

RUBRICHE

GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE

[\(HTTP://WWW.JUDICIUM.IT/CATEGORY/GIURISPRUDENZA-DELLA-CORTE-DI-CASSAZIONE/\)](http://www.judicium.it/category/giurisprudenza-della-corte-di-cassazione/)

GIURISPRUDENZA DELLE CORTI EUROPEE UE – EDU

[\(HTTP://WWW.JUDICIUM.IT/CATEGORY/GIURISPRUDENZA-DELLE-CORTI-EUROPEE-UE-EDU/\)](http://www.judicium.it/category/giurisprudenza-delle-corti-europee-ue-edu/)

GIURISPRUDENZA DI MERITO

[\(HTTP://WWW.JUDICIUM.IT/CATEGORY/GIURISPRUDENZA-DI-MERITO/\)](http://www.judicium.it/category/giurisprudenza-di-merito/)

GIURISPRUDENZA IN MATERIA DI IMPRESA

[\(HTTP://WWW.JUDICIUM.IT/CATEGORY/GIURISPRUDENZA-IN-MATERIA-DI-IMPRESA/\)](http://www.judicium.it/category/giurisprudenza-in-materia-di-impresa/)

INFORMAZIONE NORMATIVA

[\(HTTP://WWW.JUDICIUM.IT/CATEGORY/INFORMAZIONE-NORMATIVA/\)](http://www.judicium.it/category/informazione-normativa/)

ARBITRATO E ALTRI GIUDIZI (MEDIAZIONE)

[\(HTTP://WWW.JUDICIUM.IT/CATEGORY/ARBITRATO-E-ALTRI-GIUDIZI-MEDIAZIONE/\)](http://www.judicium.it/category/arbitrato-e-altri-giudizi-mediazione/)

AUTHORITIES

[\(HTTP://WWW.JUDICIUM.IT/CATEGORY/AUTHORITIES/\)](http://www.judicium.it/category/authorities/)

PANORAMA BIBLIOGRAFICO

[\(HTTP://WWW.JUDICIUM.IT/CATEGORY/PANORAMA-BIBLIOGRAFICO/\)](http://www.judicium.it/category/panorama-bibliografico/)

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE E COMPARATO

[\(HTTP://WWW.JUDICIUM.IT/CATEGORY/OSSERVATORIO-INTERNAZIONALE-E-COMPARATO/\)](http://www.judicium.it/category/osservatorio-internazionale-e-comparato/)

CONVEGNI E INCONTRI DI STUDIO

[\(HTTP://WWW.JUDICIUM.IT/CATEGORY/CONVEGNI-E-INCONTRI-DI-STUDIO/\)](http://www.judicium.it/category/convegni-e-incontri-di-studio/)

NOTIZIARIO DALL'UNIVERSITÀ

[\(HTTP://WWW.JUDICIUM.IT/CATEGORY/NOTIZIARIO-DALLUNIVERSITA/\)](http://www.judicium.it/category/notiziario-dalluniversita/)

OPINIONI

[\(HTTP://WWW.JUDICIUM.IT/CATEGORY/OPINIONI/\)](http://www.judicium.it/category/opinioni/)

PCT

[\(HTTP://WWW.JUDICIUM.IT/CATEGORY/PCT/\)](http://www.judicium.it/category/pct/)

RIVISTA IN DIGITALE

login

password

 Rimani connesso**INVIA**

Judicium è in classe A!

 Condividi

Di Bruno Sassani - 14 aprile 2020

Judicium entra nella c.d. classe A con provvedimento dell'Anvur comunicato il 7 aprile scorso. Il riconoscimento riguarda tanto il Sito quanto la Rivista nata dalla sua costola.

Il sito www.judicium.it (<http://www.judicium.it/>) festeggia quest'anno il suo ventennale. Nato (si può dire) in casa, senza battage pubblicitario e con una dozzina di lettori, ha attraversato gli anni autoalimentandosi di contributi liberi e conquistandosi in solitudine una stabile posizione nell'affollato mondo dei siti a carattere giuridico. Siti dai quali si distingue nettamente per i caratteri peculiari che ne hanno fatto una voce agile ma di riconosciuta qualità.

Di recente è arrivata la Rivista, nella sua doppia versione cartacea e telematica, allorché la Casa Editrice Pacini – assumendo la gestione tecnica di un Sito con un editor ma non un publisher – ha spinto per radunare un gruppo stabile di giuristi italiani e stranieri con l'idea di affiancare a testate cariche d'anni e di gloria un prodotto tradizionale e innovativo ad un tempo; a stretto giro ha preso poi il via la collana monografica dei *Quaderni di Judicium*.

Amazzone la promozione sul campo, promozione che avvantaggia (retroattivamente!) soprattutto il numeroso gruppo di giovani collaboratori, i più gravati dalla crescente burocratizzazione della carriera accademica.

