

Il diritto alla bigenitorialità ai tempi del Covid 19

di Adriana SCAMARCIO

Estratto da Adriana SCAMARCIO, [Compendio di DIRITTO di FAMIGLIA. Matrimonio, separazione e divorzio \(Aspetti sostanziali e processuali\)](#), Diritto Avanzato, Milano, 2020

1. Il diritto alla bigenitorialità ai tempi del [Covid 19](#)

Considerato che l'esigenza di evitare assembramenti e contatti ravvicinati tra le persone che, per lavoro e utenza, frequentano gli uffici giudiziari e tenuto conto che la vita di relazione delle persone nell'ambito dei rapporti endofamiliari non può restare sospesa per mesi, sia con riferimento a coloro i quali già abbiano definito il nuovo assetto dei loro rapporti che, a maggior ragione, per coloro i quali non siano stati in grado di definire un accordo e dunque necessitino di provvedimenti che definiscano e risolvano convivenze divenute intollerabili, sono state introdotte delle linee guida da parte del CNF.

L'intento del legislatore, in materia di diritto di famiglia, è sempre stato quello di preservare i rapporti dei figli con entrambi i genitori, in ossequio al rispetto del principio di bigenitorialità.

La legge n°. 54/2006, infatti, dando attuazione al principio enunciato dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata in Italia con l. n. 176/1991, ha garantito il diritto ad una relazione affettiva del minore con entrambi i genitori.

1.1. La normativa emergenziale e il diritto alla frequentazione genitori-figli

I Decreti che si sono succeduti da gennaio non hanno previsto espressamente la disciplina della frequentazione tra genitori e figli in costanza di separazione e divorzio da applicare nella fase emergenziale.

Il primo intervento con cui l'Italia ha preso in considerazione lo stato di emergenza, resa nota da parte dell'Organizzazione Mondiale della Sanità è la

delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020, con cui è stato dichiarato lo stato di emergenza per 6 mesi dall'emanazione dello stesso provvedimento.

Con il DPCM dell'8 marzo 2020 si prevedeva con unico riferimento alle "zone rosse" di «evitare ogni spostamento delle persone fisiche in entrata e in uscita dai territori, 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; (...)». Tale disposizione, dapprima concernente solo i limitati territori indicati, è stata estesa a tutto il territorio nazionale dall'art. 1 del DPCM 9 marzo 2020.

Questo ha generato una situazione di confusione e incertezza per i genitori separati e divorziati, i quali, consapevoli che il diritto alla bigenitorialità e al diritto di visita del figlio minore è tutelato dal codice civile, si sono ritrovati ad incorrere in sanzioni penali nel caso di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice in caso di violazione degli obblighi di assistenza familiare.

Con risposta del 10 marzo 2020, il Governo Italiano chiariva che «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».

Non appena chiarito il quadro di riferimento degli spostamenti, nei giorni successivi la situazione è tornata a destare dubbi a causa dell'ordinanza del Ministero della salute del 20 marzo 2020 – peraltro prorogata fino al 3 aprile dall'art. 2 del susseguente DPCM 22 marzo 2020 – con cui sono state adottate misure ulteriormente restrittive. All'art. 1, co. 1, lett. d), in particolare, è stato previsto che «nei giorni festivi e prefestivi, nonché in quegli altri che immediatamente precedono o seguono tali giorni, è vietato ogni spostamento verso abitazioni diverse da quella principale, comprese le seconde case utilizzate per vacanza».

Un nuovo spiraglio si ha a pochi giorni di distanza con il d.l. 25 marzo 2020 n. 19, entrato in vigore il giorno successivo. Esso prevede all'art. 1, co. 2 lett. a) la «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 e motivati da esigenze lavorative, da situazioni di necessità, da motivi di salute o da altre specifiche ragioni».

Il problema è nuovamente risolto dalle FAQ del 26 marzo 2020 – quindi successive al d.l. 25 marzo 2020 n. 19 – che rinviano a quanto già affermato in precedenza, consentendo lo spostamento anche extra comunale tra i domicili del minore.

Con il DPCM del 10 aprile 2020, all'art. 1, co. 1, lett. a) sono stati previsti: "solo gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero per motivi di salute e, in ogni caso, 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 e resta anche vietato ogni spostamento verso abitazioni diverse da quella principale comprese le seconde case utilizzate per vacanza".

