

Il problema del diritto di visita e di frequentazione all'epoca del Covid-19

di DAVIDE PIAZZONI

SOMMARIO: 1. Il provvedimento del Tribunale di Milano dell'11 marzo 2020. – 2. Il provvedimento nel contesto del d.l. n. 11/2020 (e del d.l. n. 18/2020). – 3. Diritto di visita e frequentazione con il genitore non convivente e attuali restrizioni alla circolazione per contrastare il contagio da Covid-19. – 4. Equilibrio tra diritto alla bigenitorialità, diritto alla salute individuale e interesse alla salute pubblica.

1. Il provvedimento del Tribunale di Milano dell'11 marzo 2020

Il Tribunale di Milano, con provvedimento reso in via d'urgenza l'11 marzo 2020, ha rigettato l'istanza di un genitore volta ad ottenere la limitazione del diritto di visita dell'altro genitore in ragione della situazione derivante dalla pandemia di Covid-19 e del rischio di contagio.

I genitori (coniugati, e ora controparti in un procedimento di divorzio) avevano concordato all'udienza del 3 marzo 2020 «il mantenimento delle attuali condizioni di affido e collocamento dei minori, con indicazione di un preciso e dettagliato calendario di frequentazioni degli stessi con il genitore non collocatario in via prevalente [...]». Accordo da considerarsi vincolante, soggiunge il Tribunale. In data 11 marzo 2020, e a seguito del DPCM 08.03.2020, n. 11 (in G.U. 08.03.2020, n. 59 SG), la madre aveva presentato istanza urgente, chiedendo che il Tribunale ordinasse che i minori (che, secondo calendario, si trovavano presso il padre fuori Milano) rientrassero immediatamente presso l'abitazione materna.

Il Tribunale, rilevato come il DPCM non precludesse il rientro presso la residenza o domicilio, e che comunque lo stesso Governo nelle proprie FAQ aveva chiarito essere permessi gli spostamenti per permettere a ciascun genitore di attuare il diritto di visita e frequentazione del figlio, rigetta l'istanza e impone il rispetto dell'accordo già raggiunto.

2. Il provvedimento nel contesto del d.l. n. 11/2020 (e del d.l. n. 18/2020)

Il provvedimento appare interessante sotto diversi profili, sia di contingenza sia strutturali.

Nella prima prospettiva: l'istanza viene presentata e il provvedimento viene emesso nella vigenza del d.l. n. 11/2020. L'istanza non viene però dichiarata inammissibile, né improcedibile in ragione della sospensione eccezionale dei termini. L'istanza viene invece decisa nel merito (e rigettata *inaudita altera parte*, con un provvedimento che rinvia agli accordi già conclusi tra i genitori). Si tratta di una delle prime applicazioni dell'art. 2, co. 2, lett. g, n. 1), d.l. n. 11/2020, e segnatamente della parte in cui esclude dalla sospensione dei termini alcuni procedimenti (disposizione poi riprodotta, con alcuni emendamenti, nel d.l. n. 18/2020, art. 83, co. 3, lett. a, in G.U. 17.03.2020); probabilmente perché il Tribunale ha ritenuto che l'istanza instaurasse uno dei «procedimenti cautelari aventi ad oggetto la tutela di diritti fondamentali della persona».

Insomma: queste questioni, per il Tribunale di Milano, riguardano i diritti fondamentali della persona. Il che porta alla seconda prospettiva, quella che potremmo denominare “strutturale”. Uno degli aspetti che colpisce in merito all'attuale produzione normativa d'urgenza è la posizione centrale che viene assegnata ai procedimenti aventi ad oggetto relazioni familiari e tutela dei diritti delle persone vulnerabili. L'art. 2, co. 2, lett. g), d.l. n. 11/2020, prima, e poi l'art. 83, co. 3, lett. a), d.l. n. 18/2020 pongono questi procedimenti come i primi ad essere oggetto di esenzione dalla sospensione, in un elenco di procedimenti (civili e penali) che per altro verso sono in massima parte espressione diretta

di disposizioni costituzionali¹.