È un traguardo per tutti. Per i Condirettori, per i membri del Comitato Scientifico, per i membri della Direzione, per i Redattori, per i Referees, per la Casa Editrice, per i giovani autori, per i primi collaboratori editoriali (leggi Silvia), per i più recenti (leggi Paola), per tutti coloro che nel tempo hanno contribuito fuggacemente o alacremenente. E, infine, per ciascuno il solo merito di aver avuto l'idea e di averci creduto.

ABBONAMENTO 2020



(<http://www.pacineditore.it/judicium/>)

SFOGLIA L'ULTIMO NUMERO



(http://www.judicium.it/wp-login.php?redirect_to=%23)

ARCHIVIO FASCICOLI

(<http://www.judicium.it/archivio-fascicoli/>)

NEWSLETTER

Accetto le condizioni sulla privacy

ISCRIVITI

Pacini Editore Srl

via Gherardesca 1, 56121 Pisa • cod.fisc. p.iva, reg.imp.prov.pi 00696690502 • Cap.soc.iv. 516.000 euro

Copyright © 2016. All Rights Reserved.

Cookie Policy (/cookie-policy/) | **Privacy policy** (/privacy-policy/) | **Credits**



ROMOLO DONZELLI

Misure di contenimento della pandemia e affidamento condiviso dei figli minori: spunti per una riflessione attorno all'effettività del diritto alla bigenitorialità nel nostro ordinamento.

1. L'ambito della giurisdizione civile su cui hanno maggiormente ed immediatamente inciso le misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19 è senz'altro costituito da quello che si occupa delle relazioni familiari ed in particolare della corretta attuazione dei provvedimenti di affidamento dei figli minori.

Le numerose e sempre più gravi limitazioni alla libertà di circolazione hanno, infatti, indotto a chiedersi se tali misure determinassero l'opportunità o la necessità di modificare le condizioni di affidamento specie sotto il profilo dei tempi di frequentazione del genitore, che, per prassi giurisprudenziale, viene notoriamente definito non collocatario.

Le ragioni di tali incertezze sono derivate, da un lato, dal difetto di specifica regolamentazione normativa da parte della legislazione emergenziale e, dall'altro, dalle perduranti e gravi incertezze circa il modo di intendere il diritto alla bigenitorialità nel nostro ordinamento.

Fortunatamente, in molti casi il problema appena indicato è stato risolto fisiologicamente, ovvero da parte dei genitori nell'esercizio della condivisa responsabilità genitoriale, provvedendosi – talora – ad una concordata rimodulazione dei tempi di frequentazione delle rispettive figure parentali ed adottando le misure più adeguate a ridurre i fattori di rischio¹.

È questa – quando possibile – la via sicuramente più opportuna.

Le decisioni attinenti alle questioni di maggior interesse per i figli, tra cui quelle relative alla salute, sono infatti rimesse dall'art. 337 *ter*, comma 2, c.c. al «comune accordo» dei genitori.

Ciò significa che il provvedimento o gli atti a questo equiparati contenenti la determinazione delle condizioni di affidamento non escludono affatto che i genitori possano consensualmente apportare modifiche a dette condizioni quando queste si rivelino necessarie per garantire il pieno soddisfacimento dell'interesse del minore e soprattutto quando tali modifiche siano dettate da ragioni d'urgenza.

D'altro canto, in questi casi, la solidità di quella che è – e resta – per il minore la sua famiglia si misura prevalentemente – o solo – sulla solidità del rapporto genitoriale, sicché il dovere di collaborazione assume per certi versi una rilevanza ancor maggiore per il sano e sereno sviluppo della personalità del minore rispetto a quella che possiede – si comprenda il senso del paradosso – all'interno di una famiglia unita.

Come è noto, peraltro, in molti casi il ricorso all'autorità giudiziaria si è rivelato necessario e numerose sono state le istanze volte a richiedere la sospensione del diritto alla frequentazione del genitore non collocatario o la repressione delle violazioni delle condizioni di affidamento consistenti in condotte ostacolanti l'esercizio del suddetto diritto.

La lettura dei provvedimenti emessi a soluzione delle controversie appena indicate sollecitano diversi spunti di riflessione; tutti in generale riconducibili alla sempre più frequente difficoltà di individuare un soddisfacente punto di temperamento tra valori e principi potenzialmente confliggenti.

