

THE  
CARDOZO ELECTRONIC  
LAW BULLETIN

SPRING – SUMMER 2020

LAW AND THE HUMANITIES IN  
A TIME OF CLIMATE CHANGE

*Matteo Nicolini*

STATO DI EMERGENZA,  
LIBERTÀ FONDAMENTALI E DIRITTO ALLA  
BI-GENITORIALITÀ NELLE FAMIGLIE  
IN CRISI AI TEMPI DEL COVID-19

*Alessandra Pera*

ESPLORAZIONE SPAZIALE  
E NUOVE FORME DI APPARTENENZA:  
SPUNTI COMPARATIVI

*Sirio Zolea*

AMBIENTE E TUTELA INDIVIDUALE  
INTERGENERAZIONALE

*Gabriella Macatajo*

The Cardozo Law Bulletin is a peer-reviewed, English and Italian language journal concerned to provide an international forum for academic research exploring the thresholds of legal theory, judicial practice and public policy, where the use of a 'comparative law and literature' approach becomes crucial to the understanding of Law as a complex order.

The Cardozo Law Bulletin, established in 1995 as one of the world first Law Journals on the Web, invites the submission of essays, topical article, comments, critical reviews, which will be evaluated by an independent committee of referees on the basis of their quality of scholarship, originality, and contribution to reshaping legal views and perspectives.

<http://www.jus.unitn.it/cardozo/>

CHIEF EDITOR: Pier Giuseppe Monateri

ALL PAPERS SUBMITTED TO *THE CARDOZO ELECTRONIC LAW BULLETIN* ARE SUBJECT TO DOUBLE BLIND PEER REVIEW AND TO THE APPROVAL OF THE STEERING COMMITTEE.

# THE CARDOZO ELECTRONIC LAW BULLETIN

---

VOLUME XXVI

SPRING - SUMMER 2020

NUMBER 1

---

## CONTENTS

### ARTICLES

LAW AND THE HUMANITIES IN  
A TIME OF CLIMATE CHANGE

*Matteo Nicolini*

STATO DI EMERGENZA,  
LIBERTÀ FONDAMENTALI E DIRITTO ALLA  
BI-GENITORIALITÀ NELLE FAMIGLIE  
IN CRISI AI TEMPI DEL COVID-19

*Alessandra Pera*

ESPLORAZIONE SPAZIALE  
E NUOVE FORME DI APPARTENENZA:  
SPUNTI COMPARATIVI

*Sirio Zolea*

AMBIENTE E TUTELA INDIVIDUALE  
INTERGENERAZIONALE

*GABriella Macatajo*

STATO DI EMERGENZA, LIBERTÀ FONDAMENTALI  
E DIRITTO ALLA BI-GENITORIALITÀ  
NELLE FAMIGLIE IN CRISI AI TEMPI DEL COVID-19

*Alessandra Pera*

1. PREMESSA

2. EFFETTI DELLO STATO DI EMERGENZA E DELLE LIMITAZIONI ALLA LIBERTÀ CIRCOLAZIONE SUI PROVVEDIMENTI IN TEMA DI AFFIDO, FREQUENTAZIONE DEI FIGLI E DIRITTO DI VISITA IN CASO DI SEPARAZIONE O DIVORZIO.

3. LO STATO DI EMERGENZA E IL DIRITTO ALLA BI-GENITORIALITÀ NELLE SEPARAZIONI DI FATTO

4. VISITE PROTETTE

5. CONCLUSIONI

## 1. PREMESSA

I mesi di marzo, aprile e maggio 2020 ci hanno obbligati al “distanziamento sociale”, a “stare a casa”, a limitare le uscite alle esigenze di assoluta e comprovata necessità.

Ed infatti, allo scopo di contenere la pandemia, con successivi Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM) sono stati imposti a tutte le persone fisiche divieti e limitazioni alla libertà personale, di circolazione e di spostamento.

In particolare, con il primo DPCM (8.3.2020) è stato imposto il divieto di spostamento, salvo che motivato da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità o di salute, in entrata ed in uscita e all’interno della Regione Lombardia e di altre 14 province c.d. “rosse”; con il secondo DPCM (9.3.2020), Decreto “Io resto a casa”, il divieto è stato esteso a tutto il territorio italiano.<sup>1</sup>

Con il terzo DPCM (22.3.2020) è stato sancito il «divieto di trasferimento o spostamento ad altro Comune, con mezzi di trasporto pubblici o privati, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza o per motivi di salute». È stata eliminata la norma che consentiva «il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza».<sup>2</sup>

Il Decreto Legge 25.3.2020 n. 19, art. 1, lett. b) ha inoltre stabilito che possono essere adottate misure di limitazione della circolazione delle persone, anche prevedendo limitazioni alla possibilità di allontanarsi dalla propria residenza, domicilio o dimora se non per spostamenti individuali, limitati nel tempo e nello spazio o motivati da esigenze lavorative, da

---

<sup>1</sup> Il DPCM è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana serie generale n. 62 del 9.3.2020.

<sup>2</sup> Cfr. art. 1 lett b) DPCM 22.3.2020, pubblicato in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana serie generale n. 76 del 22.3.2020.

situazioni di necessità o urgenza o da altre specifiche ragioni. L'art. 4 ha depenalizzato le condotte tenute in violazione dei citati DPCM, punendo con la sola sanzione amministrativa le condotte contrarie ai precetti fissati all'art. 2 commi 1 e 3, confermando la vigenza dei vari DPCM succedutisi.<sup>3</sup>

Mi propongo di dar conto ed analizzare cosa sia successo, in tempi di pandemia, in quelle famiglie italiane in cui i genitori sono separati (di fatto o di diritto), divorziati o, comunque, per svariate ragioni, vivano in case diverse o, addirittura, in Comuni diversi e se, in questo contesto, sia stato garantito ai figli minori il diritto alla bi-genitorialità<sup>4</sup> ed alla vita familiare.

Le domande alle quali cercherò di dare risposta in questa sede sono: le misure di emergenza hanno garantito l'esercizio dei diritti e doveri dei genitori? Il rispetto degli articoli 29 e 30 della Costituzione? In altre parole, la Repubblica (legislatore, giudici, servizi sociali...) è stata in grado di proteggere i «diritti della famiglia come società naturale», garantendo «l'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi» (art. 29)? Ed il «diritto dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli»? E nei casi di incapacità dei

---

<sup>3</sup> Sul tema della libertà di circolazione nel frangente della pandemia, si veda Carrozzino, P. "Libertà di circolazione e soggiorno, principio di legalità e gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19." *Osservatorio AIC* 3 (2020): 10 ss.

<sup>4</sup> Sul concetto di bi-genitorialità e sui rapporti con l'istituto dell'affido condiviso, in caso di crisi coniugale, per tutti si vedano Auletta, T. "L'attuazione dei principi sull'affidamento dei figli nella crisi familiare a sei anni dall'entrata in vigore della nuova disciplina" *Famiglia, persone e successioni* (2012): 416-423; Bianca, M. "Filiazione. Commento al decreto attuativo. Novità introdotte dal d. lgs 154 del 2013, Capitolo Quarto Nuovo Titolo IX del libro I rubricato della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio." Milano: Giuffrè, 2014; Longo, F. "Diritto alla genitorialità" *Famiglia e diritto* II (2012): 818 ss; Turchi, G.P. et al. "Benefici dal legame costante con ciascun genitore" *Famiglia e minori* 8 dossier (2011) XIII-XV; Maglietta, M. *L'affidamento condiviso dei figli*, Milano: Franco Angeli, 2006; Maglietta, M. *L'affidamento condiviso: com'è, come sarà*, Milano: Franco Angeli, 2010; Paladini, M. "Separazione e divorzio. L'affidamento condiviso dei figli minori." *Diritto privato* III UTET giuridica, 2012. 1132 ss; Ruo, M.G. "Dalla Corte di Strasburgo preziose fonti interpretative sulle relazioni genitori-figli" *Famiglia e minori*, 5 dossier 2011, II-III; Id. "Affidamento e frequentazione sono fondamentali, in *Famiglia e minori* 5 dossier 2011 dossier, IV-VII; Sesta, M. *Manuale di diritto di famiglia*, Padova: Cedam, 2015; Spaziani, P. "Il riconoscimento del diritto del figlio all'assistenza morale e all'amore nel codice civile." AA.VV. *Filiazione. Commento al decreto attuativo. Novità introdotte dal d.lgs 154 del 2013* Milano: Giuffrè, 2014. 151-153.

genitori, la Repubblica ha «provveduto a che siano assolti i loro compiti»? (art. 30).

Il diritto alla bi-genitorialità è implicito nelle già citate norme costituzionali ed espressamente sancito dagli artt. 315bis e 337ter cod. civ., ma anche dall'art. 9 della Convenzione sui diritti del fanciullo.<sup>5</sup> Quest'ultima all'art. 3, inoltre, consacra il principio del *best interest of the child*, quale valore informatore di ogni decisione relativa al minore.<sup>6</sup>

Ed ancora, l'art. 8 della CEDU prevede che «ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare». Tale diritto non tollera alcuna limitazione, salvo che essa «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

---

<sup>5</sup> Sulle fonti di diritto internazionale a tutela dei minori, la letteratura è sconfinata, per tutti, si rinvia, con specifico riferimento alla Convenzione citata, a Barrière-Brousse, I. "L'Enfant et les Conventions Internationales." 4 *Journal de Droit International* (1996); *La tutela internazionale dei diritti dei fanciulli*. Beghè Loreti, A. (a cura di), Padova, 1995; Cantwell, N. "Origini, sviluppo e significato." *Vent'anni di infanzia. Retorica e diritti dei bambini dopo la Convenzione dell'Ottantanove*. Belotti V.-Ruggiero (a cura di), Milano, 2008; Focarelli, C., "La convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di best interests of the child" 4 *Rivista di diritto internazionale* (2010):981-993; Garibo, A. P. "La convenzione internazionale sui diritti del fanciullo. Un diritto cosmopolita?" 1 *Ragion Pratica* (2009):153-164; Marchegiani, M., "Convenzione sui diritti del fanciullo." *Codice della famiglia*. Sesta M. (a cura di), Milano: Giuffrè 2009; Verhellen, E., *Convention on the rights of the Child: Background, Motivation, Strategies; Main themes*, Leuven, 2000; Verhellen, E., *Convention on the rights of the child*, Antwerp, 2006.