E, d'altra parte, non c'è dubbio che il benessere psico-fisico del figlio minore, che si attua anche attraverso la piena tutela del suo diritto alla bigenitorialità, sia una posizione costituzionalmente garantita (ai sensi degli artt. 2, 3, 30, 31 e 31 Cost.).

Pertanto, il problema affrontato dal provvedimento in questione è quello del delicato equilibrio tra tale diritto, l'interesse pubblico alla non diffusione del virus Covid-19 e l'interesse privato a non essere contagiato dal virus e a non esporre il proprio figlio al contagio, nel quadro del regime di affido condiviso disciplinato con provvedimento giudiziario o accordo negoziato *ex d.l. n. 132/2014* (conv. con mod., in l. n. 162/2014)².

3. Diritto di visita e frequentazione con il genitore non convivente e attuali restrizioni alla circolazione per contrastare il contagio da Covid-19

A seguito del DPCM del 9 marzo 2020, pubbl. in G.U. 09.03.2020, n. 62 SG, a tutti i cittadini italiani sono state imposte rilevanti limitazioni alla libertà di circolazione al fine di contrastare la diffusione del c.d. coronavirus. Il Decreto estende a tutto il territorio italiano le misure già previste dall'art. 1, DPCM dell'8 marzo 2020 (in G.U. 08.03.2020, n. 59 SG), dal 10 marzo 2020 al 3 aprile 2020. Interessa in questa sede, in particolare, quanto previsto dall'art. 1, lett. a, del DPCM 08.03.2020 che impone di «evitare ogni spostamento delle persone fisiche in entrata e in uscita dai territori di cui al presente articolo, nonché all'interno dei medesimi territori, salvo che per gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero spostamenti per motivi di salute. È consentito il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza». In caso di violazione, e secondo i casi, il trasgressore potrebbe essere perseguito e punito ai sensi dell'art. 650 c.p. o, se già contagioso, ai sensi dell'art. 452 c.p.

L'assolutezza della previsione normativa sembrerebbe lasciare poco spazio ad interpretazioni. Tuttavia l'art. 51 c.p. chiarisce 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».

In questo ristrettissimo spazio si colloca (oggi, e speriamo per il minor tempo possibile) il diritto del figlio di genitori non (più) conviventi ad una piena bigenitorialità e ad una corretta frequentazione di entrambi i genitori. Cerchiamo di inquadrare l'istituto:

- *the best interest of the child* è criterio preminente di giudizio, ai sensi dell'art. 3 della Convenzione ONU sui diritti del fanciullo (che costituisce ai sensi dell'art. 117 Cost. fonte interposta dell'ordinamento e parametro di costituzionalità). Detto interesse coincide con la tutela prioritaria del diritto alla salute del figlio minore inteso come diritto ad un sano ed equilibrato sviluppo psico-fisico. Tale diritto include anche il diritto ad un equilibrato rapporto con entrambi i genitori (che trova la sua fonte, ancor prima che nell'art. 315-*bis* c.c., nell'art. 9 della citata Convenzione ONU sui diritti del

¹ Sul punto, v. <<https://www.studioruo.com/2020/03/11/noi-giusfamiliaristi-che-tutelando-posizioni-costituzionalmente-garantite-siamo-diventati-immuni-ex-lege/>>.

² Presupposto delle successive riflessioni è che entrambi i genitori siano responsabili delle scelte sanitarie per il figlio, e che la loro responsabilità non sia stata né compressa quanto all'esercizio, né limitata (sospesa o abblata) quanto alla titolarità. Le considerazioni svolte non possono pertanto riguardare i casi di affidamento c.d. super-esclusivo, o di affidamento ai Servizi Sociali; né tantomeno i casi di frequentazione in ambiente neutro o protetto, con l'intervento di operatori specializzati. Possono riguardare – con i dovuti *distinguitur* – l'ipotesi di affidamento “concordato” senza provvedimento dell'Autorità giudiziaria, perché i diritti del figlio minore e la responsabilità dei genitori derivano non dal provvedimento del giudice, ma dalla legge e dalla Costituzione.