Ci riferiamo in particolare al rapporto tra il potere di azione – sotto il profilo dell'effettività e del diritto ad ottenere la tutela giurisdizionale nei tempi necessari a garantire il pieno conseguimento del bene della vita richiesto (artt. 3, comma 2, 24, comma 1, Cost.) – ed il diritto di difesa (art. 24, comma 2, Cost.) ed al contraddittorio (art. 111,

¹ Cfr., infatti, T. Torre Annunziata, 6 aprile 2020, che previsa quanto segue: «la responsabilità genitoriale impone, in primo luogo, ai genitori nell'esercizio del *munus* loro demandato di individuare le misure adeguate a tutelare la salute della prole in un contegno che può essere ispirato da reciproca e qualificata collaborazione e da fiducia nell'altro, in assenza di effettivi e concreti indicatori di atteggiamenti inadeguati»; T. Bari, 1° aprile 2020, secondo cui la disciplina del diritto di visita «potrebbe trovare una ragionevole e temporanea rimodulazione volontaria a tutela della neutralizzazione del rischio di pregiudizio alla salute dei minori»; cfr. anche il comunicato del 13 marzo 2020 del Presidente dell'Osservatorio Nazionale sul Diritto di Famiglia, che, tenuto conto delle specificità proprie di ogni contesto familiare, invitata l'avvocatura a mediare il conflitto in vista di soluzioni ragionevoli e concordate.



comma 2, Cost.), da un lato, ed al rapporto tra diritto alla salute (art. 32 Cost.) e diritto alla bigenitorialità (art. 30 Cost.), dall'altro.

2. Per quel che riguarda il primo profilo indicato, va ricordato che il giudice della famiglia è titolare ai sensi dell'art. 337 *octies*, comma 1, c.c. di un generale potere di provvedere in via provvisoria ed urgente alla determinazione (anche in via modificativa o specificativa) delle condizioni di affidamento dei figli minori; previsione, quella poc'anzi ricordata, che deve essere letta in coordinato disposto con altre disposizioni particolari, quali gli artt. artt. 708, comma 3, 709, comma 4, 709 *ter*, comma 1, 710, comma 3, 189 disp. att. c.p.c. e 4, comma 8, l. div.²

Come riconosciuto espressamente in via preliminare in alcuni provvedimenti giudiziari, dunque, le istanze dirette ad ottenere la sospensione immediata ed urgente del diritto alla frequentazione del genitore non collocatario o la repressione delle condotte ostacolanti il diritto in questione vanno senz'altro ricondotte alle controversie sottratte alla regola generale del rinvio «d'ufficio» delle udienze dei procedimenti civili e penali pendenti e della sospensione dei termini per il compimento di «qualsiasi atto dei procedimenti civili e penali» ai sensi del comma 3, lett. a), dell'art. 83 d.l. n. 18 del 17 marzo 2020³.

Occorre anche ricordare che la natura cautelare o *lato sensu* cautelare del potere-dovere poc'anzi ricordato⁴ consente l'applicazione diretta o analogica dell'art. 669 *sexies*, comma 2, c.p.c.,

Come era prevedibile, peraltro, stante la notoria esigenza di provvedere con la massima tempestività alla soluzione delle controversie civili minorili soprattutto in riferimento ai casi di cui qui si discute, la giurisprudenza ha fatto sovente ricorso alla possibilità di pronunciarsi sull'istanza avanzata *inaudita altera parte*.

Tale soluzione, come detto consentita dall'ordinamento, va senz'altro condivisa, ma espone alcuni profili critici con riguardo al rispetto del principio del contraddittorio.

Sul punto è opportuno formulare alcune brevi puntualizzazioni.

È bene, infatti, tener conto di due distinti fattori: a) nelle controversie familiari e soprattutto nelle fattispecie poste all'attenzione della giurisprudenza nel periodo emergenziale la cognizione è spesso solo sommaria e superficiale in quanto – praticamente – non ripetibile in forme piene ed ordinarie in tempo utile; b) quando si decide dei diritti dei figli minori in materia di affidamento il carattere dispositivo del processo è in gran parte attenuato dalla natura anche pubblicistica dell'interesse sostanziale tutelato.

² Sul punto cfr. anche N. Giallongo-A. Proto-Pisani, *Brevi note su Costituzione e provvedimenti conseguenti alla epidemia da coronavirus*, in www.judicium.it, secondo cui «relativamente alla tutela familiare e dei rapporti con i figli, vi è sempre la possibilità di ricorrere al Tribunale dei Minorenni ove ne ricorrano gli estremi al procedimento previsto dall'art. 336 c.c. e al giudice ordinario ai sensi dell'art. 700 (se del caso in via alternativa o cumulativa all'anticipazione dell'udienza ex artt. 708, 709 e 709 *ter* c.p.c.); non senza dimenticare che l'art. 700 è norma generale di chiusura per la tutela di diritti a contenuto e/o funzione non patrimoniale, e al compito che tutt'oggi assolve nell'assicurare la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali delle persone, ove non ricorrano procedimenti sommarî tipici».

