempio, i propri fratelli e sorelle. In merito, al fine di rendere ancor più completa l'esposizione della trattazione, si rinviene utile riportare una sentenza della Cassazione Penale del 2015 secondo la quale "rientra nella nozione di evento familiare di particolare gravità eccezionalmente idoneo, ai sensi dell'art. 30 secondo comma della legge n. 354 del 1975, a consentire la concessione del permesso di necessità, la morte di un fratello in conseguenza della quale il detenuto richieda la possibilità di unirsi al dolore familiare, in questo risolvendosi la sua espressa volontà di pregare sulla sua tomba, giacché fatto idoneo ad umanizzare la pena in espiazione ed a contribuire alla sua funzione rieducativa"¹²¹.

Si attende trepidamente un intervento deciso da parte del Legislatore, al quale spetta l'onere di bilanciare il diritto alla sessualità con l'esigenza di sicurezza (interna e pubblica). Di contro, in attesa che ciò avvenga, nulla osta acchè si possa definire legittima l'interpretazione giudiziaria con cui la Corte potrebbe estendere l'applicabilità degli istituti di tutela dell'affettività già esistenti (i colloqui ordinari di cui all'art. 18, l. n. 354 del 1975).

Il quadro generale sopra brevemente richiamato sembra richiamare la necessità di una certa flessibilità nelle attività di espletamento dei controlli, in modo da sacrificare, coerentemente con il principio del "minimo danno". esigenze di sicurezza

¹²¹ Cassazione penale sez. I del 27/11/2015 n. 15953 Fonti: Diritto & Giustizia 2016, 18 aprile.

per lasciar più spazio normativo alle attività che permettano la rieducazione del detenuto e la sua futura risocializzazione.¹²²

3.2.2 Sentenza della Corte di Cassazione Penale n. 882\2015

La normativa penitenziaria vigente prevede un'ulteriore possibilità per il detenuto (o l'internato che sia) di coltivare affetti, anche sotto il profilo sessuale, all'esterno della casa di reclusione per un periodo continuativo. Più precisamente, l'art. 30-ter. ord. pen. disciplinante disposizioni in materia di permessi premio, permette al condannato che avesse tenuto regolare condotta, previa autorizzazione del magistrato di sorveglianza (il quale deve prima sentire il direttore dell'Istituto di pena) e nei modi e tempi definiti dalla normativa, di passare un massimo di 15 giorni per volta (45 giorni per ogni anno di espiazione) fuori dalle mura detentive in modo da poter coltivare i propri interessi culturali, di lavoro o, per quanto in trattazione, affettivi e sessuali. 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. Di fatti, tale impostazione, contrasta fortemente con il riconoscimento di tutela affettiva del detenuto e con lo scopo rieducativo della riabilitazione in quanto, limitando il riconoscimento al condannato del diritto a mantenere rapporti con la propria famiglia (in questo caso, con il proprio *partner*) ai soli casi di buona condotta e premialità, si limita fortemente la tutela costituzionalmente

¹²² Fabio Fiorentin , *Affettività e sessualità in carcere: luci ed ombre di una pronuncia che rimanda al difficile dialogo con il legislatore*. Giurisprudenza Costituzionale, fasc.6, 2012, pag. 4726B.

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

garantita dell'individuo nei suoi diritti primari con gravose conseguenze sul piano individuale del detenuto, sul piano riparativo relazionale e su quello, più generico, del rispetto dei diritti civili.

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 ord .pen. e 37 reg. esec., che però risultano essere poco adeguati al raggiungimento dello scopo di cui si parla.

Un primo elemento critico di inadeguatezza fa riferimento alla loro durata: il tempo riservato ai colloqui tra familiari è, infatti, estremamente ridotto (un'ora, eccezionalmente due) e tale da non consentire una comunicazione, intesa in tutte le sue forme, tra il detenuto ed il familiare.

Un secondo aspetto che risalta la carenza di efficienza della normativa in materia ha a che fare con il luogo in cui si svolgono i colloqui dei detenuti: sale affollate dove non è garantito un minimo di intimità ed in cui è impedito qualsiasi gesto affettuoso.

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 (vedi in seguito).

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

L'art. 61 reg. esec., in attuazione dell'art. 28 ord. pen., rammenta che l'ordinamento dedica particolare cura a mantenere, migliorare o ristabilire le relazioni dei detenuti e degli internati con le famiglie: per il visitatore esiste, infatti, la possibilità di trascorrere parte della giornata insieme al detenuto in appositi locali o all'aperto, ma si tratta di provvedimenti del tutto eccezionali comunque sottoposti al controllo visivo del personale di sorveglianza.

Contrariamente, parte della giurisprudenza ha ritenuto, in passato, che la necessità fisica (ed emotiva, naturalmente) di passare del tempo con il\la proprio\la coniuge o il\la proprio\la partener dovesse essere ricompresa nel dettato normativo di cui all'art. 30 ord. pen. riferito ai permessi di necessità piuttosto che nella disciplina dei permessi premio ex art. 30 ter ord. pen..

I succitati permessi, possono esser concessi da parte del magistrato di sorveglianza nei casi di imminente pericolo di vita di un familiare o di un convivente, nei casi di infermità ai danni di uno di loro o per altri eventi familiari di particolare gravità, per cui, pare legittimo ritenere che i permessi per la tutela della sessualità ed affettività, difficilmente (non in via assolutistica), possono essere ricompresi all'interno di questa particolare norma, fatti salvi, naturalmente, casi in cui si valuti un'urgenza tale da legittimarne la concessione in questo senso. Sent. "Non costituisce motivo grave che, se accertato, può legittimare la concessione di permesso al detenuto a norma dell'art. 30 legge n. 354 del 1975 la necessità di trascorrere un breve periodo di tempo con il coniuge, atteso che l'esercizio dell'affettività, inteso come espressione della sessualità, allo stato della normativa vigente è assicurato al detenuto dal permesso premio e non

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

dal permesso cosiddetto di necessità - È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, ord. pen., in relazione agli artt. 2 e 3, comma secondo, 27, comma terzo, 29 e 117 Cost., nella parte in cui non ricomprende tra gli eventi familiari di particolare gravità, che giustificano la concessione del permesso cd. di necessità, anche quelli di speciale rilevanza, tra i quali includere il diritto del detenuto, che abbia contratto matrimonio in carcere, alla sessualità con il coniuge. (In motivazione la Corte ha precisato che si tratterebbe di intervento additivo in una materia riservata alla discrezionalità del legislatore, in quanto tale, esorbitante dai limiti del controllo di legittimità costituzionale)”¹²³.

A ben vedere, sulla base delle disposizioni civilistiche [art. 143, 2° comma c.c., “(...) dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco alla fedeltà, all'assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell'interesse della famiglia e alla coabitazione(...)”]; “assistenza morale e materiale” intesa anche sotto il profilo sessuale] e di rilevanti ed autorevoli pronunce della Corte di Cassazione, si può pacificamente sostenere che la necessità di espletare attività sessuali con il proprio coniuge o *partner*, può rappresentare un “evento familiare di particolare gravità” (art. 30 ord. pen) inteso come inadempimento di un dovere coniugale che, seppur per legittima causa di forza maggiore non può essere naturalmente espletato, potrebbe causare irreversibili danni sul piano dell'equilibrio psicofisico tali da giustificare uno stato di crisi della famiglia cagionando rilevanti danni sul piano del reinserimento sociale del condannato interessato e, quindi, sui relativi diritti costituzionalmente garantiti. In merito la Corte di

¹²³ Massima: Cassazione penale sez. I, 29/09/2015 n. 882 Fonti: Diritto & Giustizia 2016, 12 gennaio.

Cass. Civile, Sez. I con la sent. 6276\2005¹²⁴ ha affermato categoricamente che “il rifiuto, protrattosi a lungo, di intrattenere normali rapporti affettivi e sessuali con il coniuge costituisce gravissima offesa alla dignità ed alla personalità del *partner* e situazione che oggettivamente provoca senso di frustrazione e disagio, spesso causa di irreversibili danni sul piano dell'equilibrio psicofisico. Con simile contegno, pertanto, integra violazione del dovere di assistenza morale e materiale sancito dall'art. 143 c.c. ove volontariamente posto in essere, quindi, il rifiuto di assistenza affettiva ovvero alla prestazione sessuale costituisce causa di addebito della separazione, rendendo impossibile all'altro il soddisfacimento delle proprie esigenze di vita dal punto di vista affettivo e l'esplicarsi della comunione di vita nel suo profondo significato.” Come detto ed interpretato, la pronuncia appena esposta, seppur emessa in un contesto civile differente (ma connesso con) da quello penitenziario, mette in luce la gravità delle conseguenze cui si potrebbe incorrere a causa dell'assenza di sessualità nel rapporto di coppia. Il dovere di assistenza si concretizza, nel matrimonio, nel soddisfacimento delle giuste esigenze fisiche e morali di ciascun coniuge nei confronti dell'altro per cui, l'ingiustificato diniego del rapporto carnale, si configura come ingiuria grave nei confronti dell'altro coniuge e costituisce causa di addebito nella separazione dei coniugi stessi¹²⁵ resa in una fattispecie in cui il marito, non volendo avere figli, si sottraeva completamente ai rapporti sessuali con la moglie. Tanto detto, è sicuramente corretto sostenere che la reclusione, in quanto tale, potrebbe essere definita quale giusta causa di

¹²⁴ Cassazione civile, sez. I, 23/03/2005, n. 6276 - Parti: G. C. N. - Fonti: Giust. civ. 2006, 12, I, 2910.

¹²⁵ Trib. Terni 22 novembre 1994, in Rass. giur. umbra, 1995, 148

impedimento alla consumazione di rapporti sessuali della coppia e, pertanto, tale da non implicare la volontaria inosservanza degli obblighi di assistenza fisica e morale nei confronti del coniuge libero e, quindi, che non possa sfociare nella generazione di crisi di coppia per causa di addebito di responsabilità attribuibile al detenuto il quale, in merito, non avrebbe alcuna facoltà di intervenire per rimediare ad una simile carenza, non potendo egli essere inteso quale responsabile di una mancanza causata da “astinenza” che non sia potuta dipendere da una sua scelta e volontà. Di contro, a ben vedere, sarebbe altrettanto condivisibile, sostenere che lo *status* di detenzione, inteso come una situazione giuridica soggettiva acquisita da un soggetto a seguito della commissione di un fatto espressamente previsto dalla legge come reato, legittimerebbe il coniuge non recluso ad invocare lo stato di crisi della famiglia per addebito di colpa gravante nei confronti del condannato avendo quest’ultimo messo in essere un’azione criminale tale da minare anche la propria vita matrimoniale di coppia e, conseguentemente, la relazione affettiva e sessuale di cui, lo stesso coniuge libero, avrebbe diritto. Con questa interpretazione si è cercato di focalizzare l’attenzione sull’analisi dei bisogni psico - fisici (di tipo affettivo – sessuale) del coniuge o *partner* non detenuto e delle conseguenze che ne potrebbero derivare in modo da evidenziare come la tutela dei rapporti di tale natura debbano essere sempre garantiti in favore del detenuto anche allo scopo di tutelare la sussistenza dei propri affetti e lo scongiuro di eventuali crisi di coppia addebitabili nei suoi confronti tali da danneggiare ed influenzare gravemente il suo percorso rieducativo e di (eventuale) reinserimento sociale.

dott. Nicola Fresu,
*L’analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

La moderna criminologia ha dimostrato come incontri frequenti e intimi con le persone con le quali vi è un legame affettivo abbiano un ruolo insostituibile nel difficile percorso di recupero del reo: da qui l'esigenza di avvicinare, per quanto possibile, il recluso al mondo esterno e, in particolare, a quello dei suoi affetti. Consentire la affettività in carcere - come del resto già avviene in altri Paesi europei - permetterebbe di agevolare il reinserimento sociale attraverso la valorizzazione dei legami personali e, nel contempo, attenuerebbe la solitudine che accompagna i detenuti durante il periodo di espiazione della pena.