<sup>6</sup> Sul tema, vd. Ferrando, G. "Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali." 1 *Politica del Diritto* (1998): 167-176. Ricorre in letteratura la ricerca di nozioni di teoria generale, volte a distinguere il concetto di interesse da quello di diritto del minore, cfr. Quadrato, M. E. *Il minore tra interessi e diritti*, Bari, 1995; Lamarque, E., "I diritti dei figli." *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, M. Cartabia (a cura di), Bologna, 2007; Moro, A. C. "Diritti del minore e nozione di interesse." *Una nuova cultura dell'infanzia e dell'adolescenza*, Fadiga L. (a cura di), Milano, 2006. In proposito, ritiene il dibattito non essenziale, Ronfani, P. "L'interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica?" 1 *Sociologia e diritto* (1997): 55 e seq., vista l'ampiezza del ventaglio situazioni giuridiche e la rilevanza dei beni giuridici sottesi, comunque, tutelati a livello nazionale ed internazionale. Per un approccio più pragmaticamente orientato, nella letteratura di common law, vd. Alston, P. (ed.), *The best interests of the child*, OUP: Oxford, 1994; Alston, P. "The Best Interests Principle: towards a Reconciliation of Culture and Human Rights." 2 *International Journal of Law and Family* (1994): 1-25; Artis, J. E. "Judging the Best Interests of the Child: Judges' Accounts of the Tender Years Doctrine." 38 *Law and Society Review* (2004): 769-806; Breen, C. *The standard of best interests of the child*, The Hague, 2002; Eekelaar, J. "Interests of the child and the child's wishes", *The best interests of the child*. Ed. P. Alston. Oxford: OUP, 1994; Fortin, J. *Children's rights and the developing law*, London: Butterworths, 2009.

e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».<sup>7</sup>

Dunque, le misure adottate durante lo stato di emergenza,<sup>8</sup> proclamato dal Governo, in assenza di una norma costituzionale che attribuisca tale potere, hanno compresso molti diritti e libertà costituzionali.<sup>9</sup>

L'emergenza sanitaria ha compresso l'esercizio dei diritti costituzionalmente garantiti e non ha risparmiato i diritti dei minori, specialmente nell'ambito delle famiglie in crisi.<sup>10</sup>

Una delle questioni controverse ha riguardato gli spostamenti dei genitori separati con figli minori e la possibilità di garantire una frequentazione adeguata con entrambi i genitori.

Viene in considerazione la necessità di contemperare il diritto alla salute, costituzionalmente garantito (art. 32 Cost.), con il principio di genitorialità congiunta (art. 155 cod. civ.) introdotto con la L. 8 Febbraio 2006 n. 54, per cui, in caso di separazione personale dei genitori, il figlio minore ha il diritto

---

<sup>7</sup> Sui rapporti tra la norma in della CEDU e il modello italiano, per tutti, vd. Bartole, S.-Conforti, B.-Raimondi, G. (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Padova: Cedam, 2001; Conetti, G. "Le fonti internazionali." *I bambini e i loro diritti*. Cedon P. (a cura di). Bologna, 1991; Long, J. "La convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto italiano." *Trattato di diritto di famiglia*. Zatti P., Milano, 2006; Padalino, C. "Il rispetto della vita privata e familiare" *Famiglia e minori*, 5 dossier (2011): III. Per un raffronto con il modello di common law, vd. Choudhry S.-Herring J. (eds.) *European Human Rights and Family Law*, Oxford:OUP, 2010.

<sup>8</sup> Sullo stato di eccezione rinvia all'interessante lavoro di Monateri, P.G. *L'augurio. Impero, legge e stato di eccezione*, Milano: Mimesis, 2017. L'Autore, attraverso l'analisi dell'augurio come atto linguistico e politico e di alcuni aspetti significativi dell'opera di Agamben, individua una concezione di una ambiguità sovrana (che si annida nell'operazione politica di Augusto), e che svela, in realtà, l'indistinzione tra impero e stato di eccezione permanente. Ciò sembra è per certi versi molto attuale.

<sup>9</sup> Sul governo dell'emergenza tra fonti *extraordinem* e fonti *secundum ordinem*, si veda l'analisi di Lucarelli, A. "Costituzione, fonti del diritto ed emergenza sanitaria." 2 *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti* (2020): 558-583; ed anche Azzariti, G. "I pieni e solitari poteri del capo del governo *extra ordinem*." *Libertà e Giustizia*, 21 marzo 2020.

<sup>10</sup> Sul criterio della proporzionalità e sul concetto di stato di necessità, si vedano De Francesco, G.V., *La proporzione nello stato di necessità*, Napoli, 1978; Grosso C.F., voce "Necessità" *Enciclopedia del diritto* vol. XXVII, Milano, 1977



di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori e di ricevere da essi congiuntamente cura, educazione ed istruzione.

La situazione di incertezza, dovuta alle difficoltà interpretative dei diversi interventi normativi,<sup>11</sup> ha determinato, in alcuni casi, un acuirsi di situazioni già conflittuali, con un frequente ricorso ai Tribunali, costretti a pronunciarsi d'urgenza con provvedimenti *inaudita altera parte*, anche a causa della sospensione dell'esercizio di molte funzioni giurisdizionali sempre connesse allo stato di emergenza ed al contenimento del contagio da Covid-19.

In questo specifico ambito, qualunque scelta del legislatore, qualunque decisione di un giudice e qualunque analisi della dottrina devono tenere in considerazione, oltre al rischio di strumentalizzazione dell'epidemia da parte di genitori in forte conflitto tra loro, anche l'impatto sull'equilibrio psicofisico dei figli minori, già esposti al sacrificio e allo stress contingente, privati del sostegno di entrambi i genitori in un momento così drammatico.<sup>12</sup>

L'emergenza sanitaria è stata invocata in alcuni casi per giustificare il mancato esercizio di visita da parte del genitore non collocatario, ma potrebbe costituire un pretesto per impedire a quest'ultimo di vedere i figli. Ciò soprattutto, come si vedrà, in assenza di un provvedimento eventualmente modificativo di quello già in essere, nei casi di separazioni o

---

<sup>11</sup> Sul punto si veda Baldini, V. "Riflessioni sparse sul caso (o sul caos) normativo al tempo dell'emergenza costituzionale" *Dirittifondamentali.it*. Secondo l'Autore la compressione dei diritti fondamentali ed, in particolare, della libertà di circolazione, deve essere "funzionale ed essenziale".

<sup>12</sup> Sulla difficoltà di dare concreta attuazione al principio del superiore interesse del minore nel caso concreto, Dogliotti, M. "Che cos'è l'interesse del minore." 6 *Diritto della famiglia e delle persone* (1992): 1086 et seq.; Dosi, G. "Dall'interesse ai diritti del minore: alcune riflessioni." 2 *Diritto della famiglia e delle persone* (1995): 1604 et seq.. Con una forma di valutazione orientata verso la scelta meno lesiva, vd. Goldstein, J.-Solnit, A. J.- Freud, A., *The Best Interests of the Child: The Least Detrimental Alternative*, New York, 1998; Purdy, L. *In Their Best Interest? The Case Against Equal Rights for Children*, Ithaca, 1992. Con riferimento alla ricerca di scelte *principles based* in situazioni difficili ed in contesti eccezionali, Ray, P. "Children in the most difficult circumstances." *A Handbook of Children and Young People's Participation. Perspectives from theory and practice*. Eds Percy-Smith B.-Thomas N., London, 2009.

divorzi regolati da un provvedimento giurisdizionale di omologa, da una sentenza o da un atto o provvedimento ad essi equiparato (vd. para. 2).

Vi è, inoltre, l'esigenza di tutelare i genitori stessi da possibili sanzioni, in un quadro normativo apparso da subito poco chiaro, soprattutto in quei casi di separazione di fatto, nei quali ancora un provvedimento che regola gli incontri, i diritti di visita, l'esercizio della bi-genitorialità non esiste, se non nella forma di un mero accordo tra le parti (vd. para.3).

Ed ancora, più delicato e per molti versi critico l'esercizio al diritto alla bi-genitorialità per i minori affidati a terzi, a Case-famiglia e, più in generale, ai Servizi Sociali, in quelle situazioni in cui gli incontri tra genitori e figli dovrebbe avvenire e, come si vedrà, di fatto non sono avvenuti in cd. "Spazio Neutro" (vd. para. 4).

## 2. EFFETTI DELLO STATO DI EMERGENZA E DELLE LIMITAZIONI ALLA LIBERTÀ DI CIRCOLAZIONE SUI PROVVEDIMENTI IN TEMA DI AFFIDO, FREQUENTAZIONE DEI FIGLI E DIRITTO DI VISITA IN CASO DI SEPARAZIONE O DIVORZIO.

In primis, intendo dar conto dei problemi che si sono posti con riguardo all'incidenza della citata normativa emergenziale rispetto alla disciplina relativa ai rapporti tra figli e genitori separati o divorziati, per i quali esistono provvedimenti provvisori o definitivi, emessi in giudizi di separazione e/o divorzio, affidamento e/o modifica degli stessi.

