

LA TUTELA DEL DIRITTO DEL MINORE ALLA
FREQUENTAZIONE DEI CONGIUNTI ALLA LUCE DELLE
RESTRIZIONI CONSEGUENTI ALLA PANDEMIA COVID – 19

*PROTECTION OF THE RIGHT OF THE CHILD TO ATTEND
JOINTS IN LIGHT OF THE RESTRICTIONS CONSEQUENT TO THE
COVID PANDEMIA - 19*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 834-861



Tommaso
AULETTA

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de diciembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: Il saggio esamina l'incidenza che ha avuto la vasta e complessa normativa, susseguitasi nel tempo, nel disciplinare i rapporti familiari nel contesto della pandemia Covid-19. In particolare è stata presa in considerazione l'influenza che essa ha esercitato riguardo ai rapporti tra genitori e figli minori nel contesto della crisi familiare ed alla frequentazione degli altri congiunti, a causa delle limitazioni introdotte nella circolazione e nella frequentazione tra persone non conviventi, nonché l'applicazione compiuta dalla giurisprudenza di detta normativa al fine di valutarne la compatibilità con gli interessi fondamentali del minore.

PALABRAS CLAVE: Pandemia Covid-19; rapporti fra genitori e figli; rapporti con gli altri parenti; libertà personale e tutela della salute; interesse superiore del minore.

ABSTRACT: *This essay examines the impact that the numerous and complex provisional rules related to the Covid-19 pandemic, which have occurred over time, have had in regulating family relationships. In particular, it analyses the influence that these rules have exercised, on the one hand, on the relationships between parents and children in the context of the family crisis and, on the other hand, the limits imposed on children as regards visiting relatives, as a consequence of the restrictions introduced on freedom of movement and on meetings between non-cohabiting people. This paper also deals with the application of these provisional rules carried out by the Courts, in order to assess their compatibility with the fundamental interests of the child.*

KEY WORDS: Covid-19 Pandemic; Parent/Children Relationship; Relationship with Relatives; Personal Freedom and Health Protection; Best Interests of the Child.

SUMARIO.- I. INTRODUZIONE.- II. IL QUADRO NORMATIVO VOLTO A DISCIPLINARE GLI INCONTRI DEI MINORI CON IL GENITORE NON COLLOCATARIO E GLI ALTRI PARENTI NON CONVIVENTI.- III. L'INTERPRETAZIONE DELLA GIURISPRUDENZA SULLA REGOLAMENTAZIONE DEI RAPPORTI TRA GENITORI NON CONVIVENTI E FIGLI.- IV. LE SOLUZIONI DA PRIVILEGIARE CON RIFERIMENTO ALLE PROBLEMATICHE EMERSE ED IN PROSPETTIVA FUTURA.- V. I RAPPORTI DEL MINORE CON GLI ALTRI CONGIUNTI.- VI. L'INCIDENZA DELLA PANDEMIA SUL DOVERE DI MANTENIMENTO DEI GENITORI VERSO I FIGLI.

I. INTRODUZIONE.

La pandemia Covid-19, in seguito alla quale il governo ha proclamato lo stato di emergenza - a partire dal 31 gennaio 2020 - ha reso necessaria l'adozione di molteplici interventi normativi, volti a tutelare la salute, che hanno inciso significativamente su diverse libertà costituzionali, in particolare sulla libertà di circolazione e di soggiorno la quale, secondo quanto previsto dall'art. 16 Cost., può subire infatti limitazioni per ragioni di sanità pubblica, nonché su altre libertà strettamente collegate (ad es., la libertà di riunione, incidendo sulla possibilità di incontrare altre persone, ivi compresi congiunti ed amici).

Il rapido dilagare del contagio, la gravità degli effetti della malattia e l'impossibilità di fronteggiarla in altro modo se non limitando drasticamente i contatti sociali sembrava giustificare, a parere di molti, interventi così invasivi sulla vita delle persone - probabilmente anche per la loro presumibile brevità – onde consentire un efficace contrasto della pandemia ed il celere superamento della situazione emergenziale, previsione rivelatasi in realtà del tutto illusoria.

Estremamente gravi sono stati i disagi che ne sono derivanti, in special modo per le persone diversamente abili e per i minori, soprattutto quelli in tenera età, se non altro per la difficoltà di comprenderne le ragioni che ne hanno mutato drasticamente le abitudini di vita: privati della scuola, del gioco all'aria aperta, dell'opportunità di svolgere attività sportiva, di alimentare i rapporti affettivi con i parenti con loro non conviventi di incontrare gli amici, ivi compresi i compagni di scuola. Ma tutt'altro che di modesto rilievo sono stati i sacrifici patiti anche dagli adolescenti, quantunque dotati di maggiore capacità di comprensione (basti pensare allo stress derivante dalla didattica a distanza, la privazione dagli svaghi abituali, l'impedimento a coltivare i rapporti affettivi).

Di converso la famiglia "unita" ha costituito (e rappresenta tuttora, nel contesto di una realtà in cui le restrizioni ad alcune libertà personali non sono state

• **Tommaso Auletta**

Professore ordinario di Diritto Privato, Università degli studi di Catania. E-mail: tauletta@lex.unict.it.

del tutto abolite ma variano a seconda dell'andamento dei contagi) una risorsa fondamentale su cui contare, l'occasione per coltivare con maggiore intensità ed in maniera proficua rapporti a volte superficiali o quantomeno frettolosi - dovuti al tran-tran della vita quotidiana - tra genitori e figli, tra fratelli e con altri congiunti conviventi, almeno riguardo ad una famiglia portatrice di valori positivi (altro valutazione potrebbe farsi naturalmente per una famiglia in seno alla quale l'originaria difficoltà delle relazioni, si è viepiù accentuata dal prolungamento dei tempi di una convivenza sostanzialmente "forzata").

Disagi ulteriori hanno dovuto affrontare e possono tuttora risentire (anche se in certa misura in maniera più contenuta, per le ragioni che si diranno) i minori, figli di genitori separati, divorziati, o comunque non (più) conviventi, al fine di esercitare il loro diritto alla bigenitorialità cioè alla frequentazione del genitore non collocatario o non affidatario e le difficoltà incontrate da quest'ultimo nell'esercizio del ruolo educativo che gli compete. L'affidamento condiviso infatti anche quando non comporta una paritaria convivenza del minore con ciascun genitore² deve comunque contemplare, proprio per la sua funzione, tempi di normale frequentazione del minore con l'altro genitore³ in modo da renderne possibile la condivisione delle esperienze di vita più significative (quali ad es., la consumazione dei pasti, gli svaghi, lo studio, l'esercizio di una attività sportiva, il pernottamento) ed un efficace esercizio della responsabilità genitoriale. Proprio in tale prospettiva il giudice della crisi suole per lo più individuare un genitore "collocatario" col quale il minore viva stabilmente⁴, disponendo ad un tempo le modalità con le quali l'altro genitore venga messo in condizione di trascorrere tempi adeguati con il figlio: una o più giornate nel corso della settimana, qualche fine settimana al mese e alcuni

1 Per alcuni cenni sull'argomento, all'interno dell'esame di un quadro della problematica familiare derivante dal Covid-19, v. IRTI, C.: "Relazioni familiari e Covid-19: la difficile ricerca di un equilibrio tra la salvaguardia del diritto alla salute pubblica e gli altri diritti fondamentali", *Famiglia*, 2020, p. 683 ss.

2 Poiché nel predisporre l'affidamento condiviso il giudice deve optare per la scelta delle modalità più rispondenti all'interesse del minore, secondo la giurisprudenza e la dottrina prevalente il perseguimento di detto interesse non si realizza necessariamente mediante una suddivisione paritaria dei tempi di permanenza del minore presso ciascun genitore. Al contrario, nella maggior parte dei casi risulta preferibile individuare uno dei genitori presso il quale il figlio vivrà abitualmente onde garantirgli una stabilità di vita. V. in proposito ad es., Trib. Messina, 7 ottobre 2020, Trib. Salerno, 4 settembre 2020, Trib. Velletri, 6 maggio 2020; Cass., civ. 13 febbraio 2020, n.3652; Cass. civ., 10 dicembre 2018, n.31902; Cass. civ., 30 luglio 2018, n.20151. Ciò non toglie che in alcuni casi una suddivisione sostanzialmente paritaria dei tempi di convivenza del figlio con ciascun genitore potrebbe costituire la soluzione più idonea a soddisfarne gli interessi: essa è stata adottata, ad es., da Trib. Catanzaro, 28 febbraio 2019; Trib. Catania, 12 luglio 2006; Trib. Chieti, 28 giugno 2006.

3 La giurisprudenza fa infatti riferimento all'esigenza di salvaguardare una stabile consuetudine di vita con entrambi i genitori: ad es., da ultimo, Cass. civ., 28 luglio 2020, n.16125; Cass. civ., 8 aprile 2019, n.9764. Per la dottrina v. SCALISI, A.: "Il diritto del minore alla 'bigenitorialità' dopo la crisi o la disgregazione del nucleo familiare", *Fam. e dir.*, 2007, p. 526, il quale sottolinea che i tempi di permanenza presso l'altro genitore devono essere comunque tali da consentire un rapporto continuativo col figlio. Analogamente IRTI, C.: *Affidamento condiviso e casa familiare*, Jovene, Napoli, 2010, p. 39.

4 Tale soluzione è infatti quella normalmente adottata dai provvedimenti in materia: v. nota 2. A suo favore si pronunzia anche la dottrina prevalente: ex multis, PADALINO, C.: *L'affidamento condiviso dei figli*, Giappichelli, Torino, 2006, p.17; BALESTRA, L.: "Brevi notazioni sulla recente legge in tema di affidamento condiviso", *Famiglia*, 2006, p. 657; RUSCELLO, F.: "Affidamento 'condiviso', 'collocazione abitativa' del figlio e dovere di 'cura' dei genitori", *Rass. dir. civ.*, 2009, pp. 871 ss.

giorni di vacanza nel corso dell'anno, ferma restando la possibilità per i genitori di apportare, di comune accordo, quei "mutamenti", rispetto a tali prescrizioni, per soddisfare specifiche esigenze familiari, alla luce della flessibilità che costituisce peculiare dell'istituto. Tale modalità di affidamento si caratterizza inoltre per l'esercizio paritario da parte di entrambi i genitori della responsabilità parentale, onde un'adeguata frequentazione del minore risulta funzionale anche a tal fine (sia perché ne agevola la conoscenza delle esigenze e l'evolversi della personalità, sia perché le decisioni riguardanti la quotidianità spettano al genitore con il quale il minore si viene a trovare in quel momento).