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

CAPITOLO QUARTO

LA FILIAZIONE NEL CONTESTO DETENTIVO

Sommario: 4.1 *La responsabilità genitoriale quale espressione di un dovere costituzionale* - 4.2 *La legge 21 aprile 2011 n. 62: novità e criticità* - 4.3 *Un diritto di natura giurisprudenziale: l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita* - 4.3.1 *Lo stato normativo della tutela in contesti internazionali* - 4.4 *Corte di Strasburgo, Sent. 6 dicembre 2016, Requête no 20323/14, Kanalas c. Romania: mancata concessione ad un detenuto del permesso di partecipare al funerale della propria madre* - 4.5 *Ordinanza Tribunale di Sassari: la concessione di un permesso ex art. 30 L. 26 luglio 1975, n.354* - *Corte di Cassazione sezione I penale sentenza 15 febbraio 2017, n. 7344.*

4.1 La responsabilità genitoriale quale espressione di un dovere costituzionale

La filiazione è il rapporto intercorrente tra la persona fisica e coloro che l'hanno concepita. Soggetti di tale rapporto sono il figlio ed i genitori ma, il nome dell'istituto è, appunto, quello di filiazione, in considerazione del fatto che esso gravita attorno alla posizione del figlio, in favore del quale si riferisce la disciplina normativa (artt. 231 - 290 c.c.)¹²⁶.

Il titolo II, parte I della Costituzione della Repubblica Italiana¹²⁷, enuclea i principi fondamentali riferiti alla tutela della famiglia. In particolare, per quanto d'interesse in questa sede, l'art. 30 cost. afferma che "è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio. Nei casi di

¹²⁶ Cesare Massimo Bianca, *Diritto Civile*, 2.1 La Famiglia, quinta edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2014, pag. 326.

¹²⁷ Rif. Artt. 29 - 31 Cost.

incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti. La legge assicura ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima. La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità.” Garantire una reale e concreta tutela affettiva in favore del detenuto rispetto alle relazioni con i propri familiari equivale, in questo senso, ad assicurare la massima espressione di adempimento di un dovere costituzionale quale quello della responsabilità genitoriale ex art. 316 c.c. e, nel contempo, agevola la tutela del diritto “superiore” del minore di essere educato, istruito e mantenuto dalla propria famiglia.

La natura umana pretende che la tutela giuridica del rapporto del detenuto con il proprio figlio sia differente dai casi in cui il condannato sia padre o madre, sulla base delle rispettive funzioni e secondo le esigenze naturali della prole. La già citata teoria dell’attaccamento riferita al processo di interazione tra figura materna ed il bambino mediante il quale si forma la personalità del piccolo, ne costituisce un esempio¹²⁸.

L’esplicarsi del bisogno infantile di attaccamento e del correlato ruolo genitoriale rappresentano una dimensione tale da costituire un processo di relazione capace di influire sulle capacità motorie, stati emotivi ed ulteriori valenze psicologiche, tra il neonato e la figura materna¹²⁹. Parte della scienza psicologica riconosce l’importanza del “*good parenting*” in supporto dello sviluppo infantile e, più precisamente, ritiene che la qualità delle relazioni familiari tra genitori e figli

¹²⁸ Angelino Tedde e Gianfranco Nuvoli, *Psicologia e famiglia – Saggi e rassegne di studi in Sardegna (1980 – 1989) – Laboratorio di Psicologia*, Carlo Delfino Editore, Sassari, 1997, pag. 95.

¹²⁹ M.D. Ainswort, *Infancy in Uganda: infant care and the growth of attachment*. Hopkins Press, Baltimore

rappresenta un elemento chiave che permette di valutare i fattori di rischio ed i fattori protettivi nella vita di adulti e bambini influenzando, ulteriormente, il riscontro sociale di un'adeguata funzione genitoriale, ravvisabile nell'aspettativa che i genitori favoriscano un ambiente adatto allo sviluppo ed alla realizzazione dei figli.¹³⁰

Predisporre una tutela ad un condannato affinché possa trovarsi nella condizione di adempiere ai suoi obblighi genitoriali equivale, pertanto, non solo al riconoscimento di un diritto da garantire al detenuto ma, in aggiunta, al garantire una concreta protezione della figura del minore coinvolta la quale, in riscontro, ripercuoterà il proprio vissuto nel tessuto sociale di cui fa parte (nel bene o nel male). In questo modo si esalta l'importanza, in termini di benessere comune, che tale tutela può agevolare.

4.2 La legge 21 aprile 2011 n. 62: novità e criticità

Con la legge 21 aprile 2011 n. 62 recante “Modifiche al codice di procedura penale e alla legge 26 luglio 1975 n. 354 e altre disposizioni a tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori”¹³¹, il Legislatore ha voluto innovare parte della normativa¹³² relativa alle misure cautelari contenuta nel codice di rito penale ed anche diversi istituti disciplinati dalla legge n. 354/75 sull'ordinamento penitenziario. A tutt'oggi, l'articolo 11, comma 9 della legge n. 354/1975 continua a recitare che negli

¹³⁰ Benedetta Polini, Guido Maggioni, *La genitorialità adeguata – Competenza ed efficacia nelle relazioni familiari*, Franco Angeli, Milano, 2016, pag. 7, cfr. A. ABELA E W. JANET, 2014, *Changing Couples and Family Relationship*. In Angela Abela e Janet Walker (a cura di), *Contemporary Issues in Family Studies: Global Perspectives on Partnerships, Parenting and Support in a Changing World*, New York, Wiley.

¹³¹ Legge pubblicata in Gazzetta Ufficiale del 5 maggio 2011 n. 103.

¹³² Vedi Legge 8 marzo 2001 n. 40 - Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori .

istituti penitenziari “alle madri è consentito di tenere presso di sé i figli sino all’età di tre anni. Per la cura e l’assistenza dei bambini sono organizzati appositi asili nido”. Se il carcere è (com’è) ritenuto luogo inadatto al minore e nel quale dovrebbe restare il meno possibile, innalzare il limite previsto nella norma riportata apparrebbe come una chiara contraddizione. All’opposto, l’intento della legge 62, in relazione al sistema penitenziario, è stata quella di offrire alla madre altre possibilità di assistere e accudire il figlio minore fuori dall’istituto di pena classicamente inteso.

La *ratio* complessiva di tale normativa si coglie soprattutto nella volontà del legislatore di rafforzare l’attuale quadro degli istituti processuali penali e penitenziari in materia di tutela del rapporto tra il minore e la madre o, se questa è impossibilitata, il padre, che si trovi in stato di privazione della libertà personale, sia perché in stato di custodia cautelare durante il processo, sia sottoposta a pena detentiva da scontarsi in istituto di pena¹³³.

Come premesso, l'articolo 1 della legge 62/2011, attraverso una modifica all'art. 275 c.p.p., prevede l'aumento da tre¹³⁴ a sei anni dell’età del bambino al di sotto della quale non può essere disposta o mantenuta la custodia cautelare della madre in carcere (ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole), salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza.

¹³³ Alessandra Concas in <https://www.diritto.it/il-rapporto-tra-carcere-e-genitorialita/>

¹³⁴ Autorità: Cassazione penale sez. VI - Data: 08/03/2016 - n. 13440 – Massima: È parte del nostro ordinamento il principio generale volto ad assicurare la tutela dell'interesse del bambino, tanto che l'art. 18, lett. s), l. n. 69 del 2005, in tema di mandato di arresto europeo, prevede il divieto della consegna della madre con prole convivente di età inferiore ai tre anni (nella specie, relativa alla estradizione di una donna verso la Moldavia, la Corte ha cassato la decisione dei giudici del merito, i quali, stante la condizione dell'estradata madre di una figlia convivente dell'età di tre anni, erano venuti mena all'obbligo di accertare - anche chiedendo informazioni alle autorità del Paese istante - la disciplina dello Stato richiedente in ordine al trattamento penitenziario riservato alle madri detenute con prole infantile).

In presenza di tali esigenze la Legge, aggiungendo l'art. 285-bis al c.p.p., prevede la possibilità di disporre la custodia cautelare della donna incinta e della madre di prole di età non superiore ai sei anni in un istituto a custodia attenuata per detenute madri¹³⁵. Una integrazione all'art. 284 c.p.p. permette, invece che l'esecuzione degli arresti domiciliari degli stessi soggetti avvenga, ove istituita, in una casa famiglia protetta.

Di contro, con riferimento all'espiazione della pena detentiva, l'articolo 3 della Legge 62\2011 interviene sull'ordinamento penitenziario rinnovando la disciplina sulla detenzione domiciliare e sulla detenzione domiciliare speciale prevista dall'ordinamento penitenziario (Legge 354/1975). Con una prima modifica dell'art. 47-ter ord. pen. (detenzione domiciliare) viene riconosciuto in favore della donna incinta o madre di prole di età inferiore ad 10 anni con lei convivente, di scontare la reclusione non superiore a 4 anni (anche se costituente parte residua di maggior pena) anche in case famiglia protette.

Una ulteriore novella interessa la disciplina della detenzione domiciliare speciale per le donne madri di prole di età inferiore agli anni dieci (art. 47-quinquies della Legge 354/1975). La disciplina previgente stabiliva che nel caso in cui non fosse possibile concedere l'applicazione della detenzione domiciliare di cui all'art. 47-ter, in assenza di un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti e sussistendo la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli, le detenute potevano espiaare la pena nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, al fine di provvedere alla cura e alla assistenza dei figli, dopo l'espiazione

¹³⁵ I.C.A.M.

di almeno un terzo della pena ovvero dopo l'espiazione di almeno 15 anni nel caso di condanna all'ergastolo. La Legge 62/2011 inserisce la possibilità di espriare anche il terzo della pena o, per le madri ergastolane, i citati 15 anni di detenzione presso un I.C.A.M.; nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza (se non sussiste in concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o concreto pericolo di fuga); presso le strutture adibite a case famiglia protette, nei casi in cui non si possa disporre di una propria abitazione. In aggiunta, anticipando ed integrando quanto nel prossimo capitolo si riferirà in merito ai reati “gravi”, la nuova disciplina sulla detenzione domiciliare speciale non può applicarsi nei casi riferiti a madri detenute per reati di grave allarme sociale di cui all’articolo 4-bis della legge n. 354 del 1975.

L’art. 2 della Legge 62 disciplina, inoltre, il diritto di visita al minore infermo (articolo 2), anche non convivente, da parte della madre detenuta o imputata ovvero del padre nelle stesse condizioni, nonché il diritto della detenuta o imputata di essere autorizzata dal giudice ad assistere il figlio durante le visite specialistiche, relative a gravi condizioni di salute (nuovo articolo 21-ter della legge n. 354 del 1975). Tale ultimo diritto spetta anche al padre nel caso in cui la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole.

È fuor di ogni contestazione ritenere che con la legge n. 62/2011 si siano affrontate (con approccio risolutivo) molte delle lacune della normativa previgente ma, tuttavia, pare che siano ancora necessari ulteriori sforzi normativi che tengano conto delle informazioni scientifiche raggiunte nel campo della psicologia, della pediatria e

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

nel campo dello studio della giustizia riparativa, utile, quest'ultima, a permettere ai genitori detenuti di espletare, senza ripercussione alcuna ai danni della propria prole, delle normali azioni genitoriali che possano essere utili a ricucire una relazione affettiva danneggiata dalla commissione del reato.

Un simile orientamento normativo¹³⁶ è tale da garantire, al figlio minore, di crescere in maniera equilibrata grazie, soprattutto, alla vicinanza e all'affetto di entrambi i genitori, permette al genitore detenuto (od internato) o ad entrambi i genitori di responsabilizzarsi nell'accudimento dei propri figli e favorisce uno strumento di supporto al genitore "libero" che debba badare alla prole.