Il dubbio sulla legittimità degli spostamenti dei genitori separati per esercitare il diritto-dovere di visita, o meglio per garantire un'adeguata frequentazione dei figli con entrambi i genitori, è stato immediatamente fugato dal primo chiarimento espresso dal Governo nelle FAQ del 10 marzo,

punto 13: «gli spostamenti per raggiungere i figli minorenni presso l'altro genitore o comunque presso l'affidatario, oppure per condurli presso di sé, sono consentiti, in ogni caso secondo le modalità previste dal giudice con i provvedimenti di separazione o divorzio».

Contestualmente, il Tribunale di Milano<sup>13</sup> - a seguito di ricorso d'urgenza presentato da una madre che chiedeva l'immediato rientro dei figli presso di sé e la limitazione del diritto di visita dell'altro genitore – si pronunciava, richiamando il chiarimento del Governo (contenuto nelle FAQ) e ribadendo che «alcuna “chiusura” di ambiti regionali può giustificare violazioni, in questo senso, di provvedimenti di separazione o divorzio vigenti».

In particolare, il Tribunale di Milano, rigettava il ricorso della madre volto ad ottenere la limitazione del diritto di visita del padre in ragione della situazione derivante dalla pandemia di COVID-19 e dal rischio di contagio. I genitori avevano precedentemente concordato «il mantenimento delle attuali condizioni di affido e collocamento dei minori, con indicazione di un calendario di frequentazioni degli stessi col genitore non collocatario [...]». Accordo da considerarsi vincolante, secondo il Giudice adito in via d'urgenza.

Il Tribunale di Milano si è pronunciato *inaudita altera parte*, disponendo di attenersi alle prescrizioni di cui al verbale di separazione consensuale, ritenendo vincolante, ai fini del collocamento e delle frequentazioni con il padre, il predetto accordo, motivando che i decreti ministeriali dell'8 e del 9 Marzo non vietano l'esercizio di tale diritto.

Il Tribunale, nella ricerca della *mens legis*, ha rilevato come il DPCM non precludesse il rientro presso la residenza o domicilio, e che il Governo nelle

---

<sup>13</sup> Tribunale di Milano, Sez. IX, decreto 11 marzo 2020, n. 30544/2019 Est. Gasparini, pubblicato on line su [http://www.dirittoegiustizia.it/allegati/Trib.\\_Milano\\_sez.\\_IX\\_11\\_marzo\\_2020.docx\\_pdf](http://www.dirittoegiustizia.it/allegati/Trib._Milano_sez._IX_11_marzo_2020.docx_pdf), consultato il 30 giugno 2020.

proprie FAQ avesse chiarito che gli spostamenti per permettere a ciascun genitore di attuare il diritto di visita erano permessi.

Il giudice meneghino ha ritenuto, infatti, che nei «comprovati motivi di assoluta urgenza» rientri il diritto di visita dei genitori separati e che questo legittimi lo spostamento da un Comune all'altro.

Tuttavia, il susseguirsi degli interventi di restrizione ha nuovamente sollevato problemi interpretativi. Ed infatti, il DPCM 22.3.2020 ha esplicitamente soppresso la previsione secondo la quale era in ogni caso consentito il rientro presso il domicilio o residenza ed ha, in combinato, introdotto un preciso divieto di spostamento.<sup>14</sup> Il D.P.C.M. del 22 marzo 2020 ha vietato gli spostamenti tra Comuni, limitandoli ai soli motivi di lavoro, salute e «speciale urgenza», con una formulazione, dunque, più stringente rispetto a quella delle «situazioni di necessità».

Secondo un'interpretazione restrittiva, i trasferimenti fuori dal Comune per prelevare o riportare i figli o anche per far loro visita presso il genitore collocatario dovevano considerarsi vietati.

In tal caso, però, si sarebbe determinata un'evidente discriminazione tra i figli di genitori separati residenti nello stesso Comune e quelli di genitori residenti in Comuni diversi.

Si è tentato di superare tale interpretazione, considerato anche il prolungamento della situazione di emergenza, ritenendo che la frequentazione dei figli rientrasse nel più ampio alveo di tutela dell'equilibrio psicofisico del minore, quindi, nell'ambito dei «motivi di salute», auspicando però un nuovo intervento chiarificatore da parte del Governo.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Cfr. art. 1, lett b), DPCM 22.3.2020: “È fatto divieto a tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi”, che ha sostituito la previgente formulazione, che conteneva l'indicazione di “evitare ogni spostamento” (art. 1, lett. a, DPCM 8.3.2020).

<sup>15</sup> Si veda, [Ifamiliarista.it](http://Ifamiliarista.it) articolo del 23.3.2020.

In proposito, occorre ricordare che l'art. 51 c.p. prevede che «l'esercizio di un diritto o l'adempimento di un dovere imposto da una norma giuridica o da un ordine legittimo della pubblica autorità, esclude la punibilità».<sup>16</sup> Dunque, seguendo le FAQ ed il Tribunale di Milano, gli spostamenti dei genitori in conformità ai provvedimenti del giudice della separazione e del divorzio sono in ogni caso ammessi e non punibili. Ciò anche quando essi portino il genitore non collocatario a spostarsi fuori dal Comune dove egli si trovi o dimori.

Tale argomentare dovrebbe valere anche per quelle situazioni in cui le modalità dell'affido e delle visite non siano contenute in un provvedimento giudiziale, ma bensì in un accordo raggiunto in sede di negoziazione assistita, giacché l'art. 6, comma 3, D.L. 132/2014 prevede che tale accordo «produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono, nei casi di cui al comma 1, i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio».

---

<sup>16</sup> Sulle cause di non punibilità vd. Antolisei, F. *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003; Bellagamba, F. *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano:Giuffrè, 2007; Bricola, F. "Teoria generale del reato." *Scritti di Diritto Penale*, vol. I, *Dottrine Generali, teoria del reato e sistema sanzionatorio*, tomo I dal 1960 al 1973, AA.VV., Milano:Giuffrè, 1997; Cavaliere, A. "Riflessioni sulla sistematica del reato e sulla rilevanza delle scusanti." *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Stile, A. M. (a cura di), Napoli:Esi, 2003; Cocco, G., *L'uso della punibilità nella modernizzazione del diritto penale*, Cagliari, 2001; Cocco G., "La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato." [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); Corda, A. "Ricostruzioni dogmatiche e dinamiche probatorie: l'imputabilità penale tra colpevolezza e *affirmative defenses*." *Rivista italiana di diritto e procedura penale* (2015): 238-279; Fiandaca, G.-Musco E. *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Bologna:Zanichelli, 2009; Fiore C.-Fiore S., *Diritto penale. Parte generale*, III ed., Torino:Utet, 2008; Fiore S., "Alcune osservazioni a proposito della disciplina delle cause di giustificazione nel Progetto Grosso." *La riforma della parte generale del codice penale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, A. M. Stile (a cura di), Napoli:Esi, 2003; Garofoli, R., *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, Roma, 2012; Mantovani F., *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., Padova:Cedam, 2013; Manzini V., *Trattato di diritto penale italiano*, V ed., Torino:Utet, 1982. Marinucci, G.-Dolcini, E., *Corso di diritto penale*, Milano:Giuffrè, 1995; Marinucci, G.-Dolcini, E., *Codice penale commentato*, Milano:Giuffrè, 2006.

Tuttavia, i primi provvedimenti dei vari Tribunali sul territorio nazionale sono stati molto discordanti tra loro.

Il Tribunale di Napoli, con decreto del 26 marzo 2020, Est. Imperiali,<sup>17</sup> ha ritenuto che, nell'attuale contesto di divieti alla circolazione, imposti dalla normativa nazionale e regionale, la disciplina delle visite non potesse più prevedere gli spostamenti dei minori, né, di fatto, le frequentazioni presso il domicilio del genitore collocatario. Pertanto, avuto riguardo al caso trattato, accogliendo l'istanza di sospensione avanzata dalla madre collocataria, il Tribunale partenopeo ha disposto che la frequentazione padre-figli fosse assicurata con colloqui da remoto mediante videochiamata.

Analogamente, il Tribunale di Bari, con ordinanza del 26 marzo 2020, Relatore-Consigliere Labellarte,<sup>18</sup> ha ritenuto che gli incontri dei minori con genitori, dimoranti in comune diverso da quello di residenza dei minori stessi, non realizzano affatto le condizioni di sicurezza e prudenza di cui al DPCM 9.3.2020 ed all'ancor più restrittivo DPCM del 22.3.2020, «dal momento che lo scopo primario della normativa che regola la materia, è una rigorosa e universale limitazione dei movimenti sul territorio, (attualmente con divieto di spostarsi in comuni diversi da quello di dimora), tesa al contenimento del contagio, con conseguente sacrificio di tutti i cittadini ed anche dei minori». Il giudice, inoltre, ha precisato che non è verificabile, se nel corso del rientro presso il genitore collocatario, il minore sia stato esposto a rischio sanitario, con conseguente pericolo per coloro che ritroverà al rientro presso l'abitazione del genitore collocatario. Pertanto, il diritto-dovere dei genitori e dei figli minori di incontrarsi, durante il periodo

---

<sup>17</sup> Il provvedimento è pubblicato on line su <https://www.osservatoriofamiglia.it/contenuti/17508836/lemergenza-impedisce-che-le-visite-avvengano-mediante-sposta.html>, consultato il 30 giugno 2020.

<sup>18</sup> L'ordinanza è pubblicata sulla Banca dati Pluris Wk, e commentata su [www.diritto.it](http://www.diritto.it) da F. Seghetti.

emergenziale, è recessivo rispetto alle limitazioni alla circolazione delle persone, legalmente stabilite per ragioni sanitarie (art. 16 Cost.), ed al diritto alla salute (art. 32 Cost.). Dunque, la Corte barese ha ritenuto necessario interrompere le visite paterne (fino al 3.4.2020, data indicata dal DPCM) e disporre che, fino a tale data, il diritto di visita venisse esercitato attraverso lo strumento della videochiamata, o Skype, per periodi di tempo uguali a quelli fissati dal provvedimento presidenziale, e secondo il medesimo calendario.