I divieti o le restrizioni, volti a contenere il diffondersi del contagio, introdotti dalle norme riguardo agli spostamenti e nella frequentazione delle persone hanno creato non pochi problemi in proposito, soprattutto nel primo periodo del "confinamento", sia per l'incertezza del loro contenuto sia per la "rigidezza" delle soluzioni a volte adottate dalla giurisprudenza che, a causa della gravità della situazione epidemiologica, si è verosimilmente preoccupata di dare prevalenza alla tutela della salute fisica del minore, ponendone in secondo piano il benessere psicologico connesso ad un equilibrato rapporto con entrambi i genitori.

Le situazioni in cui i giudici sono stati chiamati a risolvere i problemi accennati si sono rivelate tutt'altro che sporadiche, se non altro perché la condivisione dell'affidamento è privilegiata dalla legge nel caso di crisi della coppia. Infatti, secondo il dettato dell'art. 337 *quater*, l'affidamento esclusivo può essere predisposto (anche ove sussista un accordo fra i genitori⁵) solo qualora quello condiviso sia contrario all'interesse del minore, vale a dire - secondo diffusa interpretazione della giurisprudenza - solo qualora il rapporto col genitore "si traduca in forme atte ad alterare e a porre in serio pericolo l'equilibrio e lo sviluppo psico-fisico dei figli e, dunque, tali da pregiudicare il loro interesse"⁶; nonché ove un genitore si disinteressa del minore⁷, si dimostri inidoneo a svolgere il proprio ruolo educativo⁸ o ne metta pesantemente in discussione quello dell'altro genitore⁹. Non anche, in linea di principio, nelle ipotesi in cui i genitori abitino in luoghi distanti¹⁰ o vivano la crisi in maniera conflittuale, "ove (essa) si mantenga nei limiti di un tollerabile disagio per la prole"¹¹.

5 V. da ultimo Trib. Lecce, 21 aprile 2021.

6 Da ultimo, Cass. civ., 28 febbraio 2020, n.5604; Cass. civ., 22 settembre 2016, n.18559. Trattasi di giurisprudenza consolidata.

7 Cass. civ., 17 dicembre 2009, n.26587.

8 *Ex multis*, Trib. Caltanissetta, 20 dicembre 2010; Cass. civ., 17 dicembre 2009, n.26587; Cass. civ., 18 giugno 2008, n.16593.

9 App. Napoli, 11 aprile 2007; Trib. Napoli, 28 giugno 2006.

10 La giurisprudenza è consolidata anche in questo caso. V. in tal senso da ultimo, Cass. civ., 6 marzo 2019, n.6535; Cass. civ., 28 novembre 2018, n.30826.

11 Sul punto la giurisprudenza si mostra concorde: tra le più recenti, Cass. civ., 23 gennaio 2019 n. 1715; Cass. civ., 3 gennaio 2017 n.27.

La gestione dei rapporti genitori-figli si è decisamente complicata nel periodo anteriore all'estate del 2020 (8 marzo-3 giugno) anche a causa della generalizzata sospensione della didattica scolastica "in presenza", della sospensione di alcune attività ricreative e soprattutto della drastica limitazione, estesa all'intero territorio, degli spostamenti non solo al di fuori dei confini nazionali o regionali ma, in certi periodi, persino da un comune all'altro o all'interno del medesimo comune. Si è dunque palesato il rischio che tali misure finissero col sacrificare del tutto, o comunque si ripercuotessero pesantemente sulla tutela del diritto del minore alla bigenitorialità e del correlativo diritto del genitore non collocatario a coltivare i rapporti con il figlio secondo quanto stabilito dal giudice della crisi¹².

Tali problemi hanno riguardato in certa misura anche l'esercizio del c.d. diritto di visita nel caso di affidamento individuale; quest'ultimo infatti, pur caratterizzandosi generalmente per una maggiore limitazione dei rapporti tra il genitore non affidatario ed il minore (a volte persino mediante il ricorso ad incontri "protetti") non ne comporta, in linea di principio, la totale soppressione proprio per consentire di tenere vivo il legame affettivo interpersonale preesistente alla crisi, onde consentire il graduale superamento degli ostacoli che hanno reso sconsigliabile l'adozione dell'affidamento condiviso, oppure al fine di facilitare l'instaurarsi di rapporti in precedenza inesistenti o comunque carenti, ponendo in tal modo il genitore non affidatario in condizione di partecipare alla cura del figlio e all'assunzione delle decisioni più rilevanti per la sua vita insieme all'altro genitore, nonché di esercitare il controllo sull'operato di quest'ultimo.

Altre problematiche collegate alla situazione derivante dalla pandemia hanno riguardato la fondatezza di una eventuale richiesta di incremento dell'assegno dovuto dal genitore non collocatario all'altro genitore per il mantenimento del figlio, in conseguenza dei maggiori oneri economici da lui sostenuti nel caso di prolungamento dei tempi di convivenza con quest'ultimo rispetto a quanto previsto nella regolamentazione dei rapporti conseguenti alla crisi¹³.

Di converso, la crisi derivante dal "fermo" di numerose attività economiche potrebbe rendere difficoltoso al genitore debitore dell'assegno la regolare corresponsione, col conseguente problema del configurarsi o meno una sua responsabilità per l'eventuale ritardo o l'inadempimento.

Sembra dunque rivestire sicuro interesse verificare sulla base di quali principi sono state affrontate le suddette problematiche sia con riferimento ad una coppia

¹² Basti pensare ai casi in cui era previsto, tra i provvedimenti assunti al momento della crisi, che il genitore non collocatario si recasse talora a prendere o ad accompagnare a scuola il minore o ad un'altra attività, che era stata sospesa a causa del "confinamento".

¹³ Solitamente infatti il giudice della crisi, nel determinare l'importo dell'assegno che il genitore non collocatario è obbligato a versare, tiene conto delle spese che questi dovrà sostenere nei periodi di permanenza del minore presso di sé.

in grado di gestire la crisi in maniera non conflittuale sia nella opposta situazione. Nel primo caso si tratta infatti di stabilire in che misura le scelte concordi dei genitori di non sospendere gli incontri in “presenza” tra il minore ed il genitore non collocatario o non affidatario abbiano incontrato limitazioni in seguito all'adozione di disposizioni normative emergenziali, nel secondo caso in base a quali criteri sono stati risolti i conflitti insorti in seno alla coppia.

Uno spazio va anche riservato all'esame relativo all'incidenza della suddetta normativa sulla tutela del diritto del minore di mantenere rapporti significativi con i nonni e gli altri parenti, alla luce di quanto previsto dagli artt. 315 bis, 317 bis, 337 ter, ed in particolare se ad esso sia stata riservata adeguata protezione.

L'indagine in oggetto non si pone soltanto l'obiettivo di ricostruire un quadro della disciplina succedutasi nel tempo e dell'interpretazione ad essa riservata, al fine di verificarne l'impatto sui rapporti familiari innanzi descritti, alla luce dei valori privilegiati dall'ordinamento, e di esprimere un giudizio nel merito, ma anche di individuare eventuali correttivi al fine di assicurare loro una più appropriata tutela, ove la durata della pandemia di protraesse ulteriormente, o nell'ipotesi in cui situazioni emergenziali influenti sui medesimi valori dovessero presentarsi in futuro.

II. IL QUADRO NORMATIVO VOLTO A DISCIPLINARE GLI INCONTRI DEI MINORI CON IL GENITORE NON COLLOCATARIO E GLI ALTRI PARENTI NON CONVIVENTI.

La possibilità del genitore non collocatario di frequentare i figli nei tempi e con le modalità previste nella regolamentazione predisposta in occasione della crisi della coppia ha costituito il problema più ricorrente che la giurisprudenza ha dovuto affrontare nel periodo in cui le norme hanno posto limitazioni alla libertà di circolazione e di incontro fra le persona a causa della pandemia.

Per rendere più agevole la comprensione delle problematiche periodicamente emerse sembra opportuno ricostruire per sommi capi il complesso evolversi della normativa emergenziale, con riferimento all'oggetto della presente indagine. La materia è stata disciplinata inizialmente dal DPCM, 8 marzo 2020, il quale stabiliva testualmente che “allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus COVID-19 nella regione Lombardia e in alcune province del Nord Italia, sono adottate le seguenti misure: a) 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 residenza¹⁴. Tali misure sono state repentinamente estese, dal successivo DPCM 9 marzo 2020, all'intero territorio nazionale¹⁵.

Nel fornire un'interpretazione delle regole suddette il governo precisava (con la FAQ¹⁶ del 10 marzo), che "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, immuno-depresse 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". Si aggiungeva che "è ammesso accompagnare i propri figli dai nonni o per mandarli a riprendere all'inizio o al termine della giornata di lavoro solo in caso di estrema necessità, se entrambi i genitori sono impossibilitati a tenere i figli con sé per ragioni di forza maggiore"; pratica – si aggiungeva - peraltro fortemente sconsigliata, per la pericolosità della malattia sugli anziani.

Il DPCM 22 marzo 2020, nel modificare per alcuni aspetti le precedenti disposizioni, ha ribadito il divieto di spostamenti verso un comune diverso rispetto a quello in cui attualmente la persona si trova, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di "assoluta urgenza" ovvero per motivi di salute, precisando inoltre la durata temporale delle disposizioni in oggetto¹⁷. L'art. 1 del DPCM 26.4.2020 ha successivamente precisato rientrare tra i motivi di necessità (abbandonando la precedente dizione "assoluta urgenza") "gli spostamenti per incontrare i congiunti".

In seguito al miglioramento della situazione epidemiologica, il DL 16 maggio 2020 n. 33, ha attenuato le precedenti restrizioni disponendo che dal 18 maggio 2020, cessano di avere effetto tutte le misure limitative della circolazione all'interno del territorio regionale di cui d.l. 25.3.2020, n. 19, mantenendo però le limitazioni (fino al 2 giugno 2020) agli spostamenti in una Regione diversa (rispetto a quella in cui attualmente ci si trova) o per recarsi all'estero, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza (espressione ancora riproposta) ovvero per motivi di salute, consentendo comunque il rientro presso il proprio domicilio, abitazione o residenza.