fanciullo); quando i genitori non sono più conviventi, il suinducato diritto, previsto dall'art. 337-ter, co. 2, c.c., viene disciplinato e concretizzato nel provvedimento giudiziario che disciplina affidamento, collocamento e mantenimento della prole minorenni tutelando l'equilibrato rapporto dei figli con entrambi i genitori, salvo che ciò, nel concreto, sia contrario al loro interesse; è diritto tutelato e garantito anche dall'art. 8 CEDU e la Corte di Strasburgo ha più volte sottolineato come la relazione genitore - figlio non possa essere compressa se non nell'interesse del figlio stesso (cfr., ad esempio, Buchleiter c. Germania, 28.04.2016, ric. n. 20106 e P.V. c. Spagna, 30.11.2010, ric. n. 35159, in <www.ceduincammino.it>);

- il diritto di visita e alla bigenitorialità del figlio minore è tutelato non solo civilisticamente, ma anche nel codice penale: il mancato esercizio da parte del genitore non collocatario, o l'impedimento dell'esercizio da parte del genitore (prevalentemente) collocatario, sono perseguibili ai sensi degli artt. 388 e 570, co. 1°, c.p.;

- il diritto di visita è un diritto del figlio, ancor prima che del genitore. Ed è incomprimibile da parte di entrambi i genitori. Chi lo comprime, sta ledendo la salute del figlio e compromettendo la sua crescita equilibrata (e, peraltro, può essere chiamato a rispondere del relativo danno sia dal figlio, sia dall'altro genitore);

- la tutela di questo diritto rientra nel coacervo di doveri di cui si compone la responsabilità genitoriale. Tra questi però, indubbiamente, anche il dovere di tutelare il diritto alla salute fisica del figlio.

Insomma: il diritto del figlio minorenni alla relazione con il genitore con il quale non convive in via prevalente è certamente, in astratto, idoneo a rientrare nell'alveo dell'art. 51, co. 1°, c.p. Del che è consapevole anche il nostro Esecutivo, che infatti nelle proprie FAQ per aiutare i cittadini nella comprensione dei DPCM – richiamate anche dal Tribunale di Milano, come una sorta di “interpretazione autentica” – chiarisce che gli spostamenti per l'attuazione del diritto di visita e frequentazione del figlio minorenni con il genitore non prevalentemente convivente sono espressamente consentiti³.

4. Equilibrio tra diritto alla bigenitorialità, diritto alla salute individuale e interesse alla salute pubblica

Il diritto alla bigenitorialità deve tuttavia essere temperato con il diritto alla salute fisica del figlio e, quindi, con il rischio che, visitando l'altro genitore o nel percorso, il figlio sia contagiato. D'altronde le misure vigenti sono state emanate a tutela della salute pubblica, di cui all'art. 32 Cost.

Nel bilanciamento dei diritti e degli interessi (tutti di natura costituzionale) coinvolti, peraltro, si trova

³ Sul punto, v. <<http://www.governo.it/it/articolo/decreto-iorestoacasa-domande-frequenti-sulle-misure-adottate-dal-governo/14278>>, consultato da ultimo in data 18.03.2020, ore 10.21: «**Sono separato/divorziato, posso andare a trovare i miei figli?** Sì, 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». Da notare che la FAQ si rivolge espressamente ai soli genitori separati o divorziati, ma appare evidente che il fulcro sia il diritto di visita e che, quindi, essa si rivolga anche ai genitori che non sono mai stati coniugati. Pena, in difetto, la discriminazione dei figli in ragione del rapporto preesistente tra genitori, con conseguente violazione degli artt. 2 e 3 Cost., nonché dell'art. 315 c.c.

il confine tra: *a*) ciò che può essere definito “esercizio del diritto di visita del genitore non convivente” come esplicitazione del diritto alla bigenitorialità del minore – consustanziale al suo interesse –, *b*) ciò che può essere definito legittima astensione dal dovere (genitoriale) di esercitarlo e, infine *c*) ciò che invece non è espressione di nessuna delle due precedenti posizioni, e concreta quindi un abuso illegittimo.