Di orientamento diverso è stato il Tribunale di Verona, 27 marzo 2020, Est. Marzocca,<sup>19</sup> che, respingendo la richiesta di sospensione delle visite della madre non collocataria, residente in Comune diverso, ha disposto un collocamento alternato che limitava la frequenza degli spostamenti della minore; quest'ultima è rimasta alternativamente per 15 giorni presso ciascun genitore, ed il padre è stato onerato prelevare e riportare la figlia presso la madre, sprovvista di patente. Nei tempi di permanenza presso un genitore, l'altro ha potuto contattare la figlia in videochiamata. La pronuncia in questione ha messo in luce come un'alternanza troppo frammentata non sia compatibile con la situazione di emergenza, proponendo una soluzione pensata per minimizzare il rischio, che di fatto ha trasformato un affidamento con genitore collocatario in un affidamento paritetico.

In linea con il Tribunale di Bari e di Napoli, appare invece la pronuncia del Tribunale di Vasto, 2 aprile 2020, Est. Pasquale.<sup>20</sup> In questo caso il diritto di visita del padre e il diritto ad una piena bi-genitorialità del figlio sono stati compressi attraverso l'uso di strumenti informatici e considerati

---

<sup>19</sup> Il provvedimento è pubblicato on line su <https://www.osservatoriofamiglia.it/contenuti/17508852/respinta-la-domanda-di-sospensione-del-diritto-dovere-di-vis.html>, consultato il 30 giugno 2020.

<sup>20</sup> Il provvedimento è pubblicato on line su <https://www.osservatoriofamiglia.it/contenuti/17508936/il-diritto-di-visita-e-recessivo-rispetto-alla-salute-tribun.html>, consultato il 30 giugno 2020.

recessivi rispetto alle esigenze di sicurezza e di limitazione della libera circolazione. Occorre considerare (e ciò viene evidenziato nel provvedimento in commento) che, nel caso di specie, il padre proveniva da Milano, zona ad alto rischio epidemiologico, per cui, la difficoltà di verificare in concreto il rischio per la salute della minore ha fatto propendere per una sospensione delle frequentazioni.<sup>21</sup>

Alla luce dei diversi orientamenti registrati fin dai primissimi giorni del lockdown, l'Unione Nazionale delle Camere minorili, con comunicato del 30.3.2020,<sup>22</sup> ha chiesto che il Governo chiarisse se fossero «legittimi gli spostamenti per le visite ai figli e per i ricongiungimenti con la propria famiglia, anche da un comune all'altro o da una regione all'altra, ovviamente con le cautele del caso per ridurre il rischio di diffusione del contagio, e fatti salvi gli obblighi di quarantena».

La richiesta di chiarimenti viene fatta con piena considerazione del «diritto dei figli 'di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi...' e del diritto / dovere dei genitori, che si estrinseca nella responsabilità genitoriale che permane con l'affido condiviso, in esito alla separazione / divorzio / cessazione convivenza».

Il tema cruciale è il bilanciamento di diversi valori fondamentali,<sup>23</sup> quali il diritto alle relazioni familiari e il diritto alla salute, riconosciuti dalla Carta

---

<sup>21</sup> Sulle competenze specifiche del giudice e sull'opportunità che egli usi argomentazioni che implicino valutazioni di carattere medico ed epidemiologico, si dirà a breve infra. Per un primissimo commento sulla sentenza Cfr., Il Covid-19 sospende gli incontri padre/figli, in [www.ilfamiliarista.it](http://www.ilfamiliarista.it), 17 aprile 2020.

<sup>22</sup> Comunicato 30 marzo 2020, Emergenza covid-19 e responsabilità genitoriale, #iorestoacasa, Unione Nazionale Camere Minorili, consultabile on line su [www.replegal.it/it/famiglia-e-successioni2/item/2243-diritto-di-visita-del-figlio-minore-in-periodo-di-covid-19](http://www.replegal.it/it/famiglia-e-successioni2/item/2243-diritto-di-visita-del-figlio-minore-in-periodo-di-covid-19).

<sup>23</sup> Tale bilanciamento è più complesso e critico in situazioni di emergenza, come osservano Massa Pinto, I. "La tremendissima lezione del Covid-19 (anche) ai giuristi." 4 *Questione Giustizia*, 18 marzo 2020; Caravita, B. "L'Italia ai tempi del Coronavirus: rileggendo la Costituzione." 6 *Federalismi.it* (2020).



Costituzionale e dalla CEDU come di pari rango, in casi in cui entra in gioco la tutela delle persone minori di età, per le quali, come affermato anche dall'Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza, è essenziale che entrambi i genitori supportino i figli e collaborino tra di loro per trovare soluzioni rispondenti al superiore interesse del minore.

In un contesto di emergenza e di “confusione e sovrapposizione” di strumenti normativi vi è il rischio concreto che si pervenga, in modo irragionevole, a soluzioni difformi a seconda del luogo in cui sono ubicati i figli ed i genitori e della normativa regionale o, addirittura, comunale, di volta in volta applicabile.

I chiarimenti del Governo, chiesti da più parti, sono arrivati con le FAQ pubblicate sul sito istituzionale lo scorso 2 aprile, ove si legge: «Gli spostamenti per raggiungere i figli minorenni presso l'altro genitore o comunque presso l'affidatario, oppure per condurli presso di sé, sono consentiti anche da un Comune all'altro. Tali spostamenti dovranno in ogni caso avvenire scegliendo il tragitto più breve e nel rispetto di tutte le prescrizioni di tipo sanitario (persone in quarantena, positive, immunodepresse etc.), nonché secondo le modalità previste dal giudice con i provvedimenti di separazione o divorzio o, in assenza di tali provvedimenti, secondo quanto concordato tra i genitori». Viene, così, affermata con chiarezza la legittimità degli spostamenti tra Comuni diversi, considerando anche equipollente al provvedimento del Giudice, lo scambio di accordi tra genitori o tra i rispettivi avvocati.

In realtà, un primo segnale in tal senso era giunto con l'inserimento nell'ultimo modello di autodichiarazione, tra i vari motivi legittimanti gli spostamenti, degli “obblighi di affidamento di minori”.

Tuttavia, quando si tratta di decidere se lo spostamento - di per sé consentito dal Governo - finisca per pregiudicare o meno la salute dei minori e dell'altro

genitore, la parola spetta ai tribunali. E qui le decisioni sono state, come detto, anche distanti tra loro, a seconda del diverso bilanciamento dei valori coinvolti e del loro diverso articolarsi nei singoli casi concreti.<sup>24</sup>

Alcune pronunce successive mostrano, invece e per fortuna, un orientamento in linea con i chiarimenti del decisore politico.<sup>25</sup>

In particolare, il Tribunale di Busto Arsizio, con decreto del 3 aprile 2020,<sup>26</sup> ha ribadito che il diritto di visita dei figli di genitori separati e divorziati non ha subito limitazioni a seguito della normativa emergenziale per fronteggiare il Coronavirus. Il caso riguardava un padre separato, che si doleva della sospensione degli incontri con i figli, che avrebbero dovuto essere sostituiti da videochiamate, secondo quanto indicato dai Servizi Sociali a seguito delle misure sanitarie adottate in relazione alla pandemia da Coronavirus. Su tali basi, il padre chiedeva il mutamento delle condizioni sull'affidamento dei minori ovvero, in via subordinata, che i Servizi Sociali ripristinassero gli incontri padre/figli e che venisse ridotta la contribuzione paterna per i minori.

Occorre precisare che, in questo caso come in altri casi esaminati, la sospensione degli incontri diretti padre/figli (sostituiti con le videochiamate) è una questione che non discende da una valutazione delle competenze genitoriali, ma da un'interpretazione della normativa emergenziale vigente da parte del Servizio Tutela Minori.

---

<sup>24</sup> Lauro, A. "Urgenza e legalità ai tempi del Covid-19: fra limiti imprescindibili e necessaria flessibilità." 2 *Biolaw Journal* (2020); Staiano, S. "Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia." 2 *Rivista AIC* (2020).

<sup>25</sup> Anche la stampa generalista si è occupata del tema, evidenziando i contrasti giurisprudenziali, l'Agenzia AGI [www.agi.it/blog-italia/affari-di-famiglia/post/2020-04-17/epidemia-coronavirus-genitori-separati-figli-visite-8359116/](http://www.agi.it/blog-italia/affari-di-famiglia/post/2020-04-17/epidemia-coronavirus-genitori-separati-figli-visite-8359116/); Il sole 24 ore, [www.ilssole24ore.com/art/coronavirus-l-ex-non-puo-scappare-i-figli-paura-contagio-diritto-visita-anche-pasqua-ADB3tLi?refresh\\_ce=1](http://www.ilssole24ore.com/art/coronavirus-l-ex-non-puo-scappare-i-figli-paura-contagio-diritto-visita-anche-pasqua-ADB3tLi?refresh_ce=1).

<sup>26</sup> Il provvedimento è pubblicato on line su <http://www.tribunale.bustoarsizio.giustizia.it/it/News/Detail/171735>, consultato il 30 giugno 2020.

Preliminarmente, il Tribunale ha ritenuto meritevole di trattazione nel periodo di sospensione delle attività giudiziali (in termini di urgenza) solo la domanda relativa all'esigenza che il Servizio Tutela Minori si conformasse alle prescrizioni adottate in sede presidenziale, disponendo che il Servizio riferisse sulle ragioni giustificative della sospensione dei rapporti padre/figli, che non possono discendere da valutazioni di opportunità, ma solo da divieti previsti dalla legge.