14 Mediante il quale sono state introdotte ulteriori misure attuative al precedente d.l. 23.2.2020 n. 6 (conv. nella l. 5.3.2020 n. 13) il quale, al fine della gestione dell'emergenza epidemiologica, consentiva genericamente alle autorità competenti di emanare provvedimenti volti a limitare la diffusione del contagio.

15 Le restrizioni alla libertà di circolazione sono state successivamente confermate dal d.l. 25.3.2020 n. 19, convertito nella l. 22.5.2020 n. 35.

16 Dall'inglese "frequently asked questions".

17 Dal 23.1.2020 fino al 3.4.2020. Si aggiungeva che "Le stesse si applicano, cumulativamente a quelle di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 11 marzo 2020 nonché a quelle previste dall'ordinanza del Ministro della salute del 20 marzo 2020 i cui termini di efficacia, già fissati al 25 marzo 2020, sono entrambi prorogati al 3 aprile 2020" (poi successivamente al 13 aprile).

A chiarimento di tale misure il governo ha precisato (con aggiornamento della FAQ resa necessaria dall'entrata in vigore del d.l. da ultimo citato¹⁸ e del DPCM 17.5.2020) che “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 in ambito extraregionale. Tali spostamenti dovranno in ogni caso avvenire nel rispetto di tutte le prescrizioni di tipo sanitario, 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”.

La soluzione volta a consentire la circolazione per incontrare i figli trovava puntuale riscontro nel modello di autocertificazione, approvato dopo l'emanazione del DPCM 9.3.2020, nel quale era contenuta una specifica voce che li legittimava al fine di ottemperare ad “obblighi di affidamento dei minori”¹⁹.

L'ammissibilità degli spostamenti per le finalità menzionate è stata costantemente richiamata dai provvedimenti emanati nei mesi successivi al periodo estivo, quando cioè si è resa necessaria la reintroduzione di misure più restrittive alla libertà di circolazione per la recrudescenza della pandemia²⁰, riconducendoli – come per il passato - tra i motivi di necessità previsti dalle FAQ²¹. Ad un tempo si sono ribadite le restrizioni innanzi menzionate riguardo agli incontri del minore con i nonni e gli altri parenti.

Dal contesto delle suddette disposizioni e dell'interpretazione fornita dall'Autorità di Governo (mediante le FAQ) non sembravano pertanto emergere ostacoli, fin dall'inizio della pandemia, all'esercizio dei diritti del genitore di compiere spostamenti al fine di mantenere vivi i rapporti con i figli minori, secondo le modalità più appropriate, per assicurare l'adeguato bilanciamento dei diritti del minore alla salute ed alla bigenitorialità e del diritto alla salute collettiva (senza riconoscere preminenza di uno rispetto all'altro). Qualche dubbio circa l'introduzione di maggiori limiti agli spostamenti, avrebbero potuto tutt'al più desumersi dalla formulazione adottata dal DPCM 22.3.2020 nel precisare le ipotesi in cui gli spostamenti erano consentiti. Come si è detto, il decreto faceva infatti riferimento, per quanto interessa la questione in esame, a “comprovate esigenze di assoluta urgenza” (art.1 lett. b) mentre nel DPCM dell'8.1.2020 si parlava di “situazioni di necessità” onde ci si sarebbe potuti interrogare sulla possibilità che le visite del

18 Convertito nella legge 14.7.2020 n. 74.

19 Aspetto messo in luce da Trib. La Spezia, 7 aprile 2020.

20 Tra gli altri, in particolare il DPCM 3.11.2020 che ha suddiviso in zone le diverse regioni del Paese a seconda della gravità della diffusione della pandemia (consentendo a tal fine gli spostamenti tra genitori e figli abitanti in comuni situati in aree differenti); il DPCM 3 dicembre 2020, riguardante il periodo delle vacanze natalizie; il DPCM 14.1.2021 e il DL 14.1.2021 n. 2, il DL 23.2.2021 n. 15, il DL 22.4.2021 n. 52.

21 Provvedendo di volta in volta al loro aggiornamento in sintonia con le restrizioni deliberate. Pertanto, ad es., l'ammissibilità a tal fine degli spostamenti anche in stati extra UE è stata esplicitamente menzionata nella FAQ relativa ai provvedimenti contenuti del DPCM 18.10.2020.

genitore non collocatario o gli spostamenti del figlio presso la casa di quest'ultimo configurassero generalmente una reale "situazione di necessità" soprattutto in considerazione del presumibile breve periodo durante il quale l'interruzione dei rapporti "in presenza" sembrava destinato ad operare (previsione peraltro poi smentita dalla realtà dei fatti) e in considerazione della possibilità da parte del genitore non collocatario o affidatario di esercitare le funzioni caratterizzanti il proprio ruolo mediante incontri da "remoto". Interrogativo ancor più acuito dalla configurabilità di esigenze di assoluta urgenza (richiamate dal DPCM 22.3.2020) con riferimento ai routinari incontri tra minore e genitore non collocatario o affidatario.

Nel dubbio, l'Unione Nazionale Camere minorili²² aveva prontamente formulato uno specifico quesito al Governo per avere chiarimenti in proposito.

Peraltro – come si è detto – l'interpretazione privilegiata dal Governo riguardante i limiti alla circolazione delle persone si è costantemente orientata – a prescindere dalla diversa terminologia utilizzata - nel senso di favorire gli incontri in presenza purché in tutta sicurezza e in mancanza di cause specifiche che esponano il minore al pericolo di contagio più di quanto non accada presso il genitore collocatario (fermo restando che, a stretto rigore, ogni contatto con altre persone non stabilmente conviventi può configurare l'introduzione di un maggiore rischio di contagio).

Una parziale limitazione del suddetto favore poteva tuttavia essere costituita dal fatto che secondo l'interpretazione governativa gli spostamenti dovevano considerarsi giustificati *"solo al fine di dare attuazione alle modalità previste dal giudice con i provvedimenti di separazione o divorzio o, in assenza di tali provvedimenti, secondo quanto concordato tra i genitori"*. Fermo restando che per lo più il provvedimento volto a regolare la crisi, pur nel disciplinare i tempi di frequentazione, lascia – come accennato in precedenza - generalmente liberi i genitori di modificarli secondo le esigenze che possono via via concretamente manifestarsi, in assenza di uno specifico riferimento a tale circostanza, c'era da chiedersi se uno spostamento concordato in difformità al provvedimento del giudice avrebbe potuto essere sottoposto a sanzione. Come regolarsi inoltre ove i genitori non avessero mai convissuto (e dunque in assenza, nel passato, di una famiglia di fatto poi venuta meno) o fossero separati solo di fatto? In tali circostanza deve verosimilmente, in via interpretativa, considerarsi sufficiente un accordo scritto²³ intervenuto fra i genitori e volto a disciplinare la reciproca frequentazione con il minore.

²² In data 30 maggio 2020, *Quotidiano giur.*, 3.4.2020.

²³ Formalità verosimilmente resa necessaria al fine di produrre un titolo giustificativo da mostrare alle forze addette al controllo.

Altro profilo da evidenziare è la natura recessiva che la normativa emergenziale ha riservato, come accennato in precedenza, durante i periodi più rigidi di “confinamento”, all’interesse del minore di coltivare rapporti con gli altri congiunti non conviventi (nonni, fratelli ormai divenuti autonomi, altri parenti di grado meno prossimo) contemplato dall’art. 315 bis in quanto, almeno secondo le indicazioni del governo, gli spostamenti verso l’abitazione dei nonni (e comunque limitatamente a questi) sono giustificate solo al fine di facilitare l’attività di lavoro dei genitori ed esclusivamente “in caso di estrema necessità”. Ciò nella duplice prospettiva di tenere indenne il minore da rischi di contagio dovuto all’incontro con persone con lui non stabilmente conviventi e di salvaguardare la salute dei più anziani, in virtù degli esiti potenzialmente più gravi che la malattia potrebbero avere nei loro riguardi. In un primo periodo pertanto non si è ritenuto opportuno adottare una normativa volta a facilitare la frequentazione fra il minore e gli altri parenti, fino all’emanazione del DPCM 26.4.2020 (possibilità ridotta però dalle restrizioni introdotte dopo l’estate per la recrudescenza dei contagi). Un ampliamento di tale possibilità è stato introdotto di recente dal DL 22.4.2021 n. 52 (art. 2) il quale - a partire dal 26.4.2021 – ammette senza limiti gli spostamenti fra regioni e all’interno delle medesime ai soggetti muniti delle certificazioni verdi²⁴ COVID-19 e le visite ad amici e parenti in numero massimo di quattro adulti insieme ai figli minori con i limiti previsti all’interno della regione in cui ci si trova (v. più specificamente il § 5). Occorre comunque tenere presente che il quadro normativo è in continua evoluzione e dunque suscettibile di ulteriore evoluzione di cui, per motivi editoriali, non potrà darsi conto in questa sede.

III. L’INTERPRETAZIONE DELLA GIURISPRUDENZA SULLA REGOLAMENTAZIONE DEI RAPPORTI TRA GENITORI NON CONVIVENTI E FIGLI.

Non rare sono state le controversie - risalenti soprattutto al primo periodo (marzo-giugno 2020) - insorte tra i genitori separati o divorziati, favorite dall’ambigua formulazione delle norme volte a ridurre drasticamente la libertà di circolazione delle persone; l’iniziativa, mediante procedura di urgenza, è stata assunta a volte dai genitori collocatari o affidatari, onde ottenere la sospensione delle prescrizioni già adottate in sede di separazione o divorzio relative alla frequentazione fra il minore e il genitore non collocatario o affidatario; a volte ad opera di quest’ultimo, per esigerne il rispetto, essendo stato privato del diritto di esercitare le proprie funzioni secondo le modalità disposte in quella sede. Generalmente ciò era riconducibile ad iniziative unilaterali dell’altro genitore il quale ne aveva impedito o modificato l’applicazione, consentendo solo incontri a distanza o in quanto

24 “Comprovanti lo stato di avvenuta vaccinazione contro il SARS-CoV-2 o guarigione dall’infezione da SARS-CoV-2, ovvero l’effettuazione di un test molecolare o antigenico rapido con risultato negativo al virus SARS-CoV-2.”

trasferitosi in luogo diverso – anche lontano²⁵ - rispetto alla abitazione abituale. Situazioni per lo più riconducibili alla conflittualità derivante dalla crisi della coppia la quale finisce spesso col ripercuotersi – come è noto - anche sulla gestione dei rapporti che coinvolgono gli interessi dei minori: in particolare la tipologia dell'affidamento, le modalità di frequentazione ed il mantenimento dei figli. Conflitto talora acuito proprio dai disagi collegati al “confinamento” e dal tentativo del genitore collocatario di sfruttare a proprio vantaggio il restringimento della libertà di circolazione dell'altro genitore.