Criticamente, si osserva che non è responsabile riconoscere la concessione di detti benefici all'astratta previsione *ex lege* di un'età massima del figlio, in quanto, sovente, un figlio di età superiore a quella stabilita dalla legge ha bisogno dell'affetto e dell'assistenza di entrambi i genitori. Pertanto, sarebbe opportuno prevedere che i benefici in oggetto possano essere studiati *ad hoc* da apposite commissioni precostituite in modo da garantire concretamente il rispetto dell'interesse superiore del minore ed un'equa tutela giuridica dei rapporti familiari del detenuto secondo una prospettiva rieducativa e riparativa.

Infine, si rinvengono ulteriori due zone d'ombra in cui si rende necessario un intervento restauratore del Legislatore. In primo luogo, si fa riferimento al caso in cui la madre, già in detenzione domiciliare "speciale", muore qualche giorno prima del compimento del decimo anno da parte del figlio, o non è più in grado di assisterlo e non

¹³⁶ Giuseppe Mastropasqua in *Dir. famiglia*, fasc.4, 2011, pag. 1853.

vi sono altri soggetti (diversi dal padre detenuto) ai quali affidarlo: in questa evenienza, in base al tenore letterale dell'art. 47-quinquies, commi 7 e 8, O.P., il padre in *vinculis*¹³⁷, non avendo già beneficiato della detenzione domiciliare “speciale”, non può ottenere la proroga della stessa misura già concessa alla madre e neppure può essere ammesso all'assistenza esterna ex art. 21-bis O.P. o alla stessa detenzione domiciliare “speciale”, perché il figlio ha, nel frattempo, raggiunto i dieci anni. In secondo luogo, si richiama l'ipotesi del figlio con età minore ad anni dieci, con madre impossibilitata o deceduta e con padre¹³⁸ che deve eseguire una pena superiore a quattro anni applicata per un reato annoverato dall'art. 4-bis O.P. e non ha ancora espiato il minimo di pena stabilito per l'accesso ai benefici previsti dagli artt. 21-bis e 47-quinquies O.P.; in questa evenienza il padre non può fruire neppure della detenzione domiciliare prevista dall'art. 47-ter, comma 1, lettera b) O.P.¹³⁹

4.3 Un diritto di natura giurisprudenziale: l'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita¹⁴⁰

L'accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita (T.P.M.A.) è

¹³⁷ Sottoposta al regime previsto dall'art. 41bis O.P..

¹³⁸ Cassazione penale, sez. VI, 08/07/2009, n. 31772 - Il divieto della custodia cautelare in carcere per l'imputato padre di prole di età inferiore a tre anni non sussiste per la sola circostanza che la madre presti giornalmente attività lavorativa, essendo questa condizione del tutto normale, la quale di per sé non impedisce di prendersi cura dei figli.

¹³⁹ Giuseppe Mastropasqua in Dir. famiglia, fasc.4, 2011, pag. 1853.

¹⁴⁰ Giuseppe Mastropasqua, l'accesso al programma di procreazione medicalmente assistita da parte della persona detenuta in espiazione della pena dell'ergastolo. Dir. famiglia, fasc.1, 2010, pag. 356.

disciplinato dalla l. 19 febbraio 2004 n. 40, dal d.m. 21 luglio 2004 e dal d.m. 16 dicembre 2004 n. 336.

Nell'art. 1, 1° comma, l. n. 40/2004 si stabilisce che tale tipologia di procreazione è consentita alle condizioni e secondo le modalità ivi previste, al fine di assicurare un'equa tutela dei diritti di tutti i soggetti coinvolti (genitori e concepito).

Le T.P.M.A. fanno riferimento ad un diritto fondamentale della persona adulta corrispondente alla libertà di procreare e divenire genitore; questa libertà si esplica nella possibilità di progettare autonomamente la vita personale, decidendo se, quando, con chi e quanti figli procreare, sicché lo Stato ai sensi dell'art. 3 Cost. s'impegna ad eliminare gli ostacoli che ne impediscono l'esercizio.

Ciò posto, si dà atto che nella giurisprudenza europea e interna si rinvencono decisioni, in cui si afferma che l'esecuzione della pena in carcere non può vanificare la libertà di procreare del reo. Invero, secondo la Corte Europea dei diritti dell'uomo (C.E.D.U.)¹⁴¹, il diritto di divenire genitore mediante l'inseminazione artificiale, riguardando la vita privata e familiare e incidendo su un aspetto fondamentale dell'esistenza e dell'identità dell'uomo, va riconosciuto in presenza di determinate condizioni anche a chi è detenuto. Sulla stessa scia si colloca la Corte di Cassazione, la quale puntualizza chiaramente che anche la persona in *vinculis* è libera di procreare e questa libertà va annoverata fra i diritti fondamentali e inviolabili dell'uomo: Sent "In relazione alla richiesta del condannato di ammissione al programma di procreazione medicalmente assistita, il magistrato di sorveglianza è tenuto a pronunciarsi, valutando

¹⁴¹ C.E.D.U. Grande Camera sentenza 4 dicembre 2007, ricorso n. 44362/04, in Guida al dir., 2008, n. 1, 86 in una fattispecie in cui il marito era in carcere e la moglie era libera.

la tutelabilità concreta della pretesa avanzata, secondo un criterio di proporzione tra esigenze di sicurezza sociale e penitenziaria e interesse della singola persona. (fattispecie nella quale il magistrato di sorveglianza aveva dichiarato non luogo a provvedere in ordine al reclamo proposto da un condannato in regime di 41 bis O.P. avverso il diniego del D.A.P. di consentirgli l'accesso al programma di procreazione assistita, ancorché risultasse medicalmente accertata una patologia giustificativa del trattamento invocato)”¹⁴².

È necessario mettere in evidenza che i diritti suindicati rientrano nella categoria dei diritti umani e, in quanto tali, sono assoluti, personali, indisponibili, intrasmissibili, incedibili, irrinunciabili e imprescrittibili. Ove venissero violati, si profilerebbe la possibilità in favore del titolare di richiedere il risarcimento del danno per equivalente e, in alcuni casi, anche in forma specifica. La libertà di procreare e il dovere di proteggere l'infante sono riconosciuti, anche durante la carcerazione del genitore, in diversi atti internazionali. Nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo si prevede che ogni uomo ha diritto alla vita e alla libertà (art. 3) e che nessun individuo può essere sottoposto ad interferenze arbitrarie nel suo ambito di vita privata e familiare (art. 12); si stabilisce, altresì, non solo che l'uomo e la donna in età adatta hanno il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia (art. 16), ma anche che la maternità e i figli godono di speciali cure e dell'assistenza sociale (art. 25). Nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali si riconoscono all'art. 2 il diritto alla vita e all'art. 8 il diritto al rispetto dell'intimità privata e familiare. Nel Patto

¹⁴² Cassazione penale, sez. I, 30/01/2008, n. 7791 - CED Cassazione penale 2008 - Arch. nuova proc. pen. 2008, 5, 583.

internazionale sui diritti civili e politici - reso esecutivo in Italia con la l. n. 881/77 - si stabilisce all'art. 23 che la famiglia è il nucleo naturale e fondamentale della società. Il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, il 12 febbraio 1987, ha approvato la Raccomandazione R (87)3, con la quale ha invitato gli Stati membri ad allineare le proprie normative interne ai principi enunciati nel testo sulle Regole Penitenziarie Europee adottato con la Risoluzione (73)5 del 19 gennaio 1973. In tale documento si legifera: la madre ristretta deve partorire in ospedale esterno al carcere e, ove ciò non sia possibile, l'Amministrazione penitenziaria deve predisporre personale e strutture idonee per l'assistenza prima, durante e dopo il parto; la nascita del bambino in carcere non va menzionata nei certificati anagrafici e di stato civile; devono essere organizzati, qualora alla madre sia consentito tenere il figlio con sé in carcere, appositi asili nido con personale qualificato (art. 28); le persone detenute devono avere contatti con le famiglie e il mondo esterno (art. 43); il trattamento penitenziario deve consentire di mantenere e rafforzare i legami tra persona detenuta e familiari (art. 65) e deve attuare il principio di vicinanza territoriale alla famiglia (art. 68).

Nella Convenzione sui diritti del fanciullo, sottoscritta a New York il 20 novembre 1989 e ratificata dallo Stato con la l. 27 maggio 1991 n. 176, si sancisce che il fanciullo non va mai separato dai genitori contro la sua volontà, tranne che il distacco sia necessario nell'interesse del fanciullo stesso.

Nella Costituzione Europea, di cui al Trattato del 29 ottobre 2004, si sancisce espressamente che la dignità umana è inviolabile e va rispettata e tutelata (art. II-61); ogni persona ha diritto alla vita (art. II-62) e al rispetto della sua intimità privata e

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

familiare (art. II-67); il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia è garantito secondo le diverse leggi nazionali, che ne disciplinano l'esercizio (art. II-69); il minore ha diritto alla protezione e alle cure necessarie per il suo benessere, nonché ad avere regolari rapporti personali e contatti diretti con entrambi i genitori, salvo che ciò sia contrario al suo interesse (II-84); la famiglia va protetta sul piano giuridico, economico e sociale (art. II-93).

Da ultimo, con la Raccomandazione R(2006)2, adottata dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa in data 11 febbraio 2006, gli Stati membri sono sollecitati a conformare la normativa interna alle Regole penitenziarie europee e in particolare, per quanto rileva in questa sede, ai seguenti principi: la vita in carcere deve svolgersi in modo possibilmente non difforme da quella esterna (art. 5); bisogna consentire, in deroga al principio generale di separazione, la coabitazione in carcere anche di notte fra persone di sesso diverso, al fine di agevolarne la partecipazione alle attività organizzate, purché gli interessati siano d'accordo e le autorità penitenziarie la ritengano vantaggiosa (art. 18); la persona detenuta può comunicare frequentemente con i familiari e ogni limitazione al riguardo - per motivi di ordine e sicurezza - non deve intaccare quella soglia minima accettabile di contatti, che consenta di mantenere e curare i rapporti familiari nel modo più normale possibile (art. 24); la donna detenuta deve essere autorizzata a partorire fuori dal carcere e, se tuttavia il parto avvenga in istituto, ha diritto di fruire dell'assistenza e di strutture adeguate per sé e il figlio (art. 34, III° comma); il bambino in tenera età può restare con il genitore in carcere solamente se

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

ciò risponda all'interesse del minore; in Istituto vanno allestiti asili nido con personale qualificato e spazi speciali per assicurare il benessere al bambino (art. 36).

A conti fatti, risulta assolutamente evidente la grande attenzione giuridica internazionale riferita alla tutela dei rapporti familiari dei detenuti in termini di genitorialità e procreazione. In generale, le dinamiche sociali tutte, si riproiettano all'interno delle mura carcerarie in tutte le loro forme, subendo, di contro, la riformulazione delle “normali” sensazioni, rese sicuramente più rudi dalla realtà penitenziaria: la circostanza che il figlio può nascere nel momento in cui la madre si trova in carcere è, di fatti, una normale dinamica inevitabile che, come le altre, richiede l'attivazione di altri soggetti i quali, oltre alla tutela della partoriente e del nascituro, necessita di una protezione degli altri principi portanti del sistema penitenziario; per es. in tale evenienza l'art. 44 ord. pen. sancisce che negli atti di stato civile, non si faccia alcuna menzione dell'Istituto in cui è avvenuta la nascita della nuova creatura.

Ai sensi dell'art. 11, 8° e 9° comma, ord. pen. in ogni Istituto penitenziario per donne devono essere predisposti servizi per l'assistenza sanitaria alle gestanti e alle puerpere; le madri possono tenere con sé il figlio sino all'età di 3 anni, usufruendo dell'asilo nido appositamente istituito al suo interno (vedi *supra*).