Al riguardo, il provvedimento in commento accoglie l'orientamento interpretativo secondo cui il diritto di visita dei figli di genitori separati e divorziati non ha subito limitazioni a seguito della normativa emergenziale per fronteggiare il Coronavirus, in quanto certamente rientrante nelle «situazioni di necessità» che legittimano lo spostamento sul territorio. Ed infatti, l'art. 1, comma 2, lett. a) D.L. 25 Marzo 2020, n. 19 prevedeva la possibilità di introdurre misure che comportassero limitazioni all'allontanamento dalla propria residenza, domicilio o dimora, ad eccezione degli spostamenti individuali limitati nel tempo e nello spazio o motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità o urgenza, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni. Tra queste «specifiche ragioni», rientrano anche le visite alla prole.

Ciò, come sopra accennato e come ribadito anche dal Tribunale di Busto Arsizio, ha trovato conferma nel fatto che il modello di autodichiarazione, pubblicato sul sito del Ministero degli Interni dopo il D.L. n. 19/2020, espressamente prevedeva, in calce, gli «obblighi di affidamento di minori» tra le motivazioni che consentono gli spostamenti individuali. Il giudice lombardo evidenziava, inoltre, che tale esplicita previsione non solo era presente nelle FAQ governativo, ma dal 27 Marzo 2020 è stata inserita anche tra le FAQ sul sito della Regione Lombardia. Infine, ma non per ultimo, il Tribunale ha richiamato l'art. 1, lett. b) del DPCM 22 Marzo 2020, secondo

cui «è fatto divieto a tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi, con mezzi di trasporto pubblici o privati, in un comune diverso rispetto a quello in cui attualmente si trovano, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute». Orbene, la soluzione adottata dal Tribunale di Busto Arsizio è favorevole ad una interpretazione ampia delle disposizioni normative, che consentono, in via eccezionale, gli spostamenti durante l'epidemia, così da ricomprendervi anche quelli che si rendono necessari per ottemperare agli obblighi di visita dei figli disposti dal Giudice. Si tratta di una scelta ermeneutica in contrasto con quella del Tribunale di Bari e di Napoli e più vicina a quella del Tribunale di Milano. Considerazioni simili, si leggono anche nel decreto del Tribunale di Roma, 7 aprile 2020, Est. Di Giulio.<sup>27</sup> Il giudice capitolino ha ritenuto che la frequentazione con il padre non esponesse la figlia minore a rischio ulteriore, per cui, adottando tutte le cautele previste dalla normativa nonché le misure igieniche richieste dall'emergenza sanitaria, ha deciso per la salvaguardia del diritto di visita. In particolare, avuto riguardo ai fatti caratterizzanti nello specifico il caso concreto, il Tribunale ha evidenziato espressamente come Roma, città di residenza del padre, fosse da considerate zona meno a rischio del Trentino Alto Adige, dove la minore si trovava con la madre. Dunque, al di là dell' "interpretazione autentica", di cui al chiarimento governativo (FAQ), che non può chiaramente prevedere tutte le specificità del caso, la giurisprudenza si è mostrata in qualche misura orientata a dare rilievo alle diverse zone di residenza dei genitori e al connesso rischio epidemiologico. Il dubbio legittimo da porsi è se il diritto alla "bi-genitorialità in presenza" possa essere garantito o negato, a seconda della Regione p del Comune in

---

<sup>27</sup> Il provvedimento è pubblicato on line su <https://www.osservatoriofamiglia.it/categoria/8/1>, consultato il 30 giugno. 2020.

cui vivano i genitori ed il minore e, se il giudice possa fare valutazioni connesse al dato (peraltro poco certo) epidemiologico.

Per dovere di chiarezza, occorre ribadire che il Tribunale di Milano ha deciso nel vigore del primo DPCM (8.3.2020), che consentiva espressamente il rientro al domicilio per coloro che, al momento dell'entrata in vigore del Decreto, si trovavano altrove per comprovare «situazioni di necessità».

Con l'aumento dei contagi e l'aggravarsi della situazione pandemica, le libertà individuali sono state ulteriormente compresse e, con il DPCM 22.3.2020, è stato soppresso l'inciso «è consentito il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza».

Ed invece, i Tribunali di Bari, Napoli, Roma, Busto Arsizio e gli altri sopra menzionati si sono pronunciati nel vigore dell'art. 1, lett. b) del DPCM 22.3.2020, che prevedeva, come detto, il divieto per tutte le persone fisiche «(...) di trasferirsi o spostarsi con mezzi di trasporto pubblici o privati, in un comune diverso da quello in cui attualmente si trovano, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute».

Peraltro, come evidenziato dalla breve rassegna giurisprudenziale, il contrasto tra le pronunce permane, in parte, anche dopo i chiarimenti resi dal Governo con le ultime FAQ e sembra determinato da valutazioni che attengono, appunto, agli elementi caratterizzanti i singoli casi concreti, i diversi luoghi di residenza, domicilio e/o dimora, seppure si sta trattando di un DPCM che ha istituito un'unica zona rossa su tutto il territorio nazionale. Direbbero gli inglesi *“one law for all”*. Peraltro, il provvedimento è estremamente limitativo di diversi diritti e libertà costituzionalmente garantiti e adottato fuori dal circuito parlamentare democratico, con una

valutazione di tipo politico discutibile, che non è però qui il caso di discutere.<sup>28</sup>

All'incertezza derivante dai contrastanti indirizzi giurisprudenziali, si aggiunge il tema degli ampi margini di discrezionalità riconosciuti (*de facto*) alle forze dell'ordine nell'esercizio dei poteri di sorveglianza e controllo sugli spostamenti delle persone e nell'interpretazione del concetto di «assoluta urgenza», nonché nella sua concreta applicazione.

Orbene, nell'eventualità, speriamo da escludersi, di una seconda ondata di contagi, già paventata da autorità sanitarie e politiche per il periodo autunnale ed invernale, sarebbe bene che, attesa la rilevanza della questione, il Governo e il Parlamento nei futuri interventi chiariscano circa la legittimità degli spostamenti per le visite ai figli e per i ricongiungimenti familiari, seppur con le cautele del caso necessarie a ridurre i contagi e salvi gli obblighi di quarantena.

È evidente che le modalità di visita “in presenza” siano le più idonee a garantire in modo pieno il diritto alla bi-genitorialità, alla pienezza degli affetti ed alla condivisione anche dei momenti difficili; condivisione che diviene più complicata con i contatti in modalità “smart”, che in queste ipotesi non hanno proprio nulla di “smart”.

---

<sup>28</sup> Cfr. Specchia, M. C. “Principio di legalità e stato di necessità al tempo del Covid-19” 3 *Osservatorio AIC* (2020); Morelli, A. “Il Re del Piccolo Principe ai tempi del Coronavirus. Qualche riflessione su ordine istituzionale e principio di ragionevolezza nello stato di emergenza.” *Diritti regionali*, 4 aprile 2020, 526.

### 3. LO STATO DI EMERGENZA E IL DIRITTO ALLA BI-GENITORIALITÀ NELLE SEPARAZIONI DI FATTO

È stata certamente maggiore la difficoltà di regolamentare e giustificare gli spostamenti in assenza di un provvedimento del giudice: ad esempio, per i genitori in attesa di udienza presidenziale o nel caso in cui l'accordo di separazione consensuale fosse in fase di definizione, o ancora per i genitori ex-conviventi *more uxorio*, poi separatisi.

Più in generale, il riferimento è a quei genitori che vivono in case diverse e i cui accordi relativi alle modalità di visita ai figli non sono stati disciplinati da alcun provvedimento del giudice.

Che succede, ad esempio, se il genitore che si è allontanato dalla casa familiare, e, temendo di non riuscire a vedere i figli, decida di ritornarvi? Che succede a quei genitori che stanno affrontando una crisi del rapporto e tentando il raggiungimento di accordi volti alla ri-organizzazione della famiglia, guidati dalla comune volontà di trovare un nuovo assetto familiare che consenta ai loro bambini di mantenere una stabile e valida relazione con entrambi i genitori?<sup>29</sup>

Il caso di scuola può essere così descritto: per facilitare il dialogo ed evitare momenti di tensione davanti ai figli, il padre ha trovato una casa in affitto in un Comune vicino a quello dove è sita la casa familiare, l'ha resa confortevole e adatta ad accogliere i figli e, d'intesa con la madre, vi si è trasferito. I genitori si sono accordati provvisoriamente in modo tale che i bambini possano trascorrere del tempo con il padre: weekend alternati e due giorni infrasettimanali. L'accordo in tal modo assunto, tuttavia, non è stato

---

<sup>29</sup> Si vedano Quadri, E. "La crisi familiare e le sue conseguenze." 1 *Rassegna di diritto civile* (2013): 129-157; Ruscello, F., *La tutela del minore nella crisi coniugale*, Milano: Giuffrè, 2002; Scarpati, M., *I diritti dei bambini*, Modena: Infinito, 2012.

formalizzato in alcun modo e, tantomeno, è oggetto di un provvedimento del giudice.

Come è stato già puntualmente rilevato, il diritto del minore ad una valida e costante presenza di entrambi i genitori è principio che deve orientare ogni provvedimento legislativo e l'attività ermeneutica dell'interprete.

Nella valutazione della possibilità per i genitori che vivano separati di spostarsi per andare a trovare o prendere i propri figli per portarli presso di sé, senza incorrere in sanzioni, si è reso necessario e, forse in futuro potrebbe essere ancora indispensabile, bilanciare, da un lato, l'imprescindibile diritto del minore a poter contare su una continuativa bi-genitorialità e, dall'altro, l'integrità fisica del minore stesso, non esponendolo a maggiori rischi di contagio collegati allo spostamento, nonché la salute pubblica.<sup>30</sup>

Come sopra accennato, la valutazione delle ragioni di necessità, così come quelle di speciale urgenza, nonché dei motivi di salute, è alla base dell'irrogazione delle sanzioni previste dall'art. D.L. 25.03.2020 n. 19.<sup>31</sup>

In questo quadro, diveniva fondamentale poter attestare le ragioni che potessero giustificare la necessità o l'urgenza dello spostamento, il fatto cioè che quello spostamento nel corso del quale il genitore era fermato dagli agenti di polizia fosse motivato con la necessità di andare a prendere il figlio non convivente: in assenza di un provvedimento che attesti il diritto del genitore a tenere con sé il figlio il giovedì sera, ad esempio, non potrebbe infatti essere facilmente verificato che il genitore si stia spostando proprio al fine di ottemperare a quanto previsto.