Dall'esame della giurisprudenza emerge infatti come non sporadici si sono rivelati i casi in cui il genitore collocatario ha cercato di approfittare della situazione di privilegio derivante dalla convivenza col minore per invocare, anche pretestuosamente, la pandemia quale ragione per impedire gli incontri “in presenza” con l'altro genitore invocando l'esigenza di salvaguardare il minore dal rischio di contagio²⁶. In alcune ipotesi poi tale ostacolo – come accennato - è derivato dalla unilaterale decisione del collocatario di trasferire in un altro luogo la propria dimora, soprattutto nei casi in cui l'abitazione abituale si trovava in regioni particolarmente esposte al rischio di contagio, rendendo di conseguenza estremamente difficoltosa la frequentazione del minore all'altro genitore²⁷.

C'è però anche da dire che è stato possibile risolvere in maniera più agevole i problemi innanzi accennati in contesti in cui sussisteva un rapporto di sana collaborazione fra i genitori²⁸ mediante il ricorso a specifici accordi, talora volti a mantenere immutata la situazione *quo ante*, talora introducendo modifiche più funzionali alla protezione dell'interesse del minore (ad es., accorpando in periodi continuativi la convivenza tra quest'ultimo e il genitore non collocatario, maggiormente frazionati secondo le regole originarie²⁹; sostituendo o alternando momenti di frequentazione “in presenza” e collegamenti da remoto, ecc.). In tali situazioni infatti una controversia avrebbe potuto sorgere, per iniziativa di uno degli altri soggetti legittimati dall'art. 336 c.c. (il p.m. o un parente), nella (improbabile)

25 V. ad es., il primo caso cit. alla nota 35.

26 Emblematico è il caso affrontato da Trib. Brescia, 31 marzo 2020, nel quale il genitore collocatario adduceva la presunta esposizione del minore al rischio di contagio da parte dell'altro genitore per averlo portato in monopattino senza uso di mascherina per recarsi momentaneamente in tabaccheria. Il giudice ha contestato i suddetti rilievi precisando che la normativa consentiva di uscire per fare spese, l'uso della mascherina non era obbligatorio, non sussistevano limiti precisi di durata delle uscite, non risultava che il genitore si fosse unito con altre persone.

27 Trattasi ad es. della questione affrontata da Trib. Roma, 7 aprile 2020, n.3692. V. anche nota35.

28 Da mettere in rilievo è l'invito, opportunamente rivolto ai genitori nel provvedimento emesso da Trib. Brescia, 31 marzo 2020, cit., “a mettere in atto quel grande senso di responsabilità genitoriale, ancor più auspicato ora, al fine di garantire, pur con modalità diverse, il rispetto della bi-genitorialità”.

29 V. in proposito Trib. La Spezia, 7 aprile 2020, cit. il quale ha rimesso tale decisione ai genitori. Accorpamento predisposto peraltro in alcune decisioni anche in mancanza di accordo: v. oltre nel testo e cit. alla nota 36. E nella prospettiva di realizzare detto accorpamento, Trib. Bari, 1 aprile 2020, ha imposto alle parti di raggiungere un accordo sulla rimodulazione delle precedenti disposizioni, minacciando altrimenti l'introduzione di provvedimenti restrittivi con riferimento all'esercizio della responsabilità genitoriale.

ipotesi in cui l'accordo intervenuto fra i genitori fosse risultato pregiudizievole per il figlio, dunque per inadeguato esercizio della responsabilità genitoriale, a causa, ad esempio, di un'eventuale esposizione del minore al rischio di contagio o all'ingiustificato sacrificio del diritto alla bigenitorialità³⁰.

C'è da aggiungere che proprio al fine di scongiurare il moltiplicarsi delle controversie in proposito l'Unione Nazionale Camere Minorili ha rivolto, fin dall'inizio della pandemia, una esortazione agli avvocati affinché si adoperino nel facilitare il raggiungimento di accordi fra i genitori in un periodo di particolare difficoltà come quello in atto che non consente il normale svolgimento dell'attività giudiziaria; di analoga esortazione, rivolta ai genitori, si rinviene traccia anche in qualche provvedimento giudiziale³¹.

Occorre rilevare che le questioni sfociate in una controversia sono state risolte dalla giurisprudenza sulla base di due orientamenti di segno opposto. Alla luce del primo - a mio parere più convincente - la normativa sull'emergenza non giustificerebbe, in linea di principio, la disapplicazione dei provvedimenti già assunti dal giudice in sede di separazione e di divorzio, fatte salve peculiarità del caso specifico di particolare importanza. Soluzione privilegiata sia da alcune decisioni anteriori al DPCM del 22 marzo³², sia da numerose pronunzie successive³³, le quali - in conformità all'interpretazione governativa - hanno ritenuto che nella formula "assoluta urgenza" possano rientrare non solo gli spostamenti all'interno del medesimo comune ma anche quelli da un comune o da una regione all'altra (anche di diverso colore) al fine di consentire la frequentazione fra genitore non collocatario e minore, nonché il trasferimento di quest'ultimo alla dimora del primo ed il ritorno presso il collocatario³⁴ ove non sussistano particolari rischi di contagio³⁵.

30 Non ho rinvenuto infatti controversie al riguardo.

31 V. nota 29.

32 TROTTA, E.: "Esercizio della responsabilità genitoriale e diritto alla bigenitorialità in pendenza delle misure di contrasto al Covid - 19", *Fam. e dir.*, 2020, p. 441. Trib. Milano, 11 marzo 2020; Trib. min. Firenze, 12 marzo 2020; Trib. Salerno, 13 marzo 2020.

33 COSCO, G.: "La pandemia e interesse del minore" *Giur. it.*, 2021, p. 839. Trib. Palermo, 27 marzo 2020; Trib. Brescia, 31 marzo 2020; Trib. Busto Arsizio, 3 aprile 2020; BENDINELLI, R.: "Bigenitorialità e tutela della salute", *Famiglia*, 2020, p. 817. Trib. Torre Annunziata, 6 aprile 2020; Trib. Roma, 7 aprile 2020, n. 3692, cit.; Trib. La Spezia, 7 aprile 2020; Trib. Vallo della Lucania, 26 marzo 2020; Trib. Treviso, 3 aprile 2020 e Trib. Lecce, 9 aprile 2020; Trib. min. Roma, 9 aprile 2020 e Trib. Napoli, 14 aprile 2020; Trib. Lecce, 22 aprile 2020; Trib. Trento, 8 maggio 2020.

34 Trib. Brescia, 31 marzo 2020, cit. e, sia pure indirettamente, Trib. Busto Arsizio, 3 aprile 2020, cit., il quale, nel riservarsi di decidere la fondatezza delle ragioni che hanno indotto il Servizio sociale a sospendere gli incontri tra il genitore non collocatario ed i figli, ha rilevato che tale potere non spetta al Servizio medesimo sulla base di valutazioni di opportunità che non gli competono, ma in presenza di una divieto normativo (che il Tribunale sembra escludere). Trib. Torre Annunziata, 6 aprile 2020, cit., il quale rileva che "la liceità dello spostamento (...) rinviene fondamento nel riconosciuto essenziale apporto all'equilibrio psico-fisico del minore correlato alla presenza di entrambi i genitori ossia costituisce misura attuativa del suo diritto alla bigenitorialità, diritto che assume rilievo nell'ordinamento costituzionale interno e nell'ordinamento internazionale".

35 È il caso affrontato da Trib. Roma, 7 aprile 2020, n. 3692, cit., in cui la madre collocataria si era trasferita in Puglia presso i propri genitori mentre il marito, residente a Roma, aveva chiesto la conferma dei

Ciò in considerazione del fatto che gli interessi in gioco (l'esercizio della funzione genitoriale e l'interesse del minore alla bigenitorialità da un lato e il diritto alla salute del medesimo dall'altro) sono entrambi costituzionalmente tutelati onde il giudice deve adottare soluzioni idonee a contemperarne la salvaguardia.

Una soddisfacente armonizzazione degli interessi in conflitto è stata realizzata, ad esempio, da alcune decisioni le quali hanno disposto, onde ridurre la frequenza degli spostamenti, un accorpamento dei tempi di convivenza tra il genitore non collocatario ed il minore, previsti negli originari provvedimenti volti a disciplinare i rapporti tra genitori e la prole in seguito alla crisi familiare³⁶.

Orientamento contrario ha espresso altra corrente giurisprudenziale la quale ha ritenuto che, sulla base della normativa in vigore volta a ridurre gli spostamenti, fosse opportuno introdurre di conseguenza limitazioni³⁷ o addirittura sospendere gli incontri fra il genitore non collocatario ed il minore³⁸, ritenendo recessivo l'interesse di quest'ultimo alla bigenitorialità, perseguito assicurando la frequentazione "in presenza", rispetto ai rischi per la salute del figlio che ne sarebbe derivato tenuto conto della particolare circolazione del virus³⁹, al quale venivano

provvedimenti assunti dal giudice della crisi i quali prevedevano momenti di convivenza con il padre, in quanto anche i genitori di quest'ultimo avevano una propria casa nella regione, onde i minori non avrebbero dovuto sottoporsi a pericolosi e lunghi spostamenti. Analogamente, con una pronuncia di pari data, il Trib. Roma ha consentito al padre di spostarsi dalla Lombardia al Trentino per incontrarvi i figli che ivi si trovavano allo scoppio della pandemia. Ed anche il Trib. La Spezia, 7 aprile 2020, cit., ha ritenuto non ricorrere, in concreto, per il minore maggiori rischi di contagio in seguito agli incontri presso la casa del padre non collocatario.