³ In realtà il disposto dell'art. 83, comma 3, lett. a), d.l. n. 18/2020, norma assai mal formulata, non comprende espressamente nel novero delle controversie ivi prese in considerazione le cause relative alla determinazione delle condizioni di affidamento o le controversie sull'esercizio della responsabilità genitoriale di cui all'art. 709 *ter* c.p.c., ma ciononostante, sin dalla prima formulazione della norma, figuravano nel disposto della previsione menzionata i «procedimenti cautelari aventi ad oggetto la tutela di diritti fondamentali della persona», nonché, previa dichiarazione giudiziale di urgenza, «tutti i procedimenti la cui ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti». Sul punto specifico non ha apportato significative innovazioni la legge di conversione n. 27 del 24 aprile 2020. L'art. 3 del d.l. n. 28 del 30 aprile 2020, tuttavia, nel modificare la previsione in questione, ora dispone in termini più chiari e generali che le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 non si applicano con riguardo alle «cause relative alla tutela dei minori». Sul tema, v. i giusti rilievi di F. Danovi, *Perché la giustizia familiare non può attendere i tempi del virus*, in www.ilsole24ore.com; M.G. Civinini, *Questo divorzio s'ha da fare*, in www.questionegiustizia.it. Per rilievi di ordine più generale sui profili processualciviltistici delle norme introdotte dal c.d. decreto «Cura Italia», v. G. Scarselli, *Interpretazione e commento del decreto legge 8 marzo 2020 n. 11 di differimento delle udienze e sospensione dei termini processuali civili per contrastare l'emergenza da COVID 19*, in www.judicium.it; A. Panzarola-M. Farina, *L'emergenza coronavirus ed il processo civile. Osservazioni a prima lettura*, in www.giustiziacivile.com.

⁴ Come noto si discute se i provvedimenti resi in via provvisoria ed interinale nei giudizi di separazione e divorzio – e più in generale nei processi che hanno ad oggetto la determinazione delle condizioni di affidamento dei figli minori – abbiano o meno natura cautelare. Sul tema, anche per i dovuti riferimenti, v. C. Cecchella, *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, Bologna, 2018, 59 ss.; nonché il nostro *I provvedimenti nell'interesse dei figli minori ex art. 709 *ter* c.p.c.*, Torino, 2018, 244 ss.



Entro questa cornice, dunque, assume un rilievo assolutamente primario ai fini dell'effettivo funzionamento del contraddittorio e dell'adozione di una decisione «giusta» il potere del giudice di interloquire liberamente con le parti per chiedere chiarimenti, venire a conoscenza di circostanze di fatto non allegate dalle parti, condurre la discussione sugli aspetti ritenuti dal giudice maggiormente rilevanti ai fini della decisione, trarre argomenti di prova dal contegno e dalle risposte delle parti stesse⁵.

In altri termini, l'immediato e non filtrato contatto giudice-parti assume in queste particolari controversie, ancor più quando la cognizione è necessariamente sommaria, un valore imprescindibile.

È evidente, d'altro canto, che l'attuale contesto emergenziale ha reso assai difficoltosa l'attuazione del principio appena ricordato; circostanza, quella appena indicata, che ben emerge dalla lettura dei provvedimenti giudiziali che si sono occupati di recente del problema.

Così, per esemplificare, in alcuni casi il giudice si è pronunciato sull'istanza senza poi instaurare il contraddittorio con la controparte, nemmeno in forma scritta, o fissando la successiva udienza così in là nel tempo da renderla sostanzialmente inutile⁶.

Eppure dalla lettura dei provvedimenti ben emerge l'esigenza poc'anzi rappresentata.

Si pensi al caso in cui le ragioni del rigetto dell'istanza proposta consistevano anche nell'incertezza circa alcune circostanze di fatto non chiarite dal ricorrente e – plausibilmente – rilevate d'ufficio dal giudice; circostanze rispetto alle quali era doveroso – anche in ragione del già menzionato interesse pubblicistico sotteso alla tutela dei diritti del minore – sollecitare il contraddittorio tra le parti al fine di consentire al ricorrente di integrare le allegazioni e la documentazione poste a fondamento dell'istanza⁷.

In altri casi, invece, concessa o meno la tutela richiesta *inaudita altera parte*, si è disposta la discussione tra le parti in udienza, ma nella forma figurata di cui all'art. 83, comma 7, lett. b), d.l. n. 18/2020⁸, cioè mediante trattazione scritta, condizionando talora lo svolgimento dell'udienza in modalità da remoto *ex art. 83, comma 7, lett. f)*, alla richiesta avanzata da parte dei difensori delle parti⁹.

In un caso, in soli dieci giorni dal deposito del ricorso, il tribunale ha provveduto *inaudita altera parte* all'accoglimento dell'istanza, ha concesso breve termine alla controparte per la costituzione in giudizio e si è nuovamente pronunciato all'esito del contraddittorio cartolare, modificando la decisione previamente assunta e fissando – poi – una successiva udienza per riesaminare la condizione del minore alla luce dell'evolversi della situazione sanitaria nelle forme previste dall'art. 83, comma 7, lett. f), d.l. n. 18/2020¹⁰.

3. Nel merito l'*iter* decisorio seguito da una parte della giurisprudenza si è sviluppato attorno a due principali questioni, ovvero la soluzione del potenziale conflitto tra diritto alla salute e diritto di visita del genitore non collocatario, nonché la valutazione del grado di incidenza dei divieti di circolazione imposti dalla normativa emergenziale sulle modalità di frequentazione dello stesso da parte del figlio minore.