---

<sup>30</sup> La criticità del bilanciamento è evidente. Più in generale, sul tema, si veda Palma, A. "Libertà e doveri: questioni costituzionali alla luce dell'emergenza Covid-19." 2 *Biolaw Journal* (2020).

<sup>31</sup> La norma, escludendo l'applicabilità dell'art. 650 c.p., inizialmente previsto con il DPCM, prevede, per il caso di violazione del divieto di spostamento delle persone fisiche, sanzioni amministrative pecuniarie da 400 a 3.000 euro, aumentabili fino ad un terzo nel caso in cui la violazione sia avvenuta mediante l'utilizzo di un veicolo.



Nel caso di scuola, che si è proposto, il genitore avrebbe dovuto essere nelle condizioni di dimostrare: l'esistenza di una situazione di separazione, la presenza di figli minori, nonché la residenza o il domicilio dei genitori in due diverse abitazioni, oltre che l'esistenza di "accordi di fatto" che regolassero il diritto di visita del genitore.

Le stesse difficoltà in termini di prova, si potrebbero avere nel caso di un procedimento per separazione giudiziale per il quale non vi sia ancora stata l'udienza presidenziale, e dunque non vi sia alcun provvedimento provvisorio; o ancora in ipotesi di accordi contenuti in un ricorso per separazione consensuale depositato e in attesa di fissazione di udienza<sup>32</sup> o sottoscritto e non ancora depositato. Ancora, si pensi all'ipotesi in cui sia stato sottoscritto l'accordo di negoziazione assistita senza che lo stesso sia stato trasmesso al procuratore della Repubblica.<sup>33</sup>

In queste fattispecie i genitori hanno potuto o avrebbero potuto mostrare, nel momento dell'eventuale controllo, un accordo sottoscritto dagli stessi e controfirmato dagli avvocati.

Altra fattispecie problematica: cosa è successo o potrebbe succedere (nella odiosa ipotesi di una seconda ondata pandemica) se il genitore che si è allontanato dalla casa familiare decidesse di farvi ritorno per non rischiare di non poter vedere i figli fino al termine del lock-down? Il genitore che lascia la casa familiare ha diritto a ritornarci? Esiste un diritto e/o un dovere dei coniugi alla coabitazione?

In generale, l'art. 160 c.c. vieta ai coniugi di derogare ai diritti e doveri nascenti dal matrimonio, per cui è pacifico che l'accordo tra di essi circa la

---

<sup>32</sup> Si tratta, infatti, di situazioni sulle quali ha inciso la sospensione delle udienze e dei termini processuali di cui all'art. 83, comma 3, lett. a) D.L. 17.03.2020 n. 18.

<sup>33</sup> Cfr. un primo commento su <https://www.quotidianogiuridico.it/documents/2020/04/08/covid-19-distanziamento-sociale-diritto-alla-bigenitorialita-e-coabitazione-tra-i-coniugi>.

cessazione della coabitazione è considerato un esonero dal dovere di coabitazione, rappresenta una valida giustificazione per il coniuge che abbia lasciato la casa coniugale ed esclude, pertanto, la pronuncia di addebito a suo carico.

Ciò in quanto, nelle ipotesi in cui si sia verificata l'effettiva cessazione della comunione materiale e spirituale e la volontà di separarsi e non coabitare sia comune ad entrambi, in quanto tacitamente o espressamente manifestata, la separazione deriva dal solo consenso dei coniugi e l'omologazione è da intendersi quale mera condizione legale di efficacia.<sup>34</sup> Secondo questa impostazione, dunque, il consenso non potrebbe ritenersi unilateralmente revocabile, per cui uno dei coniugi non potrebbe costringere l'altro a ripristinare la coabitazione neppure nella situazione emergenziale.

In ogni caso, anche consentita la ripresa della coabitazione in ragione dello stato di emergenza, per quanto rileva nei rapporti tra i coniugi, tale comportamento non potrà essere sussunto nella "fattispecie riconciliazione", la quale non può inferirsi «per la sola sussistenza di ripetute occasioni di incontro e di frequentazione, ove le stesse non depongano per una reale e concreta ripresa delle relazioni materiali e spirituali».<sup>35</sup>

In ogni caso, il provvedimento che abbia assegnato ad uno dei genitori la casa familiare (o l'accordo omologato, ovvero contenuto in un verbale di negoziazione assistita autorizzato dal PM) dovrà essere rispettato<sup>36</sup> ed è,

---

<sup>34</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 30 giugno. 2008, n. 10932, in 4 *Giust. civ. Mass.* (2008): 647; pubblicata e commentata anche su *Foro it.* (2008): 7-8, I, 2119.

<sup>35</sup> Cfr. Cass. Civ., sez. VI, 26 luglio 2019 n. 20323, pubblicata in *Diritto & Giustizia*, 29 luglio 2019; ed anche in 42 *Guida al diritto* (2019): 70.

<sup>36</sup> Si veda, Paladini, M. "Misure sanzionatorie e preventive per l'attuazione dei provvedimenti riguardo ai figli, tra responsabilità civile, *punitive damages* e *astreinte*." 2 *Famiglia e diritto* (2012): 853-859.

dunque, da escludersi che il genitore non assegnatario possa imporre il proprio ritorno nella casa familiare,<sup>37</sup> senza il consenso dell'altro.

La questione, invece, si presenta più fluida e incerta ove ci si interroghi sull'efficacia vincolante degli accordi non omologati, ma semplicemente sottoscritti dai coniugi.

In linea generale, l'accordo tra i genitori circa la permanenza dei minori presso ciascuno di essi ha un contenuto non completamente disponibile per le parti. Ed infatti, l'art. 158 c.c. attribuisce al giudice – previa riconvocazione dei coniugi – il potere di rifiutare l'omologazione quando ritenga che gli accordi siano contrari agli interessi dei minori. Con la stessa *ratio*, in presenza di figli minori, l'accordo raggiunto a seguito di negoziazione assistita deve essere trasmesso al procuratore della Repubblica, il quale lo autorizza, se ritenuto corrispondente agli interessi dei minori.<sup>38</sup>

Nonostante si assista certamente ad un progressivo riconoscimento di un sempre più ampio margine all'autonomia privata nei rapporti familiari,<sup>39</sup> si deve ritenere che gli accordi dei coniugi circa i tempi di permanenza di ciascuno con i minori, compresa l'assegnazione della casa familiare ad uno di essi, non possano ritenersi vincolanti a prescindere da un controllo

---

<sup>37</sup> Sulla casa familiare, per tutti si vedano Gentile, M. "Dall'assegnazione alla revoca della casa familiare" 8 *Famiglia e minori* (2011): IX-X; Morace Pinelli, A. "La scelta della residenza abituale del minore." *Filiazione. Commento al Decreto attuativo. Novità introdotte dal decreto legislativo 154 del 2013*. Bianca, M. (a cura di), Milano: Giuffrè, 2014, 184-185; Id. "L'assegnazione della casa familiare." *Filiazione. Commento al Decreto attuativo. Cit.* Bianca, M. (a cura di), Milano: Giuffrè, 2014, 201 et seq..

<sup>38</sup> Cfr. l'art. 6, comma 3°, D.L. 132/2014, convertito con modifiche in L. 162/2014.

<sup>39</sup> Sul rapporto tra autonomia negoziale e controllo giudiziale, in sede di adr ed in particolare di mediazione, vd. Mazzuca, M. "Note sulla mediazione familiare tra autonomia negoziale e controllo giudiziale." *Rassegna di diritto civile* (2013): 711-724; Tommaseo, F. "Mediazione familiare e processo civile." 2 *Famiglia e diritto* (2012): 831-837. Con specifico riferimento agli accordi di divorzio, Marella, M.R. "La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura." *Riv. Crit. Dir. Priv.* (2003): 110-115; Ead., "Il diritto di famiglia tra status e contratto. Il caso delle convivenze non fondate sul matrimonio." *Stare insieme. I regimi della convivenza tra status e contratto*. Marella, M.R.- Grillini, F. (a cura di). Napoli: Jovene, 2001.

giudiziario (o del PM) circa la rispondenza degli stessi rispetto agli interessi superiori dei minori.<sup>40</sup>

#### 4. VISITE PROTETTE

Fin qui si è dato conto delle scelte di una certa parte della giurisprudenza, in base alle quali la modalità “da remoto”, già utilizzata come strumento alternativo al lavoro in presenza, è stata indicata come mezzo idoneo anche in ambito di separazione ed affidamento congiunto per preservare la continuità del rapporto tra genitore non collocatario e figlio, al fine di non comprimere del tutto il diritto alla bi-genitorialità. Come detto, tale diritto è prima di tutto un diritto del figlio e solo in via subordinata e mediata un diritto del genitore.

41

Tale soluzione “smart” è stata, peraltro, adottata anche in ipotesi ancora più delicate quali quelle delle “visite protette”, che avvengono di solito in cd. “spazio neutro” e alla presenza dei servizi sociali.