Ulteriore disposizione degna di nota, corrisponde al dettato dell'art. 19 reg. esec. rubricato “assistenza particolare alle gestanti e alle madri” che può essere suddivisa in tre micro sistemi: di tutela: il primo è relativo all'assistenza offerta alla donna in gravidanza e al momento del parto, il secondo si riferisce ai luoghi di permanenza del

bambino ed infine il terzo si occupa della gestione degli interventi e di tutte le azioni da attivare al momento del distacco del bambino dalla madre detenuta.

La prima tutela stabilisce che la gestante è assistita da personale paramedico e da specialisti in ostetricia e ginecologia appositamente incaricati e compensati dall'Amministrazione, oppure da professionisti esterni da lei nominativamente richiesti e remunerati a sue spese; il parto, poi, deve avvenire preferibilmente in luogo esterno di cura ai sensi dell'art. 11 ord. pen. È sicuramente interessante evidenziare che la regolamentazione riportata dall'art. 14, ult. comma, reg. esec. secondo cui vengono definite particolari limitazioni relative alla ricezione, acquisto e possesso di oggetti, non si applica ai beni ed ai generi destinati alle madri detenute per il fabbisogno del figlio con lei convivente in Istituto.

La seconda, sancisce che negli Istituti, ove sono ospitate madri con figli, vanno organizzati appositi reparti ostetrici e asili nido e devono essere assicurate le prestazioni professionali di ginecologi, puericultori, ostetrici, pediatri e psicologi specializzati in psicologia dell'età evolutiva; le camere, in cui dimorano le madri e i figli, non devono essere chiuse al fine di consentire loro il libero spostamento all'interno del reparto o della sezione; ai bambini sono assicurate le attività ricreative e formative proprie della loro età ed è concesso - previo consenso della madre e con l'ausilio dei servizi pubblici e del volontariato - di uscire dall'Istituto per svolgere le attività opportune e frequentare gli asili nido.

Da ultimo, il terzo micro sistema, stabilisce che la direzione dell'Istituto, allorché il bambino va separato dalla madre ristretta e mancano altre persone disponibili a

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

riceverlo in affidamento, deve interpellare la madre e informare tempestivamente il Servizio Sociale e gli enti per l'assistenza all'infanzia, affinché sia adottata ogni iniziativa volta ad assicurare il mantenimento di costanti rapporti tra madre e figlio.¹⁴³

4.3.1 Lo stato normativo della tutela in contesti internazionali

Nella normativa in vigore in altri Stati queste problematiche sono variamente risolte. Negli U.S.A., a partire dal 1950, tredici Stati approvarono una normativa che permetteva alla madre di portare con sé in carcere il figlio, in seguito, tra il 1960 e il 1970 diversi Stati decisero di abrogare queste disposizioni, preferendo dare maggior peso alla sicurezza nell'Istituto e agli effetti negativi prodotti dalla carcerazione sul normale sviluppo del bambino piuttosto che affrontare le difficoltà derivanti dalla gestione dei bambini in Istituto. Tuttavia, qualche Stato si orientò nel senso di garantire l'assistenza alla donna reclusa prima e dopo il parto, prevedere la temporanea sospensione dell'esecuzione della pena al fine di consentire alla donna di partorire in ospedali esterni, organizzare particolari modalità di custodia dopo la nascita del figlio. In Canada l'approccio a tale materia è finalizzato al ricongiungimento della madre detenuta col figlio, anche se si consente, comunque, alla genitrice di portare con sé in istituto la prole a condizione che dimostri un effettivo interessamento verso questa; in alcuni istituti di pena sono allestiti spazi in cui la madre può trascorrere un'intera giornata con i familiari e il figlio.

¹⁴³ Giuseppe Mastropasqua, l'accesso al programma di procreazione medicalmente assistita da parte della persona detenuta in espiatione della pena dell'ergastolo. *Dir. famiglia*, fasc.1, 2010, pag. 356.

In Bolivia si è verificata una situazione paradossale, pressoché unica al mondo: nel 1998, oltre 2.000 bambini vivevano in 17 Istituti penitenziari, perché entrambi i genitori erano detenuti e non era possibile assicurare ai figli soluzioni alternative sul piano assistenziale; addirittura, poi, nel carcere più grande del Paese erano presenti più bambini che detenuti.¹⁴⁴

4.4 Corte di Strasburgo, Sent. 6 dicembre 2016, Requête no 20323/14, Kanalas c. Romania: mancata concessione ad un detenuto del permesso di partecipare al funerale della propria madre.

“Art. 8 Cedu: Diritto al rispetto della vita privata e familiare: Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell’esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell’ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.”¹⁴⁵

¹⁴⁴ Giuseppe Mastropasqua, l'accesso al programma di procreazione medicalmente assistita da parte della persona detenuta in espiatione della pena dell'ergastolo. Dir. famiglia, fasc.1, 2010, pag. 356.

¹⁴⁵ Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, firmata a Roma il 4 novembre 1950 dai 12 stati al tempo membri del Consiglio d’Europa (Belgio, Danimarca, Francia, Grecia, Irlanda, Islanda, Italia, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Regno Unito, Svezia, Turchia) - Entrata in vigore il 3 settembre 1953. In Italia, la Convenzione, è entrata in vigore il 10 ottobre 1955 - [vedi: sentenze gemelle (n. 348 e 349 del 2007)].

La nozione di vita familiare è un concetto che, a gran diritto, può definirsi autonomo e la Corte Europea per i diritti dell’Uomo ne esalta gli aspetti più sensibili, esaminando i vincoli che legano *de facto* i diversi interessati nei ricorsi presentati a Strasburgo. Nell’interpretare la nozione di vita familiare, la Corte, talora richiamando il dettato di cui all’articolo 14 (stesso testo) riferito al principio di non discriminazione nel godimento dei diritti sanciti dalla Convenzione, ha garantito tutela ad un modello di famiglia più ampio rispetto a quello “tradizionale” pur sottolineando la facoltà degli Stati di accordare ai “diversi modelli” forme differenziate di tutela.

Il caso che si va ad esporre riguarda un argomento molto caro alla giurisprudenza di Strasburgo la quale, tra gli altri, imprime una decisiva forma di tutela in favore, nel caso che c’interessa, del succitato articolo 8 riferito alla protezione giuridica della vita familiare e privata. Nel dettaglio, la Corte si è espressa in merito al ricorso proposto contro lo Stato Rumeno da Florian Kanals, un detenuto che lamentava (oltre lo stato delle condizioni di detenzione subite nelle carceri di Oradea e di Rahova) il rifiuto delle autorità carcerarie di concedergli un permesso per partecipare al funerale della madre. Kanals era stato condannato, nel 2011, a dodici anni e mezzo di carcere per tentato omicidio (ridotti poi a 10).

Il 21 marzo 2014, Kanals, si era rivolto alla direzione del carcere di Oradea per richiedere un permesso al fine di partecipare al funerale della madre defunta. La domanda non trovò accoglimento a causa della tipologia di pena cui era soggetto e in considerazione del fatto che aveva già ricevuto un permesso premio nello stesso mese. Di tutta risposta, Kanals aveva presentato una denuncia per abuso di autorità contro il

dott. Nicola Fresu,
*L’analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

direttore dell'Istituto ed il pubblico ministero presso il tribunale di Oradea aveva, di contro, archiviato l'istanza. È necessario premettere che secondo la normativa penitenziaria Rumena la persona condannata può, se meritevole, chiedere alla direzione del carcere l'autorizzazione per un giorno premio, ma non più di quindici, all'anno. In caso di diniego ci si può rivolgere al giudice di sorveglianza.¹⁴⁶.

La Cedu, in premessa, fa diretto e chiaro richiamo al dettato della Raccomandazione Rec (2006) 2 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee (vedi *supra*) secondo cui nei casi in cui ritenuto possibile, al detenuto deve essere consentito di uscire dal carcere per visitare un parente malato, per un funerale o per altri motivi umanitari. La Corte ha ritenuto che il rifiuto a Kanals di partecipare al funerale della propria madre debba essere considerato come una interferenza con il diritto del ricorrente al rispetto della vita familiare ai sensi dell'articolo 8 della la Convenzione e che la procedura riferita alla concessione di permessi premio, nel caso di richiesta di permesso per partecipare al funerale di un membro della famiglia, non è applicabile. La Corte ha riconosciuto la certa responsabilità in capo alle Autorità Nazionali di non aver effettuato un equo e “giusto” bilanciamento degli interessi in gioco: il diritto del ricorrente al rispetto della vita familiare e la difesa dell'ordine e della sicurezza pubblica nella prevenzione del crimine. In base a queste considerazioni la Cedu ha ritenuto di dover condannare, all'unanimità, la Romania al pagamento di € 15.000 a titolo di risarcimento.¹⁴⁷

¹⁴⁶ In Romania, avere permessi premio per i detenuti, non è un “diritto” ma, nel concreto, si tratta di una possibilità.

¹⁴⁷ Corte di Strasburgo, Sent. 6 dicembre 2016, Requête no 20323/14, Kanalas c. Romania

4.5 Ordinanza Tribunale di Sassari: la concessione di un permesso ex art. 30 L. 26 luglio 1975, n.354 - Corte di Cassazione sezione I penale sentenza 15 febbraio 2017, n. 7344¹⁴⁸

Con ordinanza in data 16 aprile 2015, depositata il 21 aprile 2015, il Tribunale di sorveglianza di Sassari ha accolto il reclamo del B.S.C. avverso il provvedimento del Magistrato di sorveglianza concedendo in suo favore un permesso di tre ore, con scorta, per recarsi a rendere visita alla madre la quale era stata colpita da infarto e sottoposta ad intervento chirurgico. Tale condizione clinica integrava il grave e importante evento familiare che avrebbe consentito la fruizione del succitato permesso.

Avverso tale Ordinanza ha presentato ricorso per Cassazione il Procuratore generale presso la Corte d'appello di Sassari il quale ha contestato l'erronea applicazione dell'art. 30 L. 26 luglio 1975, n.354. Egli ha sostenuto che la fase acuta al momento della richiesta era stata superata dall'intervento di angioplastica e che, pertanto, la condizione clinica non integrava, dunque, quella situazione di pericolo o di emergenza familiare ma, bensì, si sarebbe dovuto profilare uno stato di salute che non configurava una condizione eccezionale, né di particolare gravità in considerazione del fatto che la situazione di cardiopatia era da ritenersi risolta.

La Corte ha ritenuto infondato il ricorso osservando che il permesso di necessità previsto dall'art. 30, comma secondo, legge 26 luglio 1975, n. 354, si fonda su tre requisiti essenziali: il carattere eccezionale della concessione, la particolare gravità dell'evento giustificativo e la correlazione di esso con la vita familiare. L'accertamento

¹⁴⁸ Corte di Cassazione, sezione I penale, sentenza 15 febbraio 2017, n. 7344.

deve essere compiuto tenendo conto dell'idoneità del fatto stesso ad incidere nella vicenda umana del detenuto [Sez. 1, sentenza n. 46035 del 21/10/2014 Cc. (dep. 06/11/2014), P.M. in proc. Di Costanzo, Rv. 261274] profilandosi, dunque, una tutela costituzionale ex art. 27, 3° comma Cost.

Nel caso di specie, secondo la Corte, la motivazione del provvedimento impugnato risultava assai corretta. Di fatti i presupposti applicativi dell'istituto ricorrevano tutti al momento della richiesta del detenuto, e risultavano correttamente valutati dal giudice *a quo*. L'infarto e il conseguente trattamento sono condizioni cliniche che rientrano nella categoria di "evento grave", in funzione della concessione del permesso indicato e risultano in stretto collegamento con la vita familiare e con la vicenda umana del detenuto. Per altro verso, i rischi evidenziati in ricorso e legati al profilo di pericolosità rimettono questioni di merito, comunque considerate, e rispetto alle quali sono state, d'altro canto, dettate specifiche prescrizioni, inerenti la durata del permesso e l'accompagnamento con scorta.