RIMINI, C.: "L'esercizio della responsabilità genitoriale al tempo dell'emergenza sanitaria". *Giur. it.*, 2020, p. 1092 che sottolinea come una maggiore esposizione al rischio di contagio ha ritenuto profilarsi invece il Trib. Vasto, 2 aprile 2020, in quanto il genitore non collocatario proveniva da una regione ad alto tasso di diffusione del virus, non risultava che avesse rigorosamente rispettato le prescrizioni imposte dalla normativa vigente, non era chiaro se con lui convivessero o meno altre persone. Ragioni di pericolo in virtù delle quali Trib. Trani, 7 maggio 2020 ha disposto la sospensione delle visite da parte della madre, medico ospedaliero, residente in Lombardia, zona, all'epoca, ad alto tasso di diffusione della malattia, che avrebbe dovuto raggiungere la Puglia ove il minore abitava.

- 36 Trib. Verona, 27 marzo 2020, il quale ha disposto che il figlio viva con ciascuno dei genitori per 15 giorni al mese, privilegiando un criterio di paritaria suddivisione dei tempi della convivenza (che peraltro – è bene ricordare - la giurisprudenza prevalente non ritiene essenziale per dare attuazione all'affidamento condiviso: da ultimo al riguardo, Cass. civ., 13 febbraio 2020, n.3652); pur seguendo criteri temporali diversi, un accorpamento dei tempi di convivenza del minore col genitore non collocatario hanno previsto anche Trib. Lecce, 9 aprile 2020, cit.; App. Milano, 9 aprile 2020; Trib. Reggio Emilia, 4 aprile 2020 e Trib. Pescara, 22 aprile 2020 (quest'ultimo ha disposto la convivenza del minore con il padre per una settimana al mese, da concordare fra le parti).
- 37 App. Bari, 15 aprile 2020, riducendoli ad un solo giorno alla settimana.
- 38 Trib. Bologna, 23 marzo 2020; App. Bari, 26 marzo 2020; Trib. Napoli, 26 marzo 2020; Trib. Bari, 27 marzo 2020; Trib. Trento, 31 marzo 2020; Trib. Vasto, 2 aprile 2020; Trib. Bari, 3 aprile 2020; Trib. Bolzano, 3 aprile 2020; App. Milano, 9 aprile 2020, il quale ha però aggiunto che "va disposto che quest'ultimo [cioè il genitore non collocatario] possa tenere presso di sé il figlio continuativamente in periodo successivo, per consentire al bambino di godere per un lungo periodo ed in modo significativo della figura paterna"; Trib. Monza, 17 aprile 2020. V. anche cit. alla nota successiva.
- 39 Trib. Bari, 13 aprile 2020. Nell'adottare un provvedimento analogo, App. Milano, 9 aprile 2020, cit., invoca l'esigenza di salvaguardare la salute del minore evitandone gli spostamenti tra una regione e l'altra, nonostante la più modesta circolazione del contagio in quella ove doveva recarsi. Nello stesso senso Trib. Vasto, 2 aprile 2020, cit.; Trib. Bari, 3 aprile 2020, cit.; App. Bari, 16 marzo 2020, il quale ha posto un divieto di frequentazione ad entrambi i genitori decaduti dalla responsabilità parentale con conseguente ricovero del minore in una comunità.

esposti di conseguenza anche il genitore collocatario ed i congiunti con esso conviventi⁴⁰. Si contestava altresì la vincolatività per il giudice dell'interpretazione governativa - mediante le FAQ innanzi ricordate - considerata in contrasto con la lettera della norma, la quale (nel DPCM del 22 marzo) fa riferimento ad una situazione di assoluta urgenza per giustificare gli spostamenti che non ricorrerebbe al fine di assicurare la tutela del diritto del minore alla bigenitorialità⁴¹, potendo il medesimo essere garantito efficacemente mediante contatti da remoto (telefono, skype, WhatsApp)⁴², nel rispetto dei tempi già predisposti dal giudice della crisi o, secondo alcune decisioni, incrementandone anche la frequenza⁴³.

Tale corrente giurisprudenziale ha ritenuto pertanto opportuno modificare, in via di urgenza, i provvedimenti riguardanti la frequentazione fra il minore ed il genitore non collocatario, sospendendo gli incontri in presenza (nel periodo in cui la normativa in vigore consentiva appunto gli spostamenti dalla propria abitazione solo per motivi di salute, di lavoro o di assoluta urgenza).

Problema ulteriore si è dovuto affrontare in quelle ipotesi in cui il giudice della crisi aveva ammesso il genitore ad incontrare il minore in modalità "protetta", cioè alla presenza di un assistente sociale o dell'altro genitore, risolto dalla giurisprudenza privilegiando la modalità da remoto, con la partecipazione a distanza anche della persona deputata al controllo, modalità a volte resa necessaria dalla sospensione dell'attività "in presenza" da parte del servizio sociale⁴⁴.

Non si riscontrano invece decisioni nelle quali il giudice sia stato chiamato ad affrontare il problema della frequentazione dei minori con i nonni o gli altri parenti, eventualmente prevista dal giudice nel contesto dei provvedimenti in materia di separazione e divorzio o della legittimità della concorde decisione dei genitori, assunto nel contesto relativo all'esercizio della responsabilità parentale, di limitare la frequentazione del minore con persone non conviventi appartenenti alla medesima famiglia.

40 App. Bari, 26 marzo 2020, cit.

41 Trib. Bari, 13 aprile 2020, cit.; Trib. Bari, 3 aprile 2020, cit.; Trib. Cagliari, 9 aprile 2020, che ha negato che ricorresse anche solo la situazione di necessità, prevista dal decreto del 9.3.2020.

42 App. Bari, 26 marzo 2020, cit.

43 Nel primo senso, App. Bari, 26 marzo 2020, cit.. L'incremento, mediante video chiamate giornaliere è stato previsto da Trib. Napoli, 26 marzo 2020, cit.; Trib. Lecce, 20 marzo 2020; Trib. Vasto, 2 aprile 2020, cit.; Trib. Cagliari, 9 aprile 2020, cit.. (condizionandolo al consenso del minore); App. Milano, 9 aprile 2020, cit.; App. Catanzaro, 22 aprile 2020; anche mediante pluralità di chiamate nel corso della giornata secondo Trib. Bari, 13 aprile 2020, cit.

44 Trib. Matera, 12 marzo 2020, App. Lecce, 20 marzo 2020; Trib. Terni, 30 marzo 2020: l'ordinanza sottolinea l'esigenza di non sottoporre il minore ed il genitore non collocatario ad un maggiore rischio di contagio in quanto gli incontri "in presenza" dovrebbero svolgersi presso una struttura pubblica esposta all'accesso di numerosi utenti. Il giudice ha disposto inoltre che le video-chiamate avvenissero per iniziativa dell'operatore del servizio sociale, tenuto a presenziare per tutta la durata del contatto e riferire sulla condotta tenuta in tale circostanza dal genitore.

IV. LE SOLUZIONI DA PRIVILEGIARE CON RIFERIMENTO ALLE PROBLEMATICHE EMERSE ED IN PROSPETTIVA FUTURA .

Prendendo in primo luogo le mosse dai problemi manifestatisi nella pratica, condivisibile appare a mio avviso l'impostazione adottata dalla corrente giurisprudenziale prevalente, secondo la quale le restrizioni alla circolazione delle persone non deve applicarsi, il linea di principio, al genitore non collocatario, onde consentirgli di coltivare, per quanto possibile, i rapporti "in presenza" con il figlio. Non convincente mi sembra infatti la categorica affermazione, formulata dall'opinione contraria, secondo la quale, nel periodo della pandemia, l'interesse alla salute debba senz'altro prevalere su quello del minore (ma anche del genitore non collocatario) all'esercizio del diritto alla bigenitorialità. Infatti, rivestendo entrambi rilevanza costituzionale, la prevalenza dell'uno sull'altro può ammettersi solo in presenza di concreti e circostanziati elementi giustificativi⁴⁵. Più specificamente, la prevalenza del diritto alla salute potrebbe trovare fondamento, ad esempio, ove la gravità di un particolare focolaio imponga di sospendere rigidamente l'ingresso e l'uscita delle persone da casa o da una determinata zona ma non in circostanze – quali quelle adottate in alcuni periodi dal governo – della creazione di una "zona rossa", estesa all'intero territorio nazionale, in cui la diffusione del contagio è spesso diversa e quindi le misure di "confinamento" vengono predisposte soprattutto in funzione preventiva. Condivisibile dunque l'interpretazione governativa di consentire alcuni spostamenti essenziali tra i quali devono generalmente annoverarsi quelli volti a rendere possibile l'effettivo esercizio del diritto alla bigenitorialità.

Anche le motivazioni fondate sulla salvaguardia del diritto alla salute del minore per preservarlo dal rischio del contagio dovuto all'incontro di persone con lui non stabilmente conviventi (nella specie il genitore non collocatario e gli eventuali congiunti con lui conviventi), se declinato in maniera astratta o con eccessiva disinvoltura, non appare convincente⁴⁶. Si finirebbe infatti col trascurare che la salute comprende non solo il benessere fisico ma anche quello psichico della persona, onde non può sottovalutarsi l'incidenza negativa dovuta alla privazione dell'incontro "dal vivo" con l'altro genitore sull'equilibrio ed il benessere del minore⁴⁷; pertanto il suo diritto alla bigenitorialità non potrebbe ritenersi pienamente tutelato ove si esaurisca mediante incontri in modalità virtuale. Tale diritto, riconducibile alla tutela garantita in generale ai figli dalla normativa costituzionale (artt. 30 e 31 Cost.), è specificamente declinato dalla normativa interna (315 *bis* c.c., 337 *ter* e

45 Analogamente, BENDINELLI, R.: "Bigenitorialità e diritto della salute", *Famiglia*, 2020, p. 831.

46 V. in senso critico anche RIMINI, C.: "L'esercizio della responsabilità genitoriale al tempo dell'emergenza sanitaria", cit. pp. 1093 ss. Ma, al contrario, ritiene generalmente prevalente l'interesse del minore alla salute, COSCO, G: "La pandemia", cit., p. 843 s.