Per quel che riguarda il primo profilo, nonostante anche di recente si sia incredibilmente negata la rilevanza costituzionale del diritto alla bigenitorialità¹¹, la giurisprudenza che ha assunto come questione decisiva la soluzione

⁵ Cfr., sul punto, le *Linee guida per i procedimenti in materia di diritto di famiglia nella fase di emergenza COVID-19* predisposte dal CNF. Sul tema delle diverse modalità di svolgimento dell'udienza – anche, ma non solo – nel periodo emergenziale, v. F. Valerini, *In difesa dell'udienza da remoto*, in www.judicium.it.

⁶ Cfr. T. Vasto, 2 aprile 2020; T. Milano, 10 marzo 2020; così, sostanzialmente, anche T. Bolzano, 4 aprile, 2020; cfr. anche T. Trento, 31 marzo 2020, che invece ha disposto la notificazione del decreto alla controparte concedendo alla stessa termini per il deposito telematico della memoria difensiva e documenti.

⁷ Cfr. ancora T. Vasto, 2 aprile 2020, nella parte della motivazione in cui si osserva che nel caso di specie «non è verificabile se la minore si esponga a rischio sanitario, tenuto conto: a) che il padre proviene da un luogo ad alto tasso di contagio virale; b) che non è dimostrato che lo stesso abbia rigorosamente rispettato le prescrizioni imposte dalla normativa vigente; c) che non è chiaro se nell'abitazione di destinazione siano presenti altre persone, oltre al ricorrente».

⁸ Cfr. T. Terni, 3 marzo 2020; T. Treviso, 3 aprile 2020.

⁹ Cfr. T. Terni, 3 marzo 2020.

¹⁰ T. Lecce, 9 aprile 2020.

¹¹ Cfr. V. Cianciolo, *Vengo anch'io. No tu no...*, Nota a Tribunale di Milano, IX Sez., decr. 11 marzo 2020, in www.osservatoriofamiglia.it.



del conflitto tra i due diritti indicati¹² ha comunque attribuito ad entrambi il carattere di diritti fondamentali di rango costituzionale, ritenendo tuttavia il primo – ovvero il diritto alla salute del minore – «assolutamente prevalente»¹³.

L'errore compiuto dall'orientamento giurisprudenziale in questione risiede evidentemente nell'assumere come questione decisiva la determinazione – sostanzialmente in astratto – del rapporto di prevalenza di uno dei due diritti menzionati sull'altro. Posto in questi termini, infatti, il problema è già praticamente risolto. Ma invero questo modo di ragionare dà per scontato che la frequentazione del genitore non collocatario sia di per sé potenzialmente lesiva del diritto alla salute del figlio, in quanto potrebbe esporre il minore al rischio di contagio¹⁴.

Non è un caso che in molte di queste pronunce al passaggio argomentativo suddetto ne sia subito seguito un altro, ovvero il prendere atto del divieto di circolazione imposto dalla normativa emergenziale.

Esemplare a tal riguardo è il provvedimento in cui, con una motivazione eufemisticamente succinta, «preso atto dei divieti alla circolazione imposti dalla normativa nazionale e regionale» ed «osservato che per le *visite* i minori dovrebbero spostarsi dall'abitazione materna dove [...] *vivono* a quella paterna», si ritiene che «la disciplina delle visite non preveda più lo spostamento dei minori»¹⁵.

Quanto appena riportato costituisce una perfetta rappresentazione di come venga inteso il diritto alla bigenitorialità da una parte della giurisprudenza e come tale è molto utile per svelare le ipocrisie che costantemente affiggono questa delicata tematica.

I figli *vivono* con un genitore e *visitano* l'altro, sicché, coerentemente, se gli spostamenti sono vietati, le *visite* vanno sospese.

La scelta lessicale nasconde – come sempre nel diritto – una preliminare scelta di valore.

Che la figura del genitore collocatario sia di pura creazione giurisprudenziale, poiché non prevista dalla legge sull'affidamento condiviso, è cosa nota e che tale istituto porti con sé numerose conseguenze giuridiche è altrettanto noto.

Non è questa la sede per discuterne.

Ma se la manipolazione giurisprudenziale della disciplina sull'affidamento condiviso porta a configurare il rapporto di *frequentazione* figlio-genitore non collocatario al pari di un diritto di visita si va ben oltre il consentito, poiché si viola l'essenza del diritto alla bigenitorialità.

In regime di affidamento condiviso, infatti, sebbene con tempi diversi, il figlio *vive* – nel significato più vero e profondo del termine – con entrambi i genitori, poiché questi sono la *sua famiglia*¹⁶.

Se questo semplice principio fosse chiaro a tutti, parti, difensori e giudici, la gran parte del contenzioso familiare verrebbe meno e accrescerebbe il benessere dei figli minori.