Va detto che la giurisprudenza di merito Turritana (e la Suprema Corte, in conferma) ha, dunque, saputo interpretare correttamente tutte le disposizioni normative fino ad ora enucleate, interpretando la disciplina penitenziaria sulla scorta dei principi civilistici della tutela familiare individuati nella cura ed attenzione dell'esigenza emotivo - affettiva (o psico-cognitiva) di visitare un proprio familiare bisognoso. Il magistrato ha saputo "pesare" diligentemente il proprio giudizio in modo da tale da evitare possibili ripercussioni negative sulla prospettiva rieducativa e risocializzante del detenuto. Egli ha saputo connubire le esigenze detentive alla necessità individuale del

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

singolo ed ha concesso, con le dovute cautele, un permesso che difficilmente si sarebbe potuto tradurre in un'azione negativa nei confronti del condannato. Con l'ordinanza richiamata, il Tribunale si è dimostrato capace di tradurre i principi generali del diritto di famiglia con le esigenze detentive permettendo, altresì, che il condannato si potesse trovare nella libera condizione di scegliere se espletare una possibile azione riparativa nei confronti della relazione con propria madre, evitandone lo sviluppo inconscio di ulteriori sensi di colpa causati dalla commissione del reato che lo ha reso "detenuto" e, quindi, impossibilitato ad adempiere alle sue funzioni di "figlio".

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

CAPITOLO QUINTO

*IL DETENUTO PER REATI DI CRIMINALITÀ ORGANIZZATA*¹⁴⁹

Sommario: *5.1 La famiglia nel contesto della criminalità organizzata - 5.2 Il contrasto alla criminalità organizzata in fase di esecuzione della pena - 5.3 La tutela giuridica dei rapporti familiari del detenuto speciale.*

5.1 La famiglia nel contesto della criminalità organizzata

La trattazione dell'argomento oggetto di ricerca impone di far cenno alla tutela dei rapporti familiari del detenuto per reati di criminalità organizzata, stante la peculiarità che riveste il concetto di famiglia all'interno delle organizzazioni criminali.

L'organizzazione e la cultura mafiosa sembrano assumere, nei confronti della famiglia, una posizione che si potrebbe definire ambigua. Infatti, l'importanza che questa istituzione assume nelle strategie mafiose appare motivata, principalmente, da considerazioni di opportunità. La cosca, nel gergo di cosa nostra indica, in ambito criminale e specialmente mafioso, un'aggregazione di elementi criminali che hanno tra loro vincoli o rapporti di affinità, i quali si riconoscono in un capo e si danno una struttura gerarchica per riuscire a controllare tutti gli affari leciti e illeciti della zona dove operano. Esaltata come valore, rigidamente difesa secondo criteri formali e funzionali, la famiglia assume, per la criminalità mafiosa, una duplice veste: da una parte strumento cardine per il controllo e l'esercizio della supremazia sul territorio, dall'altra modello organizzativo delle attività criminali. Nell'analisi della famiglia

¹⁴⁹ Nell'esposizione che segue, con il termine mafia, si intende, più genericamente, far riferimento alle diverse forme di organizzazione criminale.

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

mafiosa bisogna, quindi, distinguere la “famiglia” come cellula organizzativa di base della struttura criminale, con le sue regole, i suoi codici, i suoi confini, i suoi metodi di reclutamento e di iniziazione, dalla famiglia come gruppo primario in cui il minore, che potrebbe diventare mafioso, nasce, cresce ed è educato. In questo senso la famiglia di sangue, quella di origine, può essere considerata base della vita psichica e affettiva del singolo, luogo privilegiato in cui il minore, fin dai primi mesi di vita, assimila ed apprende norme e valori, che gli serviranno, in futuro, per costruirsi la propria identità e gestire la propria vita¹⁵⁰.

“Uomini d’onore si diventa in massima parte per eredità di famiglia”¹⁵¹. Questo ha affermato il collaboratore di giustizia Antonino Calderone in un’intervista, cercando di spiegare i motivi della longevità del fenomeno mafioso. La mafia è vista come una tradizione, una normale attività di famiglia che, come molte altre, va portata avanti dalle nuove generazioni. “I potenziali candidati all’iniziazione sono innanzitutto i figli, i cugini e i nipoti dei mafiosi stessi”¹⁵².

Della vita delle famiglie mafiose abbiamo saputo pochissimo fino a non molto tempo fa: l’alone di segreto e riservatezza che circondava questo mondo è stato pressoché assoluto. E ancora oggi è molto difficile comprendere le dinamiche intra-familiari, i ruoli che esistono all’interno della famiglia, le norme che la regolano, l’educazione che viene trasmessa ai figli. L’universo domestico sembra ruotare in

¹⁵⁰ Dott.ssa Bettiol Stefania, Tesi di Laurea in Criminologia dal titolo “Minori e organizzazioni mafiose, l’educazione alla legalità come risorsa”, Università degli Studi di Trieste, Anno Accademico 2003-2004. Disponibile sul sito: <http://www.liberanet.org/index.php/2012/01/3992/>.

¹⁵¹ P. Arlacchi *Gli uomini del disonore. La mafia siciliana nella vita del grande pentito Antonino Calderone*, Mondadori, Milano, 1992, p.5.

¹⁵² Siebert R. *Le donne, la mafia*, Il Saggiatore, Milano, 1994, p.30

prevalenza attorno a rapporti di tipo verticale, quali: marito - moglie, genitori - figli, fratello maggiore - fratello minore. Il numero dei membri non si limita alla coppia genitoriale e ad uno o due figli; si tratta di nuclei composti in media da più di quattro persone, cui vanno sommati altri parenti, in modo particolare nonni, zii e cugini.

Il sistema di parentela tra le famiglie della mafia è essenziale per la sopravvivenza dell'attività e il mantenimento del potere. La famiglia mafiosa è difficile da estinguere: anche se due o tre membri vengono arrestati, la famiglia continua a vivere. I vincoli di parentela, a volte vere e proprie strategie matrimoniali, servono per accrescere il potere della cosca. La politica dei matrimoni e l'intreccio simbolico del sangue sono utili proprio per unire i gruppi, comporre le faide e prevenire gli scontri tra cosche e clan diversi. Attraverso le parentele e i comparati si può avere una visione organica della famiglia e della discendenza dei mafiosi. In un sistema familiare così articolato e vincolante, la posizione dei minori è estremamente complessa, giacché fin da piccoli si trovano inseriti in una logica di relazioni e contatti dai quali risulta difficile distanziarsi. I legami affettivi con gli altri componenti del nucleo familiare sono molto stretti, viscerali: "La famiglia è lo Stato del siciliano" ha scritto Sciascia¹⁵³ in un suo romanzo per cercare di spiegare lo stretto rapporto tra i legami familiari e la criminalità mafiosa.

¹⁵³ Sciascia L. *Il giorno della civetta*, Einaudi, Torino, 1973, p.93

5.2 Il contrasto alla criminalità organizzata in fase di esecuzione della pena

La lotta alla criminalità organizzata non si ferma alla prevenzione o repressione del fenomeno: l'adozione di misure di prevenzione *ante delictum* e di pene detentive *ad hoc* non sempre possono dirsi risolutive. In particolare, la detenzione non pare avere alcuna efficacia deterrente e, tanto meno, pare esser capace di assicurare lo sradicamento del detenuto dall'associazione criminale; da qui la necessità di apprestare strumenti di lotta alla criminalità organizzata anche dopo la condanna, in sede di esecuzione della pena, attraverso la configurazione di un'azione a doppio taglio: il regime trattamentale "più severo" dei condannati in contrapposizione con il ricorso alla premialità per i collaboratori di giustizia¹⁵⁴ in modo da creare un muro divisorio con i collegamenti esistenti tra detenuto ed organizzazione criminale e, allo stesso tempo, di indurre il condannato a collaborare con l'autorità giudiziaria.

Come già più volte ripetuto, lo scopo perseguito dall'ordinamento penitenziario, consiste nel predisporre una disciplina dell'esecuzione della pena detentiva che tenesse conto della finalità rieducativa della pena stessa volta al reinserimento sociale del condannato e che garantisse al detenuto un trattamento conforme al senso di umanità in rispetto della dignità della persona (inoltre, secondo le teorie già proposte, che attivasse delle azioni riparatorie nei confronti di tutti i soggetti coinvolti).

¹⁵⁴ Paolo Corvi, *Trattamento penitenziario e criminalità organizzata*, Cedam – Casa editrice Dott. Antonio Milano, 2010, Milano, in *Problemi attuali della giustizia penale – Studi raccolti da Angelo Giarda, Giorgio Spangher, Paolo Tonini*, pag 21.

A partire dai primi anni novanta, di contro, a seguito dell'incremento di delitti di criminalità organizzata, si è registrata una decisa inversione di tendenza in cui lo Stato ha preso coscienza della necessità di gestire situazioni eterogenee con strumenti normativi elaborati *ad hoc*. In tale contesto, fermo restando l'identità della tipologia della sanzione inflitta, si è scelto di individuare un trattamento "più severo" ai danni di coloro che si fossero resi autori di delitti riferiti ad azioni di associazione di stampo mafioso (anche solo al fine di agevolare le attività), di sequestro di persona a scopo di estorsione, di attività associative di traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope, di terrorismo, di eversione dell'ordine democratico, ed altri ancora.

Il trattamento penitenziario ad essi riservato si distingue da quello riferito ai detenuti comuni per via del divieto di concessione di benefici penitenziari¹⁵⁵ ed è

¹⁵⁵ Art. 4 bis ord. pen. Divieto di concessione dei benefici e accertamento della pericolosità sociale dei condannati per taluni delitti 1. L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, esclusa la liberazione anticipata, possono essere concessi ai detenuti e internati per i seguenti delitti solo nei casi in cui tali detenuti e internati collaborino con la giustizia a norma dell'art. 58 -ter della presente legge: delitti commessi per finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza, delitto di cui all'art. 416 -bis del codice penale, delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, delitti di cui agli articoli 600, 600 -bis, primo comma, 600 -ter, primo e secondo comma, 601, 602, 609 -octies e 630 del codice penale, all'art. 291 -quater del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e all'art. 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309. Sono fatte salve le disposizioni degli articoli 16 -nonies e 17 -bis del decreto-legge 15 gennaio 1991, n. 8, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n. 82, e successive modificazioni. 1 -bis. I benefici di cui al comma 1 possono essere concessi ai detenuti o internati per uno dei delitti ivi previsti, purché siano stati acquisiti elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, altresì nei casi in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertata nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, nonché nei casi in cui, anche se la collaborazione che viene offerta risulti oggettivamente irrilevante, nei confronti dei medesimi detenuti o internati sia stata applicata una delle circostanze attenuanti previste dall'art. 62, numero 6), anche qualora il risarcimento del danno sia avvenuto dopo la sentenza di condanna, dall'art. 114 ovvero dall'art. 116, secondo comma, del codice penale. 1 -ter. I benefici di cui al comma 1 possono essere concessi, purché non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di

dott. Nicola Fresu,

*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*

Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

disciplinato dal dettato dell'art 4 bis ord. pen. il quale distingue due grandi categorie di reati ostativi: la prima, individuata nel primo comma dell'art. 4 bis ord. pen., comprende una serie di figure delittuose ricondotte all'appartenenza del detenuto ad un'organizzazione criminale, la seconda, ricondotta nell'alveo del primo comma *ter* dell'art. 4 bis ord. pen. fa invece riferimento a quelle tipologie di reati non necessariamente di stampo di criminalità organizzata ma ritenuti particolarmente gravi (reati con finalità di terrorismo, anche internazionale, o di eversione dell'ordine democratico mediante il compimento di atti di violenza; *vedi supra*. Delitti di cui agli

collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva, ai detenuti o internati per i delitti di cui agli articoli 575, 600 -bis, secondo e terzo comma, 600 -ter, terzo comma, 600 -quinqies, 628, terzo comma, e 629, secondo comma, del codice penale, all'art. 291 -ter del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, all'art. 73 del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, e successive modificazioni, limitatamente alle ipotesi aggravate ai sensi dell'art. 80, comma 2, del medesimo testo unico, e all'art. 416 del codice penale, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dal libro II, titolo XII, capo III, sezione I, del medesimo codice, dagli articoli 609 -bis, 609 -quater e 609 -octies del codice penale e dall'art. 12, commi 3, 3 -bis e 3 -ter, del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, e successive modificazioni. 1 -quater. I benefici di cui al comma 1 possono essere concessi ai detenuti o internati per i delitti di cui agli articoli 609 -bis, 609 -ter, 609 -quater e 609 -octies del codice penale solo sulla base dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno anche con la partecipazione degli esperti di cui al quarto comma dell'art. 80 della presente legge. Le disposizioni di cui al periodo precedente si applicano in ordine al delitto previsto dall'art. 609 -bis del codice penale salvo che risulti applicata la circostanza attenuante dallo stesso contemplata; 2. Ai fini della concessione dei benefici di cui al comma 1 il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza decide acquisite dettagliate informazioni per il tramite del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione del condannato. In ogni caso il giudice decide trascorsi trenta giorni dalla richiesta delle informazioni. Al suddetto comitato provinciale può essere chiamato a partecipare il direttore dell'istituto penitenziario in cui il condannato è detenuto. 2 -bis. Ai fini della concessione dei benefici di cui al comma 1-ter magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza decide acquisite dettagliate informazioni dal questore. In ogni caso il giudice decide trascorsi trenta giorni dalla richiesta delle informazioni. 3. Quando il comitato ritiene che sussistano particolari esigenze di sicurezza ovvero che i collegamenti potrebbero essere mantenuti con organizzazioni operanti in ambiti non locali o extranazionali, ne dà comunicazione al giudice e il termine di cui al comma 2 è prorogato di ulteriori trenta giorni al fine di acquisire elementi ed informazioni da parte dei competenti organi centrali. 3 -bis. L'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione previste dal capo VI, non possono essere concessi ai detenuti ed internati per delitti dolosi quando il Procuratore nazionale antimafia o il procuratore distrettuale comunica, d'iniziativa o su segnalazione del comitato provinciale per l'ordine e la sicurezza pubblica competente in relazione al luogo di detenzione o internamento, l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata. In tal caso si prescinde dalle procedure previste dai commi 2 e 3.”

dott. Nicola Fresu,

*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*

Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

artt. 270, 210bis, 270ter, 270quater, 270quinquies, 280, 280bis, 289bis, 306 c.p.). A queste, se ne aggiunge una terza riferita ai reati di violenza sessuale, semplice ed aggravata, violenza di gruppo, ed altre a seguire.

L'evoluzione normativa di quegli anni ha portato ad una evoluzione anche nel trattamento carcerario differenziato ex art. 90 ord. pen., abrogato (L. 10 ottobre 1986, n. 663), le quali specialità sono state inserite nel dettato di cui all'art. 41 bis, ord. pen. il quale, seppur gravato da alcuni difetti già presenti nella norma che lo precedeva¹⁵⁶, si focalizza sull'obiettivo di contrastare la capacità delle organizzazioni criminali di sviluppare e gestire le varie attività criminose da dentro le "mura".

Tanto detto, nei paragrafi che seguiranno, si esporranno le diverse problematiche riferite alla tutela giuridica familiare del detenuto di cui all'art. 4 bis ord. pen. in regime di emergenza ex art. 41 bis del medesimo ordinamento.

5.3 La tutela giuridica dei rapporti familiari del detenuto speciale

“Il valore della protezione e della promozione dei rapporti parentali e delle relazioni affettive che si creano all'interno della famiglia, specificamente riguardato e tutelato dall'ordinamento, a partire dal dettato costituzionale trova applicazione anche nello specifico settore della legislazione penitenziaria, essendo espressamente riconosciuto il particolare riverbero che esso ha sul trattamento del detenuto e, dunque, sulla funzione rieducativa della pena; ne consegue che qualora un detenuto sottoposto alle misure di cui all'art. 41bis ord. penit. abbia impugnato un provvedimento

¹⁵⁶ Genericità della formulazione, indeterminatezza dell'oggetto della sospensione, ed altri.

amministrativo del Ministero della Giustizia derogatorio rispetto alle modalità ordinarie di concessione di colloqui con i familiari, questo può essere sindacato dal magistrato di sorveglianza a tutela dell'interesse legittimo del detenuto, cui consegue un'autonoma facoltà di valutazione dell'atto amministrativo e, accertata illegittimità della lesione, può dirsi giustificato e legittimo un intervento tutorio del magistrato di sorveglianza che rimedi al vizio rilevato, non potendosi ritenere utilmente esperibile l'esercizio di una potestà repressiva dell'atto amministrativo consistente nella pronuncia di annullamento del medesimo.”¹⁵⁷

La misura premiale disciplinata dall'art. 30 ter ord. pen., di cui si è abbondantemente parlato in qualche pagina che precede, può essere concessa ai detenuti di cui all'art. 4 bis ord. pen. dopo l'espiazione di almeno la metà della pena e, comunque, di non oltre dieci anni [art. 30 ter, comma 4°, lettera c) ord. pen.]. Tale rigida impostazione si ripercuote inevitabilmente sui rapporti familiari del detenuto che, seppur qualificati quali soggetti importanti per la connessione tra detenuto e società nella gestione di attività “mafiose” all'esterno, va ad intaccare quegli elementi essenziali di tutela dell'affettività (morale e fisica) di cui si è fatto cenno. In merito, la Corte Europea dei diritti dell'uomo si è espressa in merito asserendo che “il regime previsto dall'art. 41-bis dell'ordinamento penitenziario italiano non assume rilievo di per sé, nel senso che non integra un trattamento vietato dalla Convenzione; tuttavia quello che può venire in rilievo è la sua durata. Fermo restando che forme di isolamento affettano comunque la personalità dell'individuo, esse tuttavia, quando vengono disposte

¹⁵⁷ Massima: Sezione Sorveglianza L'Aquila, data: 07/06/2013, n. Giur. merito 2013, 10, 2186.

per ragioni di sicurezza, non integrano l'ipotesi di trattamento inumano e degradante. Questo vale anche per le restrizioni alle visite e in genere le limitazioni dei contatti con membri della famiglia, che sono disposte per spezzare i legami e i rapporti con le organizzazioni criminali, che quindi non trascinano in una sproporzionalità rispetto al legittimo obiettivo della lotta contro la criminalità organizzata.”¹⁵⁸

La più rilevante delle restrizioni di cui all'art. 41 bis ord. pen. è riferita alla specialità della disciplina dei colloqui del detenuto con familiari e soggetti terzi: in particolare vengono limitati gli incontri con i primi sia nel numero che prevedendo particolari modalità di svolgimento (è utile evidenziare che non si fa esplicito riferimento a chi venga inteso come soggetto “familiare”): il condannato, recluso ex art. 4 bis ord. pen. può, eventualmente, usufruire di un massimo di quattro colloqui al mese, contrariamente dei due previsti per il detenuto ex art. 41 bis ord. pen. (precedentemente se ne poteva disporre soltanto di uno, salvo casi di particolare gravità); gli incontri devono avvenire secondo particolari modalità quali quella del controllo a vista da parte della polizia penitenziaria, l'esclusione di ogni contatto per impedire il passaggio di oggetti, il controllo auditivo e la registrazione.

Le cautele apprestate dal Legislatore nel regolamentare le relazioni tra il detenuto e i suoi familiari sono tali da far sorgere qualche legittimo dubbio in merito alle finalità perseguite: l'esigenza di prevenzione viene affiancata da un superiore interesse di inadempire alle finalità di tutela dell'affettività dei rapporti familiari in modo da minare quei rapporti che possano fungere da strumenti veicolari comunicativi

¹⁵⁸ Corte europea diritti dell'uomo, sez. II, 15/01/2008, n. 15625 - Parti: B. C. I. - Fonti: Cass. pen. 2008, 9, 3514

con il mondo esterno al carcere: il detenuto “normale” gode di tale tutela al fine di permettere allo stesso di salvaguardare quegli aspetti relazionali che non coinvolgono (ma che anzi potrebbero agevolare ad un allontanamento) le attività criminali ma che sostengono un percorso di rieducazione e reinserimento sociale del detenuto mentre, di contro, il detenuto ex art. 41 bis ord. pen. ne potrebbe godere per fini tendenzialmente opposti.

Fino ad oggi, l’art 41 bis ord. pen. è uscito quasi completamente indenne dai vagli della Corte Costituzionale come, particolarmente, nel contesto riferito al rispetto del principio di rieducazione del condannato ex art. 27, 3° comma cost.: coniugare le azioni di sospensione del trattamento penitenziario ordinario con il reinserimento sociale del detenuto pare cosa assai ardua. Il regime detentivo speciale, caratterizzato da una forte propensione alla neutralizzazione, non consente di predisporre interventi tali da potersi confare con la rieducazione del reo. Di contro, la Corte Costituzionale¹⁵⁹, ha ribadito che il regime sospensivo non preclude al detenuto la possibilità di fruire di un trattamento rieducativo nella misura in cui, lo stesso art. 41 bis ord. pen. non esclude il limite imposto dall’art. 13 ord. pen. di trattamento individualizzato per fini rieducativi ex art. 27 cost.. Pare dunque che possano sussistere strade normative da percorrere per meglio ipotizzare una tutela anche dal punto di vista dei rapporti familiari del detenuto in regime speciale, i quali, seppur soggetti a numerosi compromessi, possono, anche in forme differenti, trovare spazio.

¹⁵⁹ Corte Cost., sentenza 26 novembre – 5 dicembre 1997, n. 376.

CONCLUSIONI

Lo scopo principale perseguito nell'esposizione dell'elaborato, risiede nell'intento di voler imprimere nel lettore un forte senso di equo riconoscimento di tutti quei diritti riferiti ai rapporti tra familiari come anche, per quanto trattato, all'interno di un contesto privativo quale, appunto, quello della detenzione.

A tal fine, si è cercato di trattare la tematica della teoria generale del diritto di famiglia applicata al diritto penitenziario avvalendosi di strumenti prettamente psico-giuridici, ritenuti essenziali per il perseguimento dello scopo.

La trattazione ha messo in luce certe lacune della normativa Italiana riferite alla tutela giuridica dei rapporti familiari del condannato ed al contempo, ha enucleato le più significative sentenze giurisprudenziali, nazionali e non, che maggiormente hanno cercato di diffondere un certo grado di sensibilità rispetto al tema. Più precisamente, il tracciato espositivo ha analizzato *in primis* le parti del diritto di famiglia in generale, spiegandone i concetti principe (quali quello delle varie forme di unione) e focalizzando la propria attenzione nei confronti di quegli articoli codicistici che disciplinano il regime personale e di filiazione cercando, al contempo, di mettere in luce i differenti pensieri delle teorie generali meno conosciute e spiegando la particolare necessità del supporto della materia psicologica nell'approccio sistemico-relazionale; si è poi occupato di effettuare un breve *excursus* nel mondo del diritto penitenziario, quale contesto della ricerca *de quo*, per poi trattare ampiamente le ragioni per cui si ritiene che il diritto privato appartenga alla categoria del diritto sociale senza, però, mai rinunciare

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

alla sua natura privatistica. Lo studio è, poi, entrato nel merito della ricerca analizzando attentamente lo stato attuale della tutela di cui gode la famiglia nei casi in cui uno dei suoi membri venga sottoposto al regime di detenzione, cercando di focalizzare la propria attenzione in favore dei rapporti di relazione tra i vari componenti, ritenuti essere un elemento scientifico essenziale per la psicologia ed altrettanto importante per il diritto (si fa riferimento alla tutela dell'affettività familiare, della genitorialità e della filiazione). Si è cercato di riferire di alcune sentenze che, maggiormente rispetto ad altre, hanno saputo raccontare le esigenze relazionali che la vita carceraria comporta (come la sentenza della Corte di Strasburgo, Sent. 6 dicembre 2016, Requête no 20323/14 o quella della Corte di Cassazione sezione I penale sentenza 15 febbraio 2017, n. 7344 - riferite, rispettivamente, al diritto del detenuto di partecipare ai funerali della propria madre o di visitarla se gravemente malata) cercando di mettere in evidenza il senso riparativo comune che queste pronunce hanno manifestato, sia nei confronti del soggetto che ne ha goduto o subito direttamente le conseguenze, sia a riguardo di tutto il tessuto sociale che fluttua intorno ad esso.