47 V. in tal senso Trib. min. Trento, 7 maggio 2020, il quale mette in luce la gravità delle conseguenze che può avere l'interruzione dei rapporti fra genitore e figlio. In dottrina, per analoghi rilievi, RIMINI, C.: *op. cit.*, p. 1096.

quater) ma riconosciuto anche a livello transnazionale: basti ricordare a quanto stabilito dagli artt. 8 della CEDU e 7 della Carta di Nizza i quali contengono il diritto della persona alla vita familiare; ancor più specificamente riguardo ai minori, dalla Convenzione di New York, mediante la quale gli Stati si impegnano a rispettare il diritto del fanciullo alle relazioni familiari (art. 8) ed a vigilare che questi non venga separato dai suoi genitori a meno che tale misura sia resa necessaria nel suo interesse (art. 9, 1° comma).

In una visione più in generale non può trascurarsi inoltre che, secondo l'orientamento più recente, la tutela dell'interesse del minore rappresenta un valore fondamentale, in progressiva espansione all'interno del quadro normativo. Esso non solo deve guidare infatti le scelte del legislatore nella formulazione delle norme, ma altresì essere preso in debita considerazione dall'interprete nel procedere alla ricostruzione del loro significato, dal giudice nella risoluzione delle controversie. Valore la cui rilevanza si giustifica in quanto riferito ad un soggetto debole in via di formazione, un progetto umano *in itinere* il cui adeguato sviluppo incide non solo sulla promozione della persona ma anche sull'assetto futuro della società.

La primaria rilevanza dell'interesse del minore, il c.d. *best interests of the children*, è infatti proclamato dalla Convenzione di Strasburgo 2003 e dalla Convenzione di New York del 1989 la quale, all'art. 3, stabilisce, che "in tutte le decisioni relative ai fanciulli (...) l'interesse *superiore* del fanciullo deve essere una *considerazione preminente*"; l'art. 21 impone inoltre agli Stati che, ai fini dell'adozione, "l'interesse *superiore* del fanciullo sia la *considerazione fondamentale* in materia". Analoga formula si ritrova nell'art. 24, della Carta fondamentale dell'Unione europea con riferimento agli atti compiuti da autorità pubbliche o private relativi al bambino. Ma frequenti specifici riferimenti all'interesse del minore si rinvencono anche in altri documenti transnazionali: la Dichiarazione di Ginevra dei diritti del fanciullo del 1924, la Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1948, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1959, la Convenzione di Strasburgo del 1996 sull'esercizio dei diritti dei fanciulli. Puntuali ed ampi riscontri si trovano anche nella normativa interna⁴⁸.

Ciò non significa peraltro che l'interesse del minore sia sempre prevalente rispetto ad altri che possano porvisi in conflitto nelle diverse circostanze. Nel caso di specie non è detto che il benessere del minore debba comunque prevalere sull'interesse generale alla salute o rispetto a quello di cui sono portatrici le persone con le quali egli può entrare in contatto, ma che gli si debba riservare una particolare considerazione, onde si impone che le relative limitazioni (normative

⁴⁸ Basti ricordare l'impianto generale del codice civile sui rapporti tra genitori e figli e la responsabilità genitoriale nonché sulle modalità di costituzione dello *status* e l'esercizio delle azioni in giudizio ed ancora i numerosi riferimenti contenuti nella legge 184/1983 sull'adozione ed in quella sul divorzio (898/1970).

o derivanti dall'interpretazione giudiziale) siano giustificate da ragioni di assoluta necessità.

Il giudice sarà chiamato pertanto, di volta in volta, a mediare fra gli interessi in gioco, onde il diritto alla bigenitorialità, esercitato secondo i consueti rapporti dal vivo può sacrificarsi solo nelle ipotesi in cui esiste un grave rischio di compromissione della salute generale, o del minore e delle persone con cui questi vive abitualmente (il genitore collocatario o affidatario ed i congiunti con questi conviventi), nonché del genitore non collocatario e degli altri congiunti con cui il minore ha interesse ad intrattenere significativi rapporti. Molteplici le componenti da prendersi in considerazione: esemplificando, occorrerà tenere conto della diffusione del contagio nel luogo da cui proviene il genitore non collocatario e presso il quale il minore debba eventualmente recarsi, della professione da questi esercitata e dallo stile di vita (ad es., la numerosità dei contatti con altre persone)⁴⁹, del tipo di mezzi di trasporto con cui deve spostarsi⁵⁰, della fragilità di salute del genitore collocatario presso la casa del quale il minore dovrà poi ritornare e dei congiunti con lui conviventi.

Profili che, invertiti i soggetti di riferimento, possono incidere anche sul problema – peraltro non affrontato dalle sentenze menzionate – riguardante l'imputabilità del comportamento del genitore che sospenda la frequentazione del minore per paura di esporsi al contagio (ad es., a causa della diffusione della malattia nel luogo in cui dovrebbe recarsi, delle sue condizioni di salute, del rischio che il minore possa essere portatore sano della malattia, o connessi alla necessità di utilizzare mezzi del trasporto pubblico per raggiungerlo, ecc.), tenendo anche conto della sua disponibilità ad incontri da remoto. L'accentuata cautela da questi adottata non può dunque di per sé attestarne il disinteresse verso il minore onde giustificare l'assunzione di provvedimenti a suo carico (quali, ad esempio, il mutamento dell'affidamento condiviso in esclusivo o l'assunzione nei suoi riguardi dei provvedimenti previsti dall'art. 709 *ter* cpc.), fatte salve motivazioni palesemente pretestuose.

Come accennato, la giurisprudenza favorevole alla sospensione dei rapporti "in presenza" ha ritenuto di poter garantire in maniera accettabile il diritto del minore alla bigenitorialità con esclusivo ricorso ad incontri da remoto (Skype, telefono, WhatsApp). Al contrario, a mio parere, essi costituiscono un rimedio non appagante ed inefficace, non in linea con le caratteristiche e le finalità dell'affidamento condiviso, ma generalmente insoddisfacenti anche nelle ipotesi di affidamento esclusivo, ove non sussistano sufficienti ragioni per limitare od escludere la regolare frequentazione fra il minore ed il genitore non affidatario.

⁴⁹ Nello stesso senso RIMINI, C.: *op. cit.*, p. 1096.

⁵⁰ Come nei casi affrontati da Trib. Vasto, 2 aprile 2020, *cit.* e da Trib. Trani, 7 maggio 2020, *cit.*.

Poiché – come in precedenza ricordato (§ 1) - l'affidamento condiviso ha come finalità di garantire il diritto del minore di ricevere cura ed assistenza da entrambi i genitori, strumentale a tal fine è la possibilità di assicurare una significativa frequentazione tra il minore e ciascun genitore, per quanto possibile senza particolari rigidità di tempo e di luogo, comunque tale – ove si ritenesse necessario da parte del giudice introdurre prescrizioni più rigide - da garantire il perseguimento delle finalità suddette. Il rischio di un possibile squilibrio dei rapporti può riguardare proprio le situazioni in cui il giudice privilegia (come di consueto) la soluzione di individuare un genitore con cui il minore viva prevalentemente, in quanto la relazione con l'altro genitore, pur non paritaria nei tempi di frequentazione, deve comunque essere strutturata in maniera tale da assicurarne un'efficace impatto⁵¹.

Ma anche nel caso di affidamento esclusivo gli incontri (quello che un tempo era definito il diritto di visita) tra minore e genitore non affidatario, pur diversamente disciplinati, non possono essere esclusi o eccessivamente ridotti se non ne sussiste valida ragione.

In tale prospettiva la “qualità” del rapporto non è garantita dai meri contatti “da remoto”, i quali possono in certa misura integrare quelli in presenza ma non di certo sostituirli (fatto salvo il profilarsi di una situazione di assoluta gravità)⁵². Infatti, a parte le ipotesi in cui risultino impossibili o di estrema difficoltà (si pensi al minore in tenerissima età non in grado di interagire con una persona che non si trovi con lui o alla mancanza degli strumenti tecnici adeguati a causa delle disagiate condizioni familiari) i contatti da remoto hanno un'efficacia non commensurabile rispetto a quelli “in presenza” per molteplici ragioni: ad es., perché un bambino in tenera età non è in grado di prestare comunque attenzione se non per tempi molto brevi alla conversazione, ha bisogno del contatto personale col genitore per la sua funzionalità con lo svolgimento di numerose attività (basti pensare al gioco, alla consumazione dei pasti, allo studio)⁵³. Solo parzialmente diversa è la situazione riguardante il rapporto con un adolescente (ad es., in quanto già provato da mesi di scuola a distanza e di permanenza in casa che ne compromettano la disponibilità al colloquio). Peraltro da non trascurare è il fatto che durante questa tipologia di incontri non sempre è salvaguardata l'intimità della conversazione (si pensi in particolare alle videochiamate ma anche alle conversazioni telefoniche) in quanto il genitore collocatario e gli altri congiunti con lui conviventi potrebbero facilmente ascoltarne i contenuti mentre in linea di principio il non collocatario o affidatario ha diritto di incontrare il figlio in maniera riservata senza la presenza dell'altro

51 Trattasi di principi pacificamente richiamati in dottrina. V. per tutti BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, II, I, *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 6^a ed., 2017, p. 228 s.; ci si permette di rinviare anche al nostro “Commento all'art. 337 ter”, in GABRIELLI, E. (diretto da) *Commentario del cod. civ.*, Utet, Torino 2^a ed., II, 2018, pp. 999 ss.

52 In senso conforme, BENDINELLI, R.: *Bigenitorialità e, cit.*, p. 836.

53 Nello stesso senso, App. Milano, 9 aprile 2020, cit.; FRASSINETTI, A.: “Esiste un diritto al recupero dei tempi di visita del figlio, persi per ragioni oggettive?” *Fam e dir.*, 2021, p. 391, App. Cagliari, 7 agosto 2020.

genitore, come più volte affermato dalla Corte Edu⁵⁴; inoltre le conversazioni a distanza non consentono alcune manifestazioni di affetto che costituiscono connotato essenziale del rapporto tra il figlio ed il genitore.

Quanto affermato trova conferma nel fatto che, in tempi normali, la giurisprudenza ha sì riconosciuto la possibilità di concedere al genitore non collocatario di fare ricorso ad incontri da remoto, nel caso in cui si trovi impossibilitato a frequenti spostamenti (specialmente se da un luogo lontano), precisando però che tale modalità di comunicazione non può comunque sostituire la relazione fisica⁵⁵. Onde è stato considerato inadempiente ai propri doveri il genitore che si sia limitato ad esercitare il proprio ruolo esclusivamente mediante incontri da remoto⁵⁶.