---

<sup>40</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 3 dicembre 2015, n. 24621, pubblicata in *Giustizia Civile Massimario* 2015, in cui la Corte riconosce che il legislatore di recente abbia concesso ampi spazi all'autonomia negoziale tra i coniugi nell'ambito degli accordi di separazione, pur tuttavia mostrando di voler tenere distinti contenuti necessari (affidamento figli minori, assegnazione casa coniugale, mantenimento dei figli e del coniuge debole) e contenuti solo eventuali (definizione di altri rapporti patrimoniale o personali tra i coniugi) dell'accordo di separazione. Alla luce di questa distinzione, soltanto all'accordo avente oggetto i diritti patrimoniali dei coniugi possono attribuirsi effetti direttamente vincolanti tra le parti, senza necessità di sottoporre lo stesso al giudice per l'omologazione. La sentenza è commentata da Tantalò, L. “Valido l'accordo transattivo sottoscritto dai coniugi in sede di separazione anche se non espressamente omologato.” *Diritto & Giustizia*, 4 dicembre 2015; ed anche in 5 *Foro it.* (2016): I, 1826 con nota di Bona; ed in 3 *Guida al diritto* (2016): 67.

<sup>41</sup> Ceniccola, A.-Sarracino, A. F., *L'affidamento condiviso, alla luce della Legge n. 54/2006*, Metelica, 2007; Palladini, M. “Le tutele sostanziali.” *La riforma del processo per separazione e divorzio*. Cecchella, C. (a cura di), Pisa, 2007; Patti, S.-Rossi Carleo, L., *Provvedimenti riguardo ai figli*, Bologna-Roma, 2010.

Nel frangente pandemico di lock-down, l'art. 83, comma 7 bis, della L. n. 27/2020 ha stabilito che «salvo che il giudice disponga diversamente, per il periodo compreso tra il 16 aprile e il 31 maggio 2020, gli incontri tra genitori e figli in spazio neutro, ovvero alla presenza di operatori del servizio socio assistenziale, disposti con provvedimento giudiziale, sono sostituiti con collegamenti da remoto che permettano la comunicazione audio e video tra il genitore, i figli e l'operatore specializzato, secondo le modalità individuate dal responsabile del servizio socio-assistenziale. E comunicate al giudice procedente. Nel caso in cui non sia possibile assicurare il collegamento da remoto gli incontri sono sospesi».

Dunque, in forza di un emendamento presentato dalla Sen. Fedeli, il Senato e la Camera, in sede di conversione in legge del d.l. Cura Italia, hanno introdotto una previsione in virtù della quale tutti gli incontri in “spazio neutro” tra genitori e figli sono stati sospesi fino al 31 maggio 2020. Si tratta di una soluzione criticabile sotto il profilo della proporzionalità e della ragionevolezza, che trascura completamente la rilevanza, pure costituzionale, del mantenimento della relazione tra figli e genitori, anche se non conviventi, soprattutto in situazioni delicate, quali quelle che determinano di solito il percorso di affidamento in Case-famiglia o, comunque, delle visite in forma protetta. Il legislatore sembra avere preferito la tutela degli Operatori dei Servizi Sociali, ledendo patentemente il diritto dei minori al rapporto parentale con uno o entrambi i genitori, a seconda dei casi.

La situazione è e resta estremamente preoccupante e - anche dopo il 30 maggio 2020 e sempre che il trend dei contagi continui ad essere recessivo - non sembra tornare alla normalità.

In alcune sedi gli incontri in “spazio neutro” potranno riprendere a regime solo dopo l'estate. Ciò significa accettare che ci siano bambini che non

potranno vedere i genitori per un lasso di tempo che va da marzo a settembre (6 mesi!!!). Ciò rischia di creare danni irreparabili a molte relazioni genitori-figli, di per sé difficili e fragili o problematiche, peraltro già mediate dai Servizi Sociali.

In altre sedi, come per esempio Palermo, giacché le Case-famiglia e le strutture di accoglienza non hanno spazi idonei a garantire gli “incontri in sicurezza”, l’Arma dei Carabinieri ha messo a disposizione uno “spazio neutro”, tale da assicurare il distanziamento sociale e l’applicazione degli standard di sicurezza previsti.<sup>42</sup>

È quasi superfluo evidenziare come un bambino possa vivere l’ipotesi di incontrare i genitori in caserma, con la mascherina e senza poterli baciare o abbracciare.

Pensare di fare dei tamponi o dei test sierologici e salvaguardare le relazioni parentali sarebbe troppo in un Paese democratico che rispetta i diritti civili fondamentali?

Ed invece, come detto, i servizi sociali e le Case-famiglia hanno sospeso le “visite protette” fino al perdurare dell’emergenza sanitaria.

Il Tribunale di Terni, 30 marzo 2020, est. Velletti,<sup>43</sup> in proposito, ha ritenuto di bilanciare gli interessi di pari rango costituzionale, quello alla bi-genitorialità e quello alla tutela della salute, individuando la modalità “da remoto”, come una modalità che «pur assicurando il costante contatto, non metta a rischio la salute psicofisica dei minori», dei genitori e collettiva (nella misura in cui le limitazioni e le precauzioni riducono il rischio di contagio).

---

<sup>42</sup> Le notizie circa le prassi sono state da me acquisite attraverso interviste e colloqui diretti con avvocati, giudici e operatori di Case Famiglia.

<sup>43</sup> Il provvedimento è pubblicato on line su <https://www.osservatoriofamiglia.it/contenuti/17508902/situazioni-di-emergenza-causa-del-corona-virus-e-necessario.html>, consultato il 30 giugno 2020.

Il caso riguarda la relazione tra il padre e i tre figli minori: dopo l'allontanamento della madre e dei figli dalla casa familiare, dovuto a violenze commesse dall'uomo, erano sorte difficoltà nel mantenere i contatti tra i figli e il padre, non convivente. Vista la situazione, il Tribunale ha disposto, con ordinanza del 4 marzo, l'affidamento esclusivo dei figli alla madre e il diritto di visita del padre «in spazio neutro», secondo il calendario da redigere da parte dei servizi sociali. Tuttavia, i servizi sociali, in una relazione di aggiornamento del 26 marzo, hanno dato atto «dell'impossibilità a causa dell'emergenza sanitaria di attivare incontri in spazio neutro», evidenziando come anche i genitori avessero manifestato una «preoccupazione rispetto agli spostamenti dei minori e all'attivazione in questo momento degli incontri protetti, che li porrebbero in una situazione di poca tutela». Il padre con ricorso in via d'urgenza - ritenuto meritevole di essere esaminato, perché avente a oggetto le tematiche indifferibili della famiglia – chiedeva venissero individuate modalità di incontri volti a ristabilire comunque l'esercizio effettivo della propria responsabilità genitoriale.<sup>44</sup>

Il Tribunale di Terni, come detto, ha dovuto operare un «bilanciamento degli interessi di pari rango costituzionale, quello alla tutela della bi-genitorialità (fondato sull'articolo 30 della Costituzione e sull'articolo 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo) e quello alla tutela della salute (fondato sull'articolo 32 della Costituzione)», individuando una «modalità di frequentazione padre-figli che, pur assicurando il costante contatto, non metta a rischio la salute psicofisica dei minori».

In concreto, il Tribunale ha disposto che i servizi sociali organizzino, con «modalità che evitino lo spostamento e il contatto diretto delle parti, dei

---

<sup>44</sup> Il caso è stato agli onori della cronaca, cfr. [www.ilsole24ore.com/art/si-incontri-protetti-padre-figli-i-servizi-sociali-via-whatsapp-ADc5KoI](http://www.ilsole24ore.com/art/si-incontri-protetti-padre-figli-i-servizi-sociali-via-whatsapp-ADc5KoI).

minori e degli stessi operatori (che potranno operare in modalità di lavoro agile o da remoto), incontri padre-figli con cadenza di almeno tre volte la settimana».

Questi incontri potranno avvenire «con modalità da remoto», in videochiamata con Skype o Whatsapp o con altre modalità compatibili con le dotazioni delle parti e degli operatori, «previa idonea preparazione dei figli» e «assicurando che sia l'operatore a mettere in contatto il padre con ciascuno dei figli, assicurando la propria presenza per l'intera durata della chiamata».

In questo quadro, dunque, alla luce del tenore dell'art. 83, comma 7 bis, e dell'interpretazione e offerta dal Giudice, è onere dei Servizi Sociali organizzare le visite protette, evitando lo spostamento ed il contatto diretto delle parti e degli operatori, che hanno lavorato e continueranno a lavorare in modalità “smart-agile”, perché gli incontri sono avvenuti e rischiano di continuare ad avvenire via skype o whatsapp o con altre modalità compatibili con le dotazioni e possibilità delle parti e degli operatori coinvolti.

Un'ultima considerazione: diversamente da quanto avvenuto per decisione del Tribunale di Terni, qui in commento, spesso nei provvedimenti di affidamento non sono chiari i poteri (e i limiti) attribuiti dai giudici al Servizio di Tutela dei minori.

Talvolta, si configura un mandato generico, che non consente di individuare gli specifici poteri attribuiti al Servizio, né di comprendere se e in che modo quest'ultimo possa opporsi alle decisioni assunte dai genitori.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> Sul delicatissimo ruolo dei servizi sociali, Arceri, A. “Affidamento esclusivo, affidamento condiviso, affidamento a terzi: confini tra le diverse tipologie di affidamento nella recente giurisprudenza di legittimità.” 2 *Famiglia e diritto* (2012): 707-711; Buffone, G. “Utile rivitalizzare la sorveglianza del giudice tutelare e il monitoraggio dei servizi sociali.” 1 *Famiglia e minori* (2011): 73-76; Sonaglioni, A., “Scarsa vigilanza del Tribunale per i minorenni sull'operato dei servizi



La legge prevede che tali provvedimenti devono avere natura temporanea. Secondo la giurisprudenza prevalente, la natura provvisoria del provvedimento impedisce ai genitori il reclamo alla Corte di Appello (a meno che non vengano emessi nell'ambito dei provvedimenti temporanei ed urgenti presidenziali in materia di separazione o divorzio), e la mancanza di termini predeterminati dalla legge di efficacia di detti provvedimenti fa sì che, a volte, tale situazione di provvisorietà si prolunghi anche per anni.<sup>46</sup> L'istituto dell'affidamento ai servizi sociali è, oggi, ampiamente utilizzato dai Tribunali e sarebbe opportuno rivedere la normativa di riferimento, anche per modificare i molti aspetti che risultano ormai distanti dall'attuale contesto sociale e culturale.<sup>47</sup>

## 5. CONCLUSIONI

Il diritto alla salute, a mio avviso, va considerato di pari rango rispetto ad altri diritti fondamentali, come quello alle relazioni familiari, soprattutto con riferimento ai figli minori ed in un momento che mette a dura prova anche

---

sociali e sui soggetti affidatari: severa condanna della Corte di Strasburgo.” 1 *Famiglia e Diritto* (2001).