Sarebbe, inoltre, assai opportuno bandire dal lessico forense termini quali diritto di «visita» o «consegna» del minore, tutte opzioni linguistiche oramai incompatibili con l'attuale configurazione giuridica costituzionale e convenzionale dei diritti del minore.

Tornando all'esame della giurisprudenza sul punto, va dato atto che diverse pronunce hanno giustamente compreso che la soluzione di queste controversie non andava risolta sulla base di un astratta valutazione di prevalenza del diritto alla salute sul diritto alla bigenitorialità, bensì verificando in concreto se sussistessero o meno «specifici elementi di rischio»¹⁷.

¹² Cfr. T. Bari, 27 marzo 2020;

¹³ Così, T. Bari, 27 marzo 2020; cfr. anche T. Vasto, 2 aprile 2020.

¹⁴ Cfr., infatti, i rilievi presenti in T. Napoli, 26 marzo 2020; App. Bari, 26 marzo 2020; T. Bolzano, 4 aprile, 2020.

¹⁵ T. Napoli, 26 marzo 2020 (c.vo nostro), provvedimento, si precisa, che, stando ai fatti ivi riportati, non riguardava trasferimenti infracomunali.

¹⁶ Per ulteriori considerazioni critiche sulla giurisprudenza esaminata nel testo, v. E. Cerri, *Il diritto di visita del minore in tempi di Covid-19: un tardo risveglio*, in www.osservatoriofamiglia.it, che rappresenta «l'impressione che non sempre si sia compiuto ogni possibile sforzo al fine di compiere un ponderato bilanciamento tra diritti di pari rango costituzionale, laddove invero il diritto alla “vita familiare” trova ulteriore forza nell'art. 8 della C.E.D.U.».

¹⁷ Così, T. Terni, 3 marzo 2020, sebbene in riferimento ad una situazione di fatto assai complessa.



Così, ad esempio, si è negato che la sola «frequentazione padre-figlio» sia sufficiente ad esporre il minore a pericolo¹⁸ o che il solo spostamento dei minori per passare da un'abitazione all'altra sia sufficiente ad alterare la «normalità» delle «relazioni familiari»¹⁹ e si osservato che tali elementi potrebbero sussistere in relazione alla specifica attività lavorativa prestata dal genitore o dall'utilizzo di mezzi di trasporto pubblici per raggiungere il minore o ancora dalla provenienza dalla c.d. zona rossa o da aree del Paese particolarmente esposte al contagio²⁰.

Con specifico riguardo all'ipotesi appena indicata, peraltro, parte della giurisprudenza ha escluso la sospensione del diritto alla frequentazione del genitore in presenza di certificazioni attestanti l'assenza di patologie in capo alla parte interessata²¹.

Ovviamente, le diverse soluzioni offerte dalla giurisprudenza in merito ai problemi appena indicati hanno inevitabilmente influito sul contenuto delle decisioni rese.

Così, in molti casi, si è sostituita la frequentazione – diremmo oggi – in presenza con chiamate telefoniche o videochiamate²².

Anche su questo piano, tuttavia, non sempre si è provveduto – come dovrebbe essere in questo ambito, specie in presenza di conflittualità genitoriale – con prescrizioni sufficientemente specifiche, ovvero con prescrizioni che «puntualizzino» la condotta doverosa anche in vista dell'applicazione delle sanzioni ai sensi dell'art. 614 *bis* c.p.c.²³; misure, queste da ultimo indicate, che peraltro una recente – e speriamo rivedibile – decisione della Cassazione ha ritenuto non applicabili in ambito familiare²⁴.

Sotto questo profilo, comunque, merita menzione il provvedimento in cui si è disposto che il figlio minore possa avere colloqui telefonici in videochiamata senza la presenza o l'interferenza del genitore collocatario tutti i pomeriggi e senza limitazione di durata all'interno di un'ampia fascia oraria²⁵.

Alcune pronunce, inoltre, hanno opportunamente cercato di compensare la temporanea perdita della frequentazione del genitore non collocatario con la previsione di tempi di recupero al cessare dell'emergenza²⁶.

Anche questa soluzione merita approvazione, non tanto o solo nella prospettiva aritmetica del recupero del tempo perduto, bensì per la funzione rasserenante che possiede, agevolando la comprensione – da parte dei figli e dei genitori privati dei loro «spazi» ordinari – dei motivi di opportunità posti a fondamento di una scelta, che influisce sulle loro relazioni più intime e che, inevitabilmente, cade dall'alto.

Sempre procedendo all'esame delle decisioni in concreto assunte sulle istanze di tutela già più volte ricordate, occorre, infine, evidenziare un ulteriore profilo; anche questo non sempre sufficientemente preso in considerazione dalla giurisprudenza.