Peraltro più volte la Corte Edu ha condannato il nostro Stato per non essersi adeguatamente adoperato per assicurare, mediante un adeguato intervento delle autorità competenti, il tempestivo rispetto delle disposizioni giudiziali volte ad assicurare la regolare frequentazione tra il minore ed il genitore non collocatario o non affidatario quale causa di pregiudizio che, se protratto nel tempo, rischia di creare una irreversibile compromissione dei rapporti⁵⁷ (ad es., per il radicarsi del rifiuto del minore di incontrare il genitore); mettendo in luce che “per un genitore e suo figlio, stare insieme costituisce un elemento fondamentale della vita familiare”.

In ogni caso ove fosse stata privilegiata nel caso concreto dal giudice la soluzione di sospendere gli incontri in presenza per comprovata emergenza o impossibilità, occorre che nel futuro tali misure vengano compensate col prolungamento - anche scaglionato nel tempo - dei periodi di incontro tra il genitore ed il minore, rispetto a quelli originariamente previsti, in modo da non alterare nella sostanza la qualità del rapporto⁵⁸.

54 Ed infatti nella maggior parte delle decisioni cit. alla nota⁵⁷ la violazione da parte del genitore collocatario o affidatario è consistita proprio nell'aver preteso di presenziare, senza giustificazione, agli incontri tra il minore e l'altro genitore.

55 MASCIA, K.: “Affidamento della prole e “diritto di visita on line del genitore non affidatario”, *Fam. e dir.*, 2008, p. 803; Trib. Nicosia, 22 aprile 2008; Trib. min. Catanzaro, 27 maggio 2008, il quale menziona anche il ricorso a rapporti epistolari oltre che a conversazioni telefoniche.

56 Cass. civ., 17 gennaio 2017 la quale ha affidato in via esclusiva il minore al padre perché la madre, residente all'estero, non aveva ottemperato all'obbligo di visitare il figlio, limitandosi a contatti telefonici e via Skype.

57 V. in particolare, Corte Edu, 29 gennaio 2013, n. 25704/11 (ric. Lombardo c. Italia); Corte Edu, 17 dicembre 2013, n. 51930/10 (ric. Santilli c. Italia); Corte Edu, 17 novembre 2015, n. 35532/12 (ric. Bondavilli c. Italia), *Foro it.*, 2016, IV, c. 117; Corte Edu, 23 giugno 2016, n. 53377/13 (ric. Strumia c. Italia); Corte Edu, 15 settembre 2016, n. 43299/12 (ric. Giorgioni c. Italia, parzialmente accolto), *Foro it.*, 2016, IV, c. 1; Corte Edu, 9 febbraio 2017, n. 76171/13 (ric. Solarino c. Italia); Corte Edu, 23 febbraio 2017, n. 64297/12 (ric. D'Alconzo c. Italia); Corte Edu, 4 maggio 2017, n. 66396/14 (ric. Improta c. Italia).

58 V. in proposito App. Cagliari, 7 agosto 2020, cit.; App. Milano, 9 aprile 2020, cit.; Trib. La Spezia, 7 aprile 2020, cit.

Occorre sottolineare inoltre che il comportamento tenuto dal genitore collocatario durante la pandemia potrebbe costituire fondamento per giustificare una richiesta dell'altro, di modifica delle modalità di esercizio dell'affidamento condiviso (ad es., mutamento del genitore collocatario) o, in quelli meno gravi, per fondare la pretesa di una più precisa regolamentazione dei rapporti futuri (ad es., nel caso di limitazioni nella libertà di circolazione facendo riferimento all'andamento dei contagi).

È auspicabile comunque che nel caso in cui in futuro, anche per altre ragioni, dovessero maturare le condizioni per limitare la circolazione ed i rapporti tra le persone il legislatore affronti il problema con una normativa nella quale il diritto ad incontrare il genitore non collocatario o non affidatario trovi adeguata protezione, pur con le cautele necessarie⁵⁹, alla luce del preminente interesse del minore e, analogamente, venga fatta salva anche la possibilità di incontrare altri parenti, almeno coloro con i quali egli suole intrattenere rapporti significativi. Ed altresì che la giurisprudenza privilegi tendenzialmente la soluzione volta a confermare i provvedimenti assunti dal giudice della crisi, senza sostituirli con incontri a distanza, se non in situazioni del tutto eccezionali e per una durata quanto più breve possibile, tenendo nella dovuta considerazione l'interesse alla salute psichica del minore, sulla quale potrebbe incidere la carenza dei rapporti con ciascun genitore o con gli altri congiunti. Criteri ai quali dovranno ispirarsi anche i genitori nell'esercizio della responsabilità parentale sia nel caso in cui giungano ad un accordo nel disciplinare la crisi di coppia sia riguardo alle decisioni assunte, nel contesto della famiglia unita, al fine di regolamentare i rapporti tra il minore e gli altri congiunti.

V. I RAPPORTI DEL MINORE CON GLI ALTRI CONGIUNTI.

Come in precedenza accennato, tra le limitazioni che hanno profondamente inciso negativamente sullo sviluppo dei minori è da annoverare anche l'interruzione o la drastica limitazione dei rapporti con gli altri familiari⁶⁰. L'esigenza di limitare i rapporti interpersonali al fine di ridurre la diffusione dei contagi ha indotto infatti il legislatore ad introdurre solo col DPCM 26.4.2020 (art. 1) un'apposita normativa che ha contemplato fra gli spostamenti consentiti quelli volti ad incontrare "i congiunti" (con espressione che non ha mancato di suscitare critiche a causa della sua equivocità⁶¹). Venute meno le restrizioni agli spostamenti durante il periodo

59 Si potrebbe pensare ad es., di subordinare alla vaccinazione contro la malattia del genitore o dell'altro congiunto da incontrare, una volta che tale possibilità sia stata a tutti assicurata.

60 Restrizione che non valeva, come si è detto in precedenza, per condurre i minori presso i nonni, ma solo al fine di facilitare l'esercizio dell'attività lavorativa da parte dei genitori e non quindi al solo fine di assicurare continuità alla relazione affettiva.

61 Che tuttavia il governo ha inteso superare precisando, in una FAQ, che "la dizione 'congiunti' può indirettamente ricavarci, sistematicamente, dalle norme sulla parentela e affinità, nonché dalla giurisprudenza in tema di responsabilità civile".

estivo del 2020⁶² e dunque liberalizzati tali rapporti, esse sono state successivamente reintrodotte e modulate secondo la divisione in zone del territorio nazionale, senza riproporre la formula precedente volta a facilitare gli incontri tra familiari (parenti o affini) facendoli rientrare fra gli spostamenti per motivi di necessità. Tuttavia tale possibilità è stata in certa misura mantenuta dall'art. 1, comma 4 del DL 14.1.2021 n.2 (e dal contestuale DPCM, all'art. 1 comma 3) il quale giustificava lo spostamento in ambito regionale una sola volta al giorno, da parte di due persone, unitamente ai minori di 14 anni sui quali esse esercitino la responsabilità genitoriale, verso altra abitazione per incontrarvi una famiglia di parenti o amici. Possibilità poi riservata dall'art. 2 del DL 23.2.2021 n. 15 solo ai residenti in zona gialla, mentre per i residenti in zona arancione la medesima possibilità era limitata agli spostamenti nel medesimo comune⁶³. Possibilità estesa dall'art. 2 del DL 22.4.2021 n. 52 ad un massimo di quattro persone, insieme ai figli minori di anni 18 (fermo restando il divieto di tali spostamenti nell'ambito delle zone rosse).

Le soluzioni adottate hanno inteso per lo più proteggere la salute degli anziani i quali – come è noto – sono maggiormente esposti al rischio di contrarre la malattia in forma più grave; motivazione non persuasiva se riferita ai nonni e gli altri parenti non (troppo) avanti nell'età (in particolare, i fratelli non conviventi). Ritengo che l'approccio al problema, in prospettiva futura, meriti l'adozione di soluzioni meno stringenti alla luce della rilevanza che il legislatore e la giurisprudenza riconoscono al contributo dei nonni e degli altri parenti alla relazione affettiva funzionale alla formazione del minore, ma altresì dei benefici che anch'essi per lo più ne traggono. Anche a proposito degli anziani vale infatti il ragionamento che la componente psichica della salute assume una significativa rilevanza (a maggior ragione per coloro che proprio per la loro condizione hanno maggiori difficoltà ad intrattenere una soddisfacente vita sociale). In questa prospettiva condivisibile è la soluzione in virtù della quale, a prescindere dalla zona, vengono agevolati gli incontri tra congiunti dotati di certificazione verde.

Per risolvere le suddette questioni occorre infatti tenere in debita considerazione l'art. 315 *bis*, 2° comma il quale annovera tra i diritti del minore quello di mantenere (*rectius* intrattenere) rapporti significativi con i parenti, diritto che non viene meno anche nel caso di crisi dei genitori (art. 337 *ter*, 1° comma). Di converso l'art. 317 *bis* riconosce ai nonni⁶⁴ il diritto di mantenere rapporti significativi col minore, funzionalizzato, secondo l'interpretazione largamente

62 Sull'andamento delle restrizioni e delle "aperture" si rinvia a quanto esposto al § I.

63 Ed eccezionalmente estesa nei tre giorni di Pasqua (3, 4, 5 aprile) nonostante che tutto il Paese sia stato considerato zona rossa, a prescindere dall'andamento dei contagi, consentendo gli spostamenti secondo le medesime modalità all'interno della stessa regione.

64 Intesi in senso ampio onde si considera tale anche il coniuge in seconde nozze o il convivente del nonno: Cass. civ., 25 luglio 2018, n.19780.

prevalente, alla tutela dell'interesse di quest'ultimo⁶⁵ e dunque limitato al caso in cui l'apporto fornito dagli adulti non solo non gli provochi nocimento⁶⁶ ma favorisca una sua crescita serena ed equilibrata⁶⁷ che, soddisfatte tali condizioni, deve prendersi in adeguata considerazione. Tali norme costituiscono applicazione di principi generali declinatiti dagli artt. 8 della CEDU, 24 della Carta di Nizza, dall'art. 2, punti 7 e 10, del Reg. (CE) n. 2201/200330, dalla Costituzione (artt. 29 e 30, 2° comma).