Da ultimo, si è scelto di compiere un *focus* sullo stato di tutela familiare riferito a quel contesto detentivo che, per antonomasia, manifesta la più decisa limitazione delle libertà personali del condannato: il regime dei detenuti per reati di criminalità organizzata.

Il punto focale dello studio esposto, pertanto, altro non è che l'analisi delle relazioni che legano i soggetti coinvolti all'interno del contesto detentivo ed i differenti

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

profili di tutela delle medesime, secondo i riferimenti anteposti dalla teoria generale del diritto di famiglia.

Al fine di sviluppare una concreta valutazione dello stato di tale tutela si è provveduto a studiare ed analizzare il concetto di “relazione” servendosi di quegli strumenti psicologici che si affinano (maggiormente rispetto ad altri) per natura alla ricerca giuridica. Come detto, l’intera disciplina del diritto di famiglia, fonda la propria essenza non solo nella tutela del singolo individuo contestualizzato all’interno della famiglia, bensì, pretende che gli stessi esponenti del gruppo familiare attivino parte delle proprie funzioni relazionandone lo scopo al contesto sociale di riferimento. Tale affermazione è utile a sostenere la tesi secondo cui il diritto di famiglia, inteso come materia appartenente al diritto privato, è volto a regolare i rapporti interni di coniugio, di filiazione, di adozione, di parentela ed affinità ma, al contempo, volendolo contestualizzare nell’alveo delle materie di diritto pubblico, si trova a dover far riferimento a quella disciplina contestualizzata in un sistema di rapporti tale da influenzare la società che la circonda e viceversa. La prospettiva teorica adoperata durante l’analisi del tema di ricerca, esprime, quindi, come già anticipato, la propria ragion d’essere nel concetto di “relazione” in ambito psicologico il quale, al fine di osservare le relazioni familiari e le rispettive interazioni, si adopera dell’approccio sistemico-relazionale quale strumento più adatto e propenso allo studio della materia. Esso permette di capire la famiglia in tutta la sua complessità, sia come sistema relazionale in continuo interscambio con l’ambiente esterno, sia quale spazio primario nel quale l’individuo, in modo attivo, costituisce la propria persona in tutte le sue

dott. Nicola Fresu,
*L’analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

accezioni. L'approccio sistemico-relazione, pur sviluppatosi attorno alle teorie sistemiche, tiene conto delle teorie psicoanalitiche sviluppatesi in ambito clinico, delle ricerche in ambito psicosociale e delle teorie dello sviluppo applicate alla famiglia riuscendo, con questa modalità, a favorire un'attenta osservazione dei processi interattivi del contesto per cui operano.¹⁶⁰

Servendosi di tale strumento di analisi si è, dunque, potuto accertare quali siano i reali bisogni del detenuto e dei propri familiari ed in che modo la normativa nazionale sia riuscita a tradurre in effettività della norma tale realtà sociale. Più precisamente, si è analizzato come il diritto penitenziario risponda alle necessità di tutele manifestate dal diritto di famiglia. Il risultato ottenuto è stato tale da ipotizzare l'appartenenza del diritto di famiglia, non anche al ramo del diritto privato o del diritto pubblico, bensì, a quello sociale. Tale orientamento ha permesso di svolgere uno studio dell'argomento a 360°, rendendo possibile l'individuazione di quei pochi aspetti della normativa particolarmente critici come, ad esempio, la carenza di un riconoscimento della tutela affettiva e sessuale quale diritto imprescindibile del detenuto o dell'internato di cui, ancora tutt'oggi, nonostante la grande attenzione assegnata al tema da parte dell'ordinamento, si registrano pronunce volte ad impedirne la realizzazione e forme di privazione che impediscono (come nel caso della libertà di concedersi ad atti sessuali con il/la proprio/a partner all'interno di stanze video controllate) il libero godimento di un tale diritto (Cap. 3, 4, 5).

¹⁶⁰ Paola Gambini, *Psicologia della famiglia – la prospettiva sistemico-relazionale*, Franco Angeli Editore, Milano, 2007, pagg. 15 – 16.

La famiglia è un'istituzione sociale universalmente diffusa, essa è luogo di incontro e di vita comune nel quale la personalità di ogni individuo si esprime, si sviluppa e si realizza attraverso l'instaurazione di reciproche relazioni di affetto e di solidarietà. Creare barriere che possano ostacolare tale processo, qualsivoglia sia la giustificazione per farlo, equivale a disinnescare il potere giuridico di ogni singolo precetto normativo presente all'interno degli ordinamenti, i quali, essendo volti a tutelare la società in quanto tale, contravverrebbero al loro senso di esistere.

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

BIBLIOGRAFIA

A. ABELA E J. WALKER, 2014, CHANGING COUPLES AND FAMILY RELATIONSHIP. IN ANGELA ABELA E JANET WALKER (A CURA DI), CONTEMPORARY ISSUES IN FAMILY STUDIES: GLOBAL PERSPECTIVES ON PARTNERSHIPS, PARENTING AND SUPPORT IN A CHANGING WORLD, NEW YORK, WILEY.

P. ARLACCHI GLI UOMINI DEL DISONORE. LA MAFIA SICILIANA NELLA VITA DEL GRANDE PENTITO ANTONINO CALDERONE, MONDADORI, MILANO, 1992.

T. AULETTA, DIRITTO DI FAMIGLIA, SECONDA EDIZIONE, G. GIAPICHELLI EDITORE, TORINO, 2014.

L. BALESTRA, L'EVOLUZIONE DEL DIRITTO DI FAMIGLIA E LE MOLTEPLICI REALTÀ AFFETTIVE, RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE, FASC.1, 2015.

L. BALESTRA, A PROPOSITO DELLE CATEGORIE DEL DIRITTO CIVILE, RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE, FASC.1, 2015.

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

S. BETTIOL, TESI DI LAUREA IN CRIMINOLOGIA DAL TITOLO “MINORI E ORGANIZZAZIONI MAFIOSE, L’EDUCAZIONE ALLA LEGALITÀ COME RISORSA”, UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRIESTE, ANNO ACCADEMICO 2003-2004. DISPONIBILE SUL SITO: [HTTP://WWW.LIBERANET.ORG/INDEX.PHP/2012/01/3992/](http://www.liberanet.org/index.php/2012/01/3992/).

C. M. BIANCA, DIRITTO CIVILE, 2.1 LA FAMIGLIA, QUINTA EDIZIONE, GIUFFRÈ EDITORE, MILANO, 2014.

C. M. BIANCA, REALTÀ SOCIALE ED EFFETTIVITÀ DELLA NORMA – SCRITTI GIURIDICI, VOLUME I, TEORIA GENERALE E FONTI – PERSONE E FAMIGLIA – GARANZIE E DIRITTI REALI – TOMO I, UNIVERSITÀ DI CATANIA – PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ DI GIURISÒRUDENZA, GIUFFRÈ EDITORE, MILANO, 2002.

F. BILOTTA, OMOGENITORIALITÀ, ADOZIONE E AFFIDAMENTO FAMILIARE, DIR. FAMIGLIA, FASC.3, 2011.

J. BOWLBY, ATTACCAMENTO E PERDITA. LA SEPARAZIONE DALLA MADRE, BORINGHIERI, TORINO, 1975.

U. BRONFENBRENNER, ECOLOGIA DELLO SVILUPPO UMANO (1979), TRAD. IT. IL MULINO, BOLOGNA, 1986.

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

F. D. BUSNELLI, LA FAMIGLIA E L'ARCIPELAGO FAMILIARE, IN RIV. DIR. CIV., 2002.

J. CARBONNIER, FLESSIBILE DIRITTO, GIURISTI STRANIERI DI OGGI, GIUFFRÈ EDITORE, 1997, TRADUZIONE DELL' OPERA FLEXIBLE DROIT, PARIS, 1979.

A. G. CIANCI, GLI ORDINI DI PROTEZIONE FAMILIARE - FAMILIA - QUADERNI DIRETTI DA SALVATORE PATTI, SECONDA EDIZIONE, GIUFFRÈ EDITORE, MILANO, 2005.

A. CICU, IL DIRITTO DI FAMIGLIA - TEORIA GENERALE, EDITORE ATHENAEUM, ROMA 1914 - RISTAMPA A CURA DI MICHELE SESTA, FORNI EDITORE, 1978 BOLOGNA.

P. CORVI, TRATTAMENTO PENITENZIARIO E CRIMINALITÀ ORGANIZZATA, CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANO, MILANO, 2010, IN PROBLEMI ATTUALI DELLA GIUSTIZIA PENALE - STUDI RACCOLTI DA ANGELO GIARDA, GIORGIO SPANGHER, PAOLO TONINI.

G. CUBEDDU E S. PATTI, DIRITTO DELLA FAMIGLIA, MILANO 2011.

D. DE GREGORIO, P. PATRIZI, B. DIGHERA, F. MOSIELLO, M. TARANTOLA, GIOVANI E RELAZIONI FAMILIARI, RISCHI E RISORSE PERSONALI E

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

COMUNITARIE. IL CONTRIBUTO DELLA PSICOLOGIA SOCIALE E DEI METODI QUALITATIVI, IN A. PALMONARIM B. POJAH (A CURA DI). IL CONTRIBUTO DELLA PSICOLOGIA SOCIALE ALLO STUDIO DELL'ADOLESCENZA E DELLA GIOVINEZZA. TRAGUARDI RAGGIUNTI E NUOVE SFIDE DA AFFRONTARE, EUM, MACERATA.

A. DONATI, LA FAMIGLIA TRA DIRITTO PUBBLICO E DIRITTO PRIVATO, CEDAM, 2004, PADOVA.

E. DOLCINI , LA “QUESTIONE PENITENZIARIA”, NELLA PROSPETTIVA DEL PENALISTA: UN PROVVISORIO BILANCIO , RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO E PROCEDURA PENALE, FASC.4, 2015, PAG. 1655.

L. EEKELAAR, FAMILY LAW AND SOCIAL POLICY, LONDON, 1978.

L.EUSEBI, LA SVOLTA RIPARATIVA DEL PARADIGMA SANZIONATORIO. VADEMECUM PER UN'EVOLUZIONE NECESSARIA, IN IN G. MANNOZZI - G. LODIGIANI (A CURA DI), GIUSTIZIA RIPARATIVA. RICOSTRUIRE LEGAMI, RICOSTRUIRE PERSONE, IL MULINO, BOLOGNA, 2015.