È, infine, intervenuto il DPCM 26 aprile 2020 che all'art. 1, co. 1, lett. a) dispone che «sono consentiti solo gli spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità ovvero per motivi di salute e si considerano necessari gli spostamenti per incontrare congiunti purché venga rispettato il divieto di assembramento e il distanziamento interpersonale di almeno un metro e vengano utilizzate protezioni delle vie respiratorie; in ogni caso, è fatto divieto a tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi, con mezzi di trasporto pubblici o privati, in una regione diversa rispetto a quella in cui attualmente si trovano, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute; è in ogni caso consentito il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza».

1.2. Le pronunce sul diritto alla bigenitorialità e sul diritto di visita durante la fase epidemiologica

La posizione giurisprudenziale in merito al periodo di emergenza epidemiologica ha visto la pronuncia di vari Tribunali, il primo chiamato a rispondere è stato il Tribunale di Milano in data 11 marzo 2020.

Nel caso di specie, la madre dei minori aveva depositato un'istanza urgente finalizzata a richiedere il rientro dei propri figli, che si trovavano con il padre, presso il proprio domicilio a Milano.

Il Tribunale, rilevato che il DPCM dell'8 marzo 2020 non precludesse il rientro presso la residenza o il domicilio e considerato che il DPCM consentisse il diritto di visita e frequentazione dei figli, ha rigettato l'istanza e raccomandato il rispetto di quanto convenuto in precedenza da entrambi i coniugi.

Un altro provvedimento, emesso in data 12 marzo 2020, è quello del Tribunale di Matera.

Nell'ambito di un procedimento per l'affidamento dei figli nati fuori dal matrimonio, la madre, in qualità di genitore collocatario della prole, presentava urgente istanza di sospensione delle visite tra padre e figlio che avvenivano in modalità protetta, in considerazione della situazione di emergenza.

L'organo giudicante ha così stabilito: "nel bilanciamento tra interesse del minore a mantenere un rapporto significativo con il padre e quello a restare a casa per evitare il rischio del contagio Covid 19, ritiene debba prevalere quest'ultimo, in quanto funzionale alla tutela del superiore interesse della salute, anche in considerazione del limitato periodo temporale di sacrificio del rapporto padre-figlio".

Lo stesso orientamento è stato abbracciato dalla [Corte di Appello di Bari, chiamata a pronunciarsi in data 26 marzo 2020](#), sulla richiesta di una madre, genitore collocatario, finalizzata a sospendere gli incontri tra padre e figlio minore.

La Corte ha rilevato da un lato che gli incontri del minore con i genitori dimoranti in comune diverso sono rispettosi della normativa emessa fino a quel momento, dall'altro, che non è possibile verificare che il minore non sia stato sottoposto a rischio sanitario nello spostamento tra un'abitazione e l'altra.

Afferma, inoltre, che "il diritto-dovere dei genitori e dei figli minori di incontrarsi, nell'attuale momento emergenziale, è recessivo rispetto alle limitazioni alla circolazione delle persone, legalmente stabilite per ragioni

sanitarie, a mente dell'art. 16 della Costituzione, ed al diritto alla salute, sancito dall'art. 32 Cost.», concludendo che fino al 3 aprile "appare necessario interrompere le visite paterne, e che è necessario disporre che, fino a tale data, il diritto di visita paterno sia esercitato attraverso lo strumento della videochiamata, o Skype, per periodi di tempo uguali a quelli fissati, e secondo il medesimo calendario».

In linea generale, l'orientamento giurisprudenziale ha ritenuto che i divieti di spostamento adottati durante il periodo di emergenza sanitaria non possono incidere direttamente sulla regolamentazione del diritto di frequentazione tra genitori e figli.

Il diritto di spostamento incide sulla libertà di movimento dell'individuo, ma non sull'efficacia del provvedimento giudiziario.

Sebbene i vari DPCM abbiano scatenato non poche confusioni e dubbi sulla loro interpretazione, il Governo ha chiarito la legittimità dell'esercizio al diritto di visita genitori-figli.

Pertanto, le varie pronunce giurisprudenziali si sono orientate soprattutto sulla tutela del minore correlato all'attuazione del diritto alla bigenitorialità.