A tal riguardo, è bene ricordare che nei procedimenti diretti alla determinazione delle condizioni di affidamento, nonché nei procedimenti in cui si discute della loro corretta attuazione ai sensi dell'art. 709 *ter* c.p.c. il giudice è titolare di quell'amplissimo potere-dovere determinativo del rapporto genitori-figli in generale previsto dall'art. 337

¹⁸ T. Roma, 7 aprile 2020.

¹⁹ T. Treviso, 3 aprile 2020; ma cfr. anche T. Milano, 10 marzo 2020, secondo cui l'art. 1, comma 1, lett. a) del DPCM n. 11 dell'8 marzo 2020, nella parte in cui autorizzava il rientro alla residenza o al domicilio non potesse essere preclusivo dell'attuazione delle disposizioni di affidamento dei figli minori.

²⁰ T. Torre Annunziata, 6 aprile 2020.

²¹ T. Lecce, 20 marzo 2020.

²² T. Napoli, 26 marzo 2020; App. Bari, 26 marzo 2020; T. Bari, 27 marzo 2020; T. Trento, 31 marzo 2020; T. Vasto, 2 aprile 2020; cfr. anche T. Terni, 3 marzo 2020.

²³ Sui diversi presupposti applicativi delle misure *ex art.* 614 *bis* c.p.c. rispetto a quelli delle sanzioni di cui all'art. 709 *ter* c.p.c., v. il nostro *I provvedimenti*, cit., 132 ss.; nonché il recente contributo di A. Di Bernardo, *L'art. 614-bis c.p.c. nel diritto processuale della famiglia*, in *Rass. es. forz.*, 2019, 355 ss.

²⁴ Cfr. Cass., 6 marzo 2020, n. 6471, in *Fam. dir.*, 2020, 332 ss., con nota condivisibilmente critica di B. Ficarelli, *Misure coercitive e diritto-dovere di visita del genitore non collocatario*.

²⁵ T. Vasto, 2 aprile 2020.

²⁶ T. Bolzano, 4 aprile, 2020.



ter, comma 2, c.p.c.; potere, che deve essere esercitato nell'esclusivo interesse del minore anche svincolandosi dalle domande proposte dalle parti²⁷.

Avanzate le istanze di sospensione del diritto di frequentazione o di repressione delle relative condotte ostacolanti, dunque, era compito dei giudici non tanto e solo accogliere o rigettare siffatte istanze, seguendo un'asfittica logica binaria, bensì interrogarsi su come potesse essere rimodulata la frequentazione – non solo del genitore non collocatario, ma – di entrambi i genitori da parte del minore, tenuto conto delle circostanze e dell'esigenza di limitare i rischi di contagio e diffusione del virus in una prospettiva non unicamente individuale (del minore e dei genitori), ma anche collettiva (salute pubblica). Ed in tal senso, assai utile impiego poteva essere riservato al principio di proporzionalità come canone interpretativo generale che impone di garantire il soddisfacimento dell'interesse primario col minor sacrificio possibile degli interessi antagonisti²⁸.

A tal riguardo poche sono le decisioni che si sono orientate nella direzione appena indicata e tra queste vanno segnalate le pronunce che, con lo scopo di limitare gli spostamenti del minore tra diverse abitazioni, anziché sospendere la frequentazione del genitore non collocatario, hanno modificato i rispettivi tempi di permanenza, disponendo che il figlio trascorresse con ciascun genitore periodi più lunghi e meno frammentati rispetto a quelli ordinari con la previsione aggiuntiva che, durante detti periodi, il figlio avrebbe mantenuto contatti con l'altro genitore mediante videochiamate giornaliere²⁹.

4. Come il lettore avrà notato, nelle riflessioni sinora formulate non si è mai dato valore preminente alle pur diverse prescrizioni normative³⁰, che, di volta in volta, hanno limitato la circolazione all'interno del territorio nazionale.

Questa scelta è stata determinata dalla netta impressione che sull'esito delle decisioni giurisprudenziali abbiano molto influito scelte di valore in gran parte riconnesse al diverso modo di intendere il diritto alla bigenitorialità. E peraltro era fondamentale questo lo scopo del presente scritto, ovvero evidenziare come il diritto alla bigenitorialità, nonostante la sua primaria rilevanza costituzionale, viva di prassi giurisprudenziali differenziate da foro a foro. Come già rimarcato in altra sede, è questa una naturale conseguenza derivante da una disciplina normativa eccessivamente indeterminata e come tale di dubbia legittimità costituzionale³¹.

È pur vero, d'altro canto, che la varietà di soluzioni giurisprudenziali offerte sul tema è stata causata anche dall'imperfetta formulazione dei provvedimenti di contenimento del rischio pandemico via via adottati nel tempo, della cui legittimità costituzionale di ordine formale e/o sostanziale non si è mai peraltro discusso in ambito giurisprudenziale; provvedimenti caratterizzati da regole non univoche e lacunose in ragione dell'evidente circostanza del non esser stati concepiti tenendo a mente anche il problema dei trasferimenti dipendenti dall'attuazione di provvedimenti giudiziari di affidamento dei figli minori.