G. FERRANDO, DIRITTO DI FAMIGLIA, BOLOGNA 2013.

P. GAMBINI, PSICOLOGIA DELLA FAMIGLIA – LA PROSPETTIVA SISTEMICO-RELAZIONALE, FRANCO ANGELI EDITORE, MILANO, 2007.

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

G. FIANDACA, ENZO MUSCO, DIRITTO PENALE - PARTE GENERALE, SESTA EDIZIONE, ZANICHELLI EDITORE, BOLOGNA 2010.

F. FIORENTIN , AFFETTIVITÀ E SESSUALITÀ IN CARCERE: LUCI ED OMBRE DI UNA PRONUNCIA CHE RIMANDA AL DIFFICILE DIALOGO CON IL LEGISLATORE. GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE, FASC.6, 2012.

O. GIERKE, DEUTSCHES PRIVATRECHT, MUNCHEN – LEIPZIG, 1936, I.

A. C. JEMOLO, ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO DELL'UNIVERSITÀ DI CATANIA, III, 1948-1949.

F. LUCARELLI, DIRITTI CIVILI E ISTITUTI PRIVATISTICI, CONTRIBUTI DI ERNESTO BRIGNANTI, MARIO CIANCIO E LUIGI RUSSO, CEDAM CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI, PADOVA, 1983.

G. MASTROPASQUA IN DIR. FAMIGLIA, FASC.4, 2011.

G. MASTROPASQUA , L'ACCESSO AL PROGRAMMA DI PROCREAZIONE MEDICALMENTE ASSISTITA DA PARTE DELLA PERSONA DETENUTA IN ESPIAZIONE DELLA PENA DELL'ERGASTOLO. DIR. FAMIGLIA, FASC.1, 2010.

P. MCCOLD, TYPES AND DEGREES OF RESTORATIVE PRACTICE, IN "RJF", 1999.

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

C. MONTEDQUIEU, DE L'ESPIRIT DES LOIS, 1748, TOMO I, CAP. 3 –
TRADOTTO DA BEATRICE BOFFITTO SERRA, MILANO, 1997.

M. PARADISO, I RAPPORTI PERSONALI TRA I CONIUGI – ART. 143 C.C. –
FONDATORE PIERO SCHLESINGER E DIRETTO DA FRANCESCO D.
BUSNELLI – GIUFFRÈ EDITORE, 2012.

P. PATRIZI, LA PATOLOGIA DELLA RECLUSIONE. IN G. CONCATO & S. RIGIONE (A CURA
DI), PER NON MORIRE DI CARCERE. MILANO: FRANCO ANGELI, 2005.

P. PATRIZI, MANUALE DI PSICOLOGIA GIURIDICA MINORILE, CAROCCI
EDITORE, ROMA, 2012.

P. PATRIZI, PSICOLOGIA DELLA DEVIANZA E DELLA CRIMINALITÀ. TEORIE E MODELLI DI
INTERVENTO, CAROCCI EDITORE, ROMA, 2011.

P. PATRIZI, PREFAZIONE IN CRESCERE IN FAMIGLIE OMOGENITORIALI, A CURA DI CHIARA
CAVINA E DANIELA DANNA, FRANCO ANGELI EDITORE, MILANO, 2009.

B. POLINI, GUIDO MAGGIONI, LA GENITORIALITÀ ADEGUATA –
COMPETENZA ED EFFICACIA NELLE RELAZIONI FAMILIARI, FRANCO
ANGELI, MILANO, 2016.

H. POINCARÉ, LA SCIENZA E L'IPOTESI (LA SCIENCE ET L'HYPOTHÈSE),
TRADUZIONE DI MARIA GRAZIA PORCELLI, DEDALO, BARI, 2012.

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

M. PORCELLI, LA FAMIGLIA AL PLURALE, IN RIV. DIRITTO DI FAMIGLIA E DELLE PERSONE (IL), FASC.3, 2014.

F. PROSPERI, LA FAMIGLIA NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO, DIR. FAMIGLIA, FASC.2, 2008.

S. PUGLIATTI, SCRITTI GIURIDICI IV VOLUME, 1958 - 1964, GIUFFRÈ EDITORE, MILANO, 2011.

A. QUADRI E DANIELA PAJARDI, LA SOCIETÀ RI-PENSATA, EDRA SPA EDITORE, MILANO, 2016.

L. SCIASCIA L. IL GIORNO DELLA CIVETTA, EINAUDI, TORINO, 1973.

M. SESTA, LA FAMIGLIA TRA FUNZIONE SOCIALE E TUTELE INDIVIDUALI, RIVISTA TRIMESTRALE DI DIRITTO E PROCEDURA CIVILE, FASC.2, 1 GIUGNO 2017.

R. SIEBERT , LE DONNE, LA MAFIA, IL SAGGIATORE, MILANO, 1994.

A. TADEVOSSIAN, IN FAMILLE, DROIT ET CHANGEMENT SOCIAL DANS LES SOCIÉTÉS CONTEMPORAINES (TRAVAUX DES VIIIES JOURNÉES D'ÉTUDES JURIDIQUES J. DABIN), BUXELLES, 1978.

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

A. TEDDE E G. NUVOLI, PSICOLOGIA E FAMIGLIA – SAGGI E RASSEGNE DI STUDI IN SARDEGNA (1980 – 1989) – LABORATORIO DI PSICOLOGIA, CARLO DELFINO EDITORE, SASSARI, 1997.

A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, IN MANUALE DI DIRITTO PRIVATO, VENTUNESIMA EDIZIONE, GIUFFRÈ EDITORE, MILANO, 2013.

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

SENTENZE

CORTE COST., UD. 30/06/1960, DEP. 06/07/1960, N. 54.

CORTE COSTITUZIONALE, 23/05/1966, (UD. 04/05/1966, DEP.23/05/1966), N. 46.

CASSAZIONE CIVILE, SEZ. I, 07/06/1982, N. 3437.

CASSAZIONE CIVILE, SEZ. I, 16/10/1991, N. 10901.

TRIB. TERNI 22 NOVEMBRE 1994, IN RASS. GIUR. UMBRA, 1995, 148.

CASSAZIONE CIVILE, SEZ. I, 18/09/1997, N. 9287.

CORTE COST., SENTENZA 26 NOVEMBRE – 5 DICEMBRE 1997, N. 376.

CASSAZIONE CIVILE, SEZ. I, 07/06/2000, N. 7713.

CASSAZIONE CIVILE, SEZ. I, 17/09/2001, N. 11624.

CASSAZIONE CIVILE, SEZ. I, 23/03/2005, N. 6276.

CASSAZIONE CIVILE, SEZ. I, 10/05/2005, N. 9801.

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

C.E.D.U. GRANDE CAMERA SENTENZA 4 DICEMBRE 2007, RICORSO N. 44362/04, IN GUIDA AL DIR., 2008, N. 1, 86 IN UNA FATTISPECIE IN CUI IL MARITO ERA IN CARCERE E LA MOGLIE ERA LIBERA.

CORTE EUROPEA DIRITTI DELL'UOMO, SEZ. II, 15/01/2008, N. 15625 - PARTI: B. C. I. - FONTI: CASS. PEN. 2008, 9, 3514.

CASSAZIONE PENALE, SEZ. I, 30/01/2008, N. 7791.

CASSAZIONE PENALE, SEZ. VI, 08/07/2009, N. 31772.

CORTE COST., 15 APRILE 2010, N. 138.

CORTE COSTITUZIONALE, 19/12/2012, N. 301 PARTI: T.D. C. PRES. CONS. FONTI: GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE 2012, 6, 4716 (NOTA DI: FIORENTIN).

SEZIONE SORVEGLIANZA L'AQUILA, DATA: 07/06/2013, N. GIUR. MERITO 2013, 10, 2186.

CORTE COST., 11 GIUGNO 2014 N. 170.

CASS., SEZ. I, 9 FEBBRAIO 2015, N. 2400.

CEDU, SEZ. IV, 21 LUGLIO 2015, OLIARI ET AUTRES C. ITALIA (RICORSI NN. 18766/11 E 36030/11).

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

CASSAZIONE PENALE SEZ. I, 29/09/2015 N. 882 FONTI: DIRITTO & GIUSTIZIA 2016, 12 GENNAIO.

CASSAZIONE PENALE SEZ. I DEL 27/11/2015 N. 15953 FONTI: DIRITTO & GIUSTIZIA 2016, 18 APRILE.

CEDU, SEZ. II, 23 FEBBRAIO 2016, PAJC C. CROAZIA (RICORSO N. 68453/13), IN GIUR. IT., 2016, CASSAZIONE PENALE SEZ. VI - DATA: 08 MARZO 2016 - N. 13440.

CASSAZIONE PENALE SEZ. VI - DATA: 08/03/2016 - N. 13440.

CORTE DI STRASBURGO, SENT. 6 DICEMBRE 2016, REQUÊTE NO 20323/14, KANALAS C. ROMANIA.

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE I PENALE, SENTENZA 15 FEBBRAIO 2017, N. 7344.

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

SITOGRAFIA

[HTTP://WWW.ALTRODIRITTO.UNIFI.IT/RICERCHE/MEDIAZ/MAGLIONE/CAP3.HTM](http://www.altrodiritto.unifi.it/ricerche/mediaz/maglione/cap3.htm)

V. ANDREOLI, LE DUE CITTÀ - RACCONTARE IL CARCERE - MINISTERO DELLA GIUSTIZIA-
DIPARTIMENTO AMMINISTRAZIONE PENITENZIARIA-DISPONIBILE SUL SITO
[HTTP://LEDUECITTA.IT/INDEX.PHP/613-ARCHIVIO/2001/LUGLIO-AGOSTO-2001/235-IL-
CARCERE-LUOGO-DI-SENTIMENTI-235.](http://leduecitta.it/index.php/613-archivio/2001/luglio-agosto-2001/235-il-carcere-luogo-di-sentimenti-235)

A. DELLE BELLA, RICONOSCIMENTO DEL DIRITTO ALL'AFFETTIVITÀ DELLE PERSONE
DETENUTE: UNO SGUARDO ALL'ESPERIENZA FRANCESE, IN:
[HTTPS://WWW.GIUSTIZIA.IT/RESOURCES/CMS/DOCUMENTS/SGEP_TAVOLO14_ALLEGATO3
.PDF.](https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/SGEP_TAVOLO14_ALLEGATO3.PDF)

R. PAMPALON, INTERVISTA AD ALAIN BOUREGBA, IN ATTI DELLA GIORNATA DI
STUDI: "CARCERE: SALVIAMO GLI AFFETTI - L'AFFETTIVITÀ E LE RELAZIONI FAMILIARI
NELLA VITA DELLE PERSONE DETENUTE", CASA DI RECLUSIONE DI PADOVA, 10 MAGGIO
2002, IN [HTTP://WWW.RISTRETTI.IT/](http://www.ristretti.it/).

[HTTP://WWW.RISTRETTI.ORG/LE-NOTIZIE-DI-RISTRETTI-2013/GIUSTIZIA-IN-SVIZZERA-IL-
CARCERE-DOVE-RECLUSIONE-NON-FA-RIMA-CON-DISTRUZIONE-DEGLI-AFFETTI.](http://www.ristretti.org/le-notizie-di-ristretti-2013/giustizia-in-svizzera-il-carcere-dove-reclusione-non-fa-rima-con-distruzione-degli-affetti)

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari

C. BRUNETTI, IN

[HTTP://WWW.RISTRETTI.IT/COMMENTI/2009/OTTOBRE/PDF3/ARTICOLO_BUNETTI.PDF.](http://www.ristretti.it/commenti/2009/ottobre/pdf3/articolo_bunetti.pdf)

A. CONCAS IN [HTTPS://WWW.DIRITTO.IT/IL-RAPPORTO-TRA-CARCERE-E-GENITORIALITA/](https://www.diritto.it/il-rapporto-tra-carcere-e-genitorialita/)

dott. Nicola Fresu,
*L'analisi della tutela giuridica dei rapporti familiari della persona detenuta
nella Teoria generale del diritto di famiglia*
Tesi di Dottorato in Scienze Giuridiche,
Università degli Studi di Sassari