Barbero Avanzini, B. “Problematiche relazionali e valutazione reciproca tra Tribunale per minorenni e servizi sociali.” *Giustizia minorile e servizi sociali*. Barbero Avanzini, B. (a cura di), Milano: Franco Angeli, 2011; Contiero, G., *L'affidamento dei minori*, Milano: Giuffrè, 2009.

<sup>46</sup>Cfr.[http://www.dirittoegiustizia.it/news/9/0000098605/Videochiamate\\_tra\\_padri\\_e\\_figli\\_in\\_tempi\\_di\\_emergenza\\_sanitaria.html](http://www.dirittoegiustizia.it/news/9/0000098605/Videochiamate_tra_padri_e_figli_in_tempi_di_emergenza_sanitaria.html)

<sup>47</sup> Il provvedimento istitutivo dell'affidamento ai servizi sociali è il r.d.l. 1404/1934, modificato e riformato con la L. n. 888/1956. In dottrina anche sul ruolo dei servizi sociali in ambito familiare e sulle tensioni tra innovazione e tradizione nel diritto di famiglia si vedano, per tutti, Biancheri, R., *Famiglie di ieri, famiglie di oggi. Affetti e legami nella vita intima*, Pisa: Edizioni Ets, 2012; Zatti, P., “Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia.” *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da P. Zatti, vol. I, Milano: Giuffrè, 2011, 3 ss.; Sacchetti, L., *Il diritto minorile e dei servizi sociali*, Rimini, 1982. Con riferimento al tema specifico dell'affidamento extra-familiare, vd. Long, J., “Il controllo giudiziario sull'esercizio della potestà genitoriale e l'affidamento extrafamiliare: un importante contributo alla definizione delle garanzie processuali dal caso Covezzi e Morselli c. Italia.” 1 *Minori e Giustizia* (2005): 163-171.

il loro equilibrio psicofisico. Ciò richiede probabilmente uno sforzo per superare precedenti automatismi nella regolazione del regime di frequentazione dei genitori, come dimostrano le recenti pronunce giurisprudenziali qui rassegnate.

Nel necessario bilanciamento tra valori costituzionalmente protetti, resta in ogni caso centrale il principio del superiore interesse del minore: occorre trovare soluzioni fondate sul buon senso e la ragionevolezza, considerando le specificità del caso concreto, evitando di esporre i minori a situazioni potenzialmente di maggior rischio.

Il diritto alla bi-genitorialità, che è, in linea di massima, *best interest* del minore, al pari del diritto alla salute, viene violato ogni qual volta l'epidemia viene strumentalizzata per interrompere o limitare il diritto di visita di uno dei genitori. I soggetti lesi saranno soltanto i figli, costretti a subire l'ulteriore stress della tensione familiare, della riduzione degli incontri, della compressione degli spazi condivisi. L'effetto è la violazione di diritti dei minori e dei genitori.

Come *extrema ratio*, il diritto di visita può essere esercitato anche con le piattaforme digitali, ma anche in questo caso i genitori devono collaborare e possibilmente trovare un accordo. L'emergenza sanitaria ha imposto la necessità di bilanciare l'interesse primario dei figli minori e del genitore a vedere garantito il pieno diritto alla bi-genitorialità con la tutela della salute pubblica e individuale: tutte le soluzioni concordate che garantiscano un equo bilanciamento di questi diritti sono astrattamente ammissibili<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> Sul difficile rapporto tra bilanciamento dei valori e legalità sostanziale, si veda l'opinione critica di De Nes, M. "Emergenza Covid-19 e bilanciamento dei diritti costituzionali: quale spazio per la legalità sostanziale?" *Biolaw Journal*, 16 marzo 2020, 5.

Interrompere il dialogo in questo periodo difficile costringe, invece, i tribunali a pronunciarsi in via d'urgenza, sostituendosi ai genitori impulsivi o scarsamente collaborativi.

Il diritto alla bi-genitorialità, come detto, trova fondamento nell'art. 30 Cost. e nell'art. 8 CEDU, oltre che in diverse norme di rango ordinario già citate.

La continuità del rapporto genitore-figlio è un valore che trova attuazione nel diritto di visita, è fonte di sostegno e di affetto per il minore, soprattutto in frangenti difficili, come quello del lock-down, che ha visto la chiusura delle scuole, l'azzeramento dei contatti sociali e delle occasioni ludico-ricreative.

Ovviamente, nella ipotetica futura seconda ondata pandemica o di altri futuri fatti straordinari ed eccezionali – che speriamo non si verifichino - le modalità di esercizio del diritto di visita dovranno essere parametrize al dato normativo (che sarebbe opportuno fin dall'inizio preveda espressamente in merito), interpretato alla luce del buon senso, evitando gli spostamenti con mezzi pubblici ed altre situazioni potenzialmente a rischio per il minore.

Dunque, l'analisi degli elementi del caso concreto è imprescindibile, l'approccio *case by case*,<sup>49</sup> seppur *principles based*, non può essere abbandonato quando si guarda a scelte che incidono sulla valutazione del *best interest* del minore, che va temperato con altri valori fondamentali, altrettanto rilevanti (seppure non *paramount*).

La previsione delle videochiamate frequenti, magari più frequenti, più spontanee e meno programmate rispetto agli incontri in presenza, può essere, in uno stato di sospensione del diritto di visita, il mezzo alternativo di

---

<sup>49</sup> In proposito, nonostante in questa sede sia stata criticata la decisione del Tribunale di Bari, occorre precisare che nel ricorso presentato dalla madre si ravvisava la circostanza della mancata sospensione dell'attività lavorativa del padre presso un call-center, che è per definizione un luogo molto affollato, in cui sono presenti diverse postazioni di lavoro molto vicine tra loro e ad uso promiscuo da parte degli addetti. Pertanto, la sospensione del diritto di visita paterno, decisa dal Tribunale pugliese, seppure non se ne fa cenno nella motivazione dell'ordinanza, potrebbe essere stata determinata da una valutazione legata alla maggiore esposizione al rischio di contagio del padre e, quindi, dei minori.

tutela della bi-genitorialità. In ogni caso, l'eventuale sospensione del diritto di visita deve restare, secondo me, l'*extrema ratio* e deve essere compensata con maggiori contatti. Non potrà essere intesa dal genitore collocatario come una sospensione totale.

In ogni caso, vanno censurati gli atteggiamenti aggressivi e prevaricatori dei genitori che non consentano di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con l'altro genitore. L'emergenza, la quarantena e i divieti alla libertà di circolazione non possono essere strumentalizzati per violare il diritto al rapporto genitoriale. Un comportamento di questo tipo potrebbe, peraltro, essere preso in considerazione ai fini della formulazione di un giudizio di inadeguatezza genitoriale.<sup>50</sup> In proposito, proprio riguardo alla posizione del genitore collocatario, la Corte di Cassazione ha stabilito che, tra i requisiti di idoneità genitoriale, rileva anche la capacità di preservare le relazioni parentali con l'altro genitore, funzionali ad assicurare il diritto del figlio alla bi-genitorialità, una crescita sana ed equilibrata, una stabile consuetudine di vita e salde relazioni con entrambi i genitori, i quali hanno il dovere di cooperare<sup>51</sup> nell'assistenza, nell'educazione e nell'istruzione dei figli.<sup>52</sup>

D'altra parte, in certi casi di genitori esposti al rischio di contagio - per esempio, per ragioni sanitarie e perché conviventi con soggetti appartenenti

---

<sup>50</sup> Cfr. Longo, F. "La madre collocataria impedisce al padre di vedere il figlio: condannata ad un esemplare risarcimento del danno. Commento alla sentenza del Tribunale di Roma, sez. I civile, 13 settembre 2011." 2 *Famiglia e diritto* (2012): 818-822. Anche la Corte Edu è intervenuta in materia per stigmatizzare alcuni comportamenti del genitore affidatario e tutelare le prerogative dell'altro genitore, Long, J. "I diritti del genitore non affidatario nella Corte europea dei diritti dell'uomo." 4 *Minori Giustizia* (2005). Peraltro, la distinzione tra tutela dei diritti del bambino e apprezzamento della condotta dei genitori è ribadita, seppure con riferimento allo *status filiationis* e al diritto all'identità del figlio di coppia omosessuale, ma con argomentazioni qui replicabili, da Corte Edu, G.C. avis consultatif, 10 aprile 2019, R. P 16-2018-001.

<sup>51</sup> Sui doveri di cooperazione e solidarietà, vd. Carbone, V. "Crisi della famiglia e principio di solidarietà." 12 *Famiglia e diritto* (2012): 1165-1178.

<sup>52</sup> Cfr. Cass. Civ., sez. VI, 23 settembre 2015, n. 18817, pubblicata in *Giustizia Civile Massimario* 2015; ed in 3 *Foro it.* (2016): I, 902 con nota di Casaburi.

alle categorie più vulnerabili - il senso di responsabilità e il principio di precauzione, prima ancora che le norme di diritto e le decisioni di un giudice, dovrebbero indurre il genitore più esposto a giustificare ed accettare alcune limitazioni al diritto di visita, proprio nell'interesse superiore dei figli.