Ma, se siamo nell’ambito del bilanciamento, allora è erroneo cercare una regola unica che si possa applicare in ogni occasione. Pena, il rischio di comprimere eccessivamente diritti che non devono essere compressi, o – all’opposto – di mettere a repentaglio diritti e benessere che avrebbero dovuto essere tutelati. Insomma: pena il trattamento irragionevole in modo identico di situazioni diverse, con conseguente violazione dell’art. 3 Cost.

Certo è che il genitore prevalentemente convivente non può assumere la decisione unilaterale di sospendere o limitare la frequentazione con l’altro “schermandosi” dietro le vigenti prescrizioni restrittive della libertà di circolazione; né può chiedere al giudice di farlo in sua vece. Tentativo verosimilmente fatto dalla madre istante nel procedimento concluso con il provvedimento che offre ulteriore spunto per queste riflessioni in commento.

In questo caso, dovrebbe ritenersi che più che una regola unica e univoca, sarebbe opportuno individuare dei criteri-guida equi e ragionevoli. Sarà poi compito dell’avvocato spiegarli ai Clienti (in ogni caso facendo presenti le conseguenze dei comportamenti che saranno assunti), adattandoli al caso concreto e al momento in cui il singolo comportamento deve essere adottato.

Tali criteri-guida potrebbero fondarsi, ad esempio, sulle seguenti considerazioni:

- in un momento di complessivo e generale “sbandamento”, in cui il minore è stato sradicato dalle sue abitudini corroborate nel tempo (scuola, amici, sport, parrocchia e frequentazione di tutti i centri in cui si svolge la sua vita sociale), l’eliminare completamente una delle figure di riferimento può comportare un ulteriore serissimo disagio (che, peraltro, si potrebbe riverberare anche sul genitore prevalentemente collocatario, che si troverebbe a dover gestire integralmente il figlio senza poter far affidamento su nessuno); il tutto ovviamente deve essere verificato anche alla luce del singolo minorenne - persona individuale che subisce la situazione;
- la reale situazione di fatto in cui ci si muove: se ad esempio il trasferimento da una casa all’altra può avvenire con un’auto privata, senza soste intermedie e senza incontrare persone: il che è evidentemente diverso dal caso in cui si debbano necessariamente utilizzare mezzi pubblici o a piedi;
- da chi dovrebbe essere eseguito, materialmente, il trasporto: le valutazioni cambiano se il minore debba raggiungere l’abitazione dell’altro genitore con questi, o con altre persone;
- in caso di impossibilità di movimento, se sia possibile comunque supplire alla frequentazione con mezzi alternativi (videochiamate, ad esempio), salvi “recuperi” successivi.

A titolo esemplificativo: l’opporre un rifiuto motivato in ordine al DPCM 09.03.2020 ad accompagnare il figlio dall’altro genitore, in una situazione di aperta campagna e di trasporto in macchina da casa a casa, in una zona con pochissimi contagi, potrebbe configurare un abuso e una violazione di doveri genitoriali. Al contrario, la pretesa del genitore di avere il figlio a casa propria, sapendo che dovrà attraversare una città esponendolo a contagio sui mezzi pubblici, appare pretesa non corretta.

Certo questo introduce altre considerazioni sul principio di eguaglianza e sulla sua effettiva declinazione: perché in questa situazione sono favoriti coloro che possono permettersi il trasporto dei

figli con un'auto privata e sarebbero esclusi coloro che invece debbono necessariamente avvalersi di mezzi pubblici.

Le valutazioni, guidate da un sano dialogo tra avvocati, non possono che fondarsi su un alto senso di responsabilità e su un minimo dialogo adulto tra i genitori. I quali devono essere resi ben consapevoli che i comportamenti abusivi, oppositivi ed eccessivamente rigidi potranno essere valutati, successivamente, ai sensi dell'art. 709-ter c.p.c. o, nei casi più gravi, ai sensi degli artt. 330-333 c.c.