Così, nel momento in cui i divieti di spostamento venivano estesi a tutto il territorio nazionale, si autorizzava il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza³², ma tale previsione non era evidentemente riferita ai continui trasferimenti tra abitazioni derivanti dall'attuazione del diritto di frequentazione. Così anche quando si provvedeva a chiarire che nei giorni festivi e prefestivi erano vietati gli spostamenti verso abitazioni diverse dalla principale, comprese le seconde case utilizzate per vacanza³³.

²⁷ Sull'attenuazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato in siffatti procedimenti giurisdizionali, v. E. Grasso, *La pronuncia d'ufficio*, I, Milano, 1967, 171 ss.; F. Danovi, *Principio della domanda e ultrapetizione nei giudizi di separazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 728 ss.; F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2019, 322 s.

²⁸ Sul tema, in generale, v. S. Cognetti, *Principio di proporzionalità, Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; per un'attenta analisi dell'applicazione giurisprudenziale del principio da parte del giudice amministrativo, v. invece S. Villamena, *Proporzionalità e «governo del territorio»*, *Tecniche di controllo nella giurisprudenza amministrativa recente*, in *Riv. giur. urb.*, 2015, II, 157 ss.

²⁹ T. Verona, 27 marzo 2020; T. Lecce, 9 aprile 2020; in questo senso, v. anche M.G. Civinini, *Questo divorzio s'ha da fare*, cit.

³⁰ Per un'attenta analisi, v. C. Silvestri, *Chiaroscuri della frequentazione genitori-figli nell'emergenza coronavirus*, in www.gustiziacivile.com

³¹ Cfr. il nostro *Sulla natura delle decisioni rese nell'interesse dei figli minori nei giudizi sull'affidamento condiviso e de potestate*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 1067 ss.

³² Cfr. l'art.1 del d.P.C.M. 9 marzo 2020, in coordinato disposto con l'art. 1, comma 1, lett. a) del d.P.C.M. 8 marzo 2020.

³³ Cfr. l'art. 1, comma 1, lett. d) dell'ordinanza del Ministero della salute del 20 marzo 2020.



Comprensibilmente, dunque, si è osservato che l'introduzione del divieto di spostamento tra diversi comuni, salvo la presenza di comprovate esigenze lavorative, motivi di salute o situazioni di «assoluta urgenza»³⁴, avrebbe determinato il divieto di varcare il confine comunale, impedendo – eventualmente – anche il ritorno del minore all'abitazione del genitore collocatario³⁵.

Formulate queste ultime precisazioni, preme dire che nel momento in cui si scrive sta per iniziare la c.d. fase 2, ovvero il percorso di progressivo ed auspicabile allentamento delle misure di contenimento del virus.

Stando all'art. 1, comma 1, lett. a), del d.P.C.M. 26 aprile 2020, dunque, dal 4 al 17 maggio saranno consentiti gli spostamenti all'interno della medesima regione quando «motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero per motivi di salute e si considerano necessari gli spostamenti per incontrare congiunti purché venga rispettato il divieto di assembramento e il distanziamento interpersonale di almeno un metro e vengano utilizzate protezioni delle vie respiratorie».

Rimane, invece, fermo il divieto di spostarsi in una diversa regione se non in presenza di «comprovate esigenze lavorative, di assoluta necessità ovvero per motivi di salute» o per far rientro «presso il proprio domicilio, abitazione o residenza».

I problemi sembrano, dunque, in via di superamento, salvo non voler far gravare sulla corretta interpretazione ed attuazione di siffatte previsioni i preconcetti di cui si è dato conto.

Con riguardo alla prima ipotesi, ad esempio, ovvero agli spostamenti infraregionali, se si dovessero portare sino alle estreme conseguenze i principi espressi dalla giurisprudenza più restrittiva, occorrerebbe ritenere che il genitore non collocatario, come una sorta di «congiunto» ai sensi della disposizione poc'anzi citata, potrebbe sì rivedere i figli, ma con l'osservanza delle regole ivi previste: divieto di assembramento, distanziamento interpersonale di almeno un metro, utilizzo di protezioni delle vie respiratorie.

Soluzione, questa da ultimo indicata in chiave volutamente provocatoria, che non pare possa essere sostenuta anche sulla base della disciplina degli spostamenti ultraregionali.

In questo caso, infatti, che interessa i genitori non collocatari che periodicamente si recano in altra regione per frequentare i figli, si potrà far leva – ferme le precisazioni poc'anzi formulate – sul diritto al rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza, nonché sulla comprovata situazione di «assoluta necessità» derivante dal dover dare attuazione a provvedimenti giurisdizionali o atti a questi equiparati.

³⁴ Cfr. l'art. 1, comma 1, lett. b), d.P.C.M. 22 marzo 2020.

³⁵ Così, C. Silvestri, *Chiaroscuri*, cit., 9.