Tra i provvedimenti che, invece, hanno precluso il diritto di visita, meritano particolare attenzione le pronunce emesse dalla Corte di Appello di Bari e dai Tribunali di Vasto e Bari.

Nelle prime due pronunce, inoltre, si legge che il diritto-dovere dei genitori e dei figli di incontrarsi, nel momento di emergenza sanitaria, è recessivo sia rispetto alle limitazioni alla circolazione delle persone, sia al diritto alla salute, di cui all'art. 32 Cost.; si afferma, poi, una "nuova modalità" di esercizio del diritto di visita paterno: la videochiamata (o Skype). Si è, quindi, scelto di comprimere il diritto del genitore non collocatario, facendo solo in apparenza prevalere il diritto alla salute dei minori.

Sia il Tribunale di Bari che quello di Vasto prescrivono l'utilizzo di strumenti telematici per mettersi in contatto con i minori, dando per scontato non solo che tali strumenti siano nella materiale disponibilità dei soggetti investiti da tali pronunce, ma anche che i minori siano in grado di resistere per ore a conversazioni a distanza.

1.3. I "congiunti"

Con il DPCM 26 aprile 2020 sono stati autorizzati gli spostamenti per incontrare i congiunti.

In primo luogo sono stati tanti gli interrogativi sul significato del termine "congiunto", poiché nel nostro ordinamento non trova uno specifico riconoscimento. Si rinviene, invece, una definizione a livello generale di "prossimi congiunti", ma in materia penale.

L'art. 307 c.p., rubricato "Assistenza ai partecipi di cospirazione o banda armata" al comma 4 cita testualmente: «agli effetti della legge penale, s'intendono per i prossimi congiunti gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti (...)».

Il Governo ha precisato che «l'ambito cui può riferirsi la dizione di "congiunti" può indirettamente ricavarsi, sistematicamente, dalle norme sulla parentela e

affinità, nonché dalla giurisprudenza in tema di responsabilità civile. Alla luce di questi riferimenti, deve intendersi che i "congiunti" cui fa riferimento il DPCM ricomprendano: i coniugi, i partner conviventi, i partner delle unioni civili, le persone che sono legate da uno stabile legame affettivo, nonché i parenti fino al sesto grado (come, per esempio, i figli dei cugini tra loro) e gli affini fino al quarto grado (come, per esempio, i cugini del coniuge)».

Nell'affermare che è possibile l'incontro tra parenti fino al sesto grado non si è considerato che la parentela, nel nostro ordinamento, non solo può distinguersi in parentela in linea retta e in linea collaterale, ma anche che il codice civile prevede i c.d. "gradi di parentela" (il cui computo non sempre è agevole). Tralasciando questa parentesi e focalizzandoci su quanto qui ci occupa, è evidente che nella nozione di congiunti rientra il legame tra genitori e figli.

Dunque, la questione relativa alla frequentazione tra genitori e figli, qualora non vi sia un provvedimento di separazione/divorzio, oppure ove manchi l'accordo tra coniugi, sembrerebbe risolta con quest'ultimo intervento governativo.

In realtà, gli spostamenti sono consentiti solo all'interno della Regione presso cui ci si trova (salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute).

Quindi, nel caso di due soggetti sprovvisti di un provvedimento di separazione/divorzio, che non riescano a trovare un accordo, uno residente a Milano e l'altro a Roma, uno dei due genitori continuerà a non vedere garantito il proprio diritto a frequentare il figlio.

Il susseguirsi dei vari provvedimenti emessi nel periodo dell'emergenza epidemiologica, che non si sono espressamente occupati del diritto di visita genitori-figli e, dunque, di regolamentare la frequentazione fra di essi, ha destato difficoltà interpretative.

Attraverso la ricostruzione delle pronunce emesse dai Tribunali nell'arco dei mesi di marzo e aprile, la giurisprudenza è apparsa molto divisa sull'argomento.

Alla luce della disamina svolta appare, quindi, che l'interpretazione giurisprudenziale non sia univoca, e anzi spesso le pronunce finora emanate sembrano porsi in contrasto con la tutela del diritto fondamentale alla bigenitorialità, nonché con la stessa giurisprudenza, sia domestica sia europea, evidenziando un'attuale situazione di criticità, frammentarietà e disomogeneità in relazione ai diritti di visita e alla frequentazione genitori-figli.