Per tali ragioni in più occasioni la dottrina⁶⁸ e la giurisprudenza⁶⁹ hanno posto in rilievo il contributo costruttivo che può provenire dai nonni e dagli altri parenti con i quali il minore suole intrattenere rapporti significativi come strumento idoneo a contribuire "alla realizzazione di un progetto educativo e formativo volto ad assicurare un sano ed equilibrato sviluppo della personalità"⁷⁰. Fermo restando che detto compito spetta in primo luogo ai genitori⁷¹, non può trascurarsi che assume un importante ruolo al riguardo "anche un'attiva partecipazione degli ascendenti, quale espressione del loro coinvolgimento nella sfera relazionale ed

65 V. *ex pluribus*, Cass. civ., 19 maggio 2020, n.9145; Cass., 25 luglio 2018, n. 19779 e 19780. Peraltro prima dell'introduzione dell'art. 317 bis la giurisprudenza prevalente individuava in capo ai nonni ed agli altri parenti un interesse legittimo ad intrattenere rapporti col minore: Trib. min. L'Aquila, 13 febbraio 1998; Trib. Messina, 19 marzo 2001. Ma per la configurabilità di un diritto soggettivo si pronunziavano App. L'Aquila, 4 luglio 1995; Trib. Catania, 7 dicembre 1990; Trib. Napoli, 18 giugno 1990.

66 Ad es., pregiudicando la conservazione di un sano rapporto tra genitori e minore: Trib. Messina, 29 gennaio 2008; Trib. min. Torino, 11 maggio 1988, o ponendo in pericolo non solo il benessere del minore ma persino la stabilità della coppia genitoriale: Cass. civ., 19 maggio 2020, n. 9145, cit.

67 Ad es., Cass. civ., 25 luglio 2018, cit.. Per tale ragione, secondo la giurisprudenza (Cass. civ., 12 giugno 2018, n.15238; Cass. civ., 21 aprile 2015, n.8100; Cass. civ., 19 gennaio 2015, n.752) l'art. 317 bis non configura l'esistenza di un autonomo diritto di visita. In continuità con quanto già sostenuto prima dell'introduzione di tale norma (Cass. civ., 11 agosto 2011, n.17191; Trib. min. Catanzaro, 7 febbraio 2011). Ma in senso opposto si esprimono la Corte Edu, 20 gennaio 2015; Corte di Giustizia UE, 31 maggio 2018, n. 335, nonché Cass. civ., 19 maggio 2020, n.9145, cit.; Trib. Salerno, 20 giugno 2006. Anzi potrebbe dirsi che detta configurazione è imprecisa ma per difetto perché gli avi sono compartecipi della realizzazione del progetto educativo del minore definito dai genitori.

68 La letteratura in materia è molto vasta. Per adeguati ragguagli cfr., PUTTI, P.M.: "Il diritto di visita degli avi: un sistema di relazioni affettive che cambia", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, pp. 897 ss.; BASINI, G. F.: "La nonna cappuccetto rosso e le visite: del c.d. "diritto di visita degli avi", *Fam. pers. succ.*, 2006, pp. 433 ss.; BIANCA, M.: "Il diritto del minore «all'amore» dei nonni", *Riv. dir. civ.*, 2006, I, pp. 155 ss.; RUSCELLO, F.: "Diritto di visita" e tutela della personalità del minore", *ivi*, 1989, pp. 191 ss.; MEZZANOTTE, S.: "Il rapporto nonni-nipoti: una relazione affettiva giuridicamente rilevante", *Giur. merito*, 2008, pp. 1918 ss.; IRTI, C.: "Il diritto del minore all'affetto dei nonni non trova voce in giudizio", *Fam. pers. succ.*, 2010, pp. 31 ss.; CARRANO, R.: "Il diritto degli ascendenti a mantenere rapporti significativi con i nipoti", in M.BIANCA (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 160 ss.; CORDER, P.: "Rapporti dei minorenni con gli ascendenti", in C.M. BIANCA (a cura di), *La riforma della filiazione*, Cedam – Wolters Kluwer, Milano, 2015, pp. 95 ss.; SAVI, G.: "L'esercizio dell'azione degli ascendenti nel nuovo art. 317 bis c.c.", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, pp. 547 ss.; BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, cit., p. 230 e pp. 367 ss.; AULETTA T., "Commento all'art. 337 ter", cit., pp. 1025 ss.; LAZZARO, C.: "Commento all'art. 317 bis", in E. GABRIELLI (diretto da): *Commentario del cod. civ.*, Utet, Torino, 2° ed., II, 2018, pp. 696 ss.

69 V. citaz. alle note successive.

70 Cass. civ., 19 maggio 2020, n.9144; analogamente Trib. min. Messina, 19 marzo 2001, cit..

71 Onde la frequenza e le occasioni di incontro devono avvenire in maniera tale da non compromettere la funzione spettante ai medesimi: Cass. civ., 24 febbraio 1981, n.1115.

affettiva del nipote⁷² secondo modalità diverse da quelle proprie dei genitori⁷³. Infatti non sono di certo privi di rilevanza gli apporti assicurati da persone unite da "vincoli che affondano le loro radici nella tradizione familiare la quale trova riconoscimento anche nella costituzione (art. 29)"⁷⁴

Pertanto l'esercizio della responsabilità parentale potrebbe rivelarsi inappropriato ove i genitori frapponessero ingiustificati ostacoli alla frequentazione del minore almeno rispetto ai congiunti che sono in grado, secondo la valutazione del giudice, di fornire un apporto costruttivo alla sua formazione⁷⁵.

Regole in base alle quali si desume che l'ordinamento riconosce un ruolo rilevante anche alla famiglia parentale⁷⁶, in larga misura sacrificato - in maniera non del tutto persuasiva - durante il periodo della pandemia, dalla normativa emergenziale. In prospettiva futura ritengo auspicabile che il legislatore si faccia carico anche di questo problema adottando stabili misure che assicurino un ragionevole temperamento di tutti gli interessi in gioco (la salute fisica e psichica del minore ma anche quella degli altri adulti, oltre ai genitori, non condannandoli ad un doloroso isolamento, senza tenere conto del benessere che il rapporto con congiunti più giovani può loro assicurare soprattutto se in età avanzata) e di conseguenza che anche la giurisprudenza adotti misure volte a consentire alla famiglia parentale⁷⁷ di esercitare efficacemente il ruolo di supporto ai genitori evitando tra l'altro, ove non strettamente necessario, l'adozione di regole volte a disciplinare rigidamente i tempi di frequentazione tra il minore ed i congiunti che possono per lui rappresentare un punto significativo di riferimento⁷⁸.

72 Cass. civ., 12 giugno 2018, n.15238, cit..

73 Trib. Bari, 27 gennaio 2009, il quale sottolinea che "il contatto saltuario con i nonni (solitamente meno assillati dei genitori dai problemi dell'educazione e dagli impegni quotidiani della vita) deve ritenersi - secondo quanto emerso nella più moderna psicologia dell'infanzia - benefico anche per i nipotini permettendo loro, nel rapporto con gli adulti, un momento distensivo e rassicurante caratterizzato da prevalente indulgenza e tenerezza".

74 Cass. civ., 25 settembre 1998, n.9606.

75 Per tale ragione, anche prima dell'introduzione dell'art. 317 bis, la giurisprudenza ha fatto ricorso al combinato disposto degli artt. 333 e 336 cc. per assicurare al minore la frequentazione dei nonni e di altri parenti, anche contro la volontà dei genitori. V. ad es., App. Roma sez. min., 8 giugno 2011; Trib. Bari, 27 gennaio 2009, cit.; Cass. civ., 23 novembre 2007, n.24423; Trib. Taranto, 19 aprile 1999; Cass. civ., 25 settembre 1998, n.9606, cit.; Cass. civ., 17 gennaio 1996, n.364; Trib. Torino, 1988; App. Roma, 2 novembre 1987; Trib. Roma, 7 febbraio 1987; Pret. Roma, 11 febbraio 1982; Cass. civ., 24 febbraio 1981, n.1115, cit.. Soluzione che potrebbe applicarsi tuttora riguardo ai rapporti con i parenti non rientranti nella formulata adottata dall'art. 317 bis fra i congiunti a cui è riconosciuto un diritto alla frequentazione del minore (i nonni).

76 App. Venezia, 24 dicembre 2015; Cass. civ., 17 gennaio 1996, n. 364.

77 Per alcune riflessioni volte a determinare l'estensione che essa ha ormai raggiunto dopo i più recenti interventi normativi e giurisprudenziali, v. AL MUREDEN, E.: "La nozione di "congiunti" tra emergenza sanitaria e pluralità dei modelli familiari", *Fam. e dir.*, 2020, pp. 623 ss.

78 CORDER, P.: "Rapporti dei minorenni con gli ascendenti", cit., pp. 108 s.

VI. L'INCIDENZA DELLA PANDEMIA SUL DOVERE DI MANTENIMENTO DEI GENITORI VERSO I FIGLI.

A completamento del discorso sembra opportuno soffermare l'attenzione sull'incidenza della pandemia riguardo al dovere di mantenimento dei genitori verso il minore. Come accennato, la sospensione degli incontri "in presenza" potrebbe comportare l'assunzione di maggiori oneri economici da parte del genitore collocatario dovendo questi far fronte a spese che avrebbero gravato l'altro genitore per il periodo in cui era prevista la sua convivenza con il figlio. Occorre chiedersi se il genitore collocatario possa pretendere per tale ragione un incremento dell'importo dell'assegno. Ciò è da escludere per il periodo antecedente alla richiesta di modifica in quanto essa non può operare per il passato⁷⁹. Analogamente l'obbligato non potrebbe versare un assegno di importo più limitato adducendo che l'assegno originariamente previsto era volto a coprire spese che il percettore non ha dovuto sostenere a causa della sospensione di alcune attività dovute al "confinamento", ma solo richiederne la rimodulazione. Problema che non si pone ove il giudice della crisi avesse disposto la corresponsione del mantenimento in "modalità diretta".

In prospettiva parzialmente diversa occorre sottolineare che la crisi economica già in atto potrebbe invece favorire il proliferare di domande volte ad ottenere la rimodulazione del contributo dovuto ove, secondo le regole generali, la condizione economica dell'obbligato si fosse deteriorata a tal punto da non consentire il versamento dell'assegno (o comunque l'assunzione di un onere economico) secondo l'importo originario⁸⁰ o, al contrario, il mutamento *in peius* abbia riguardato la condizione economica dell'avente diritto. Il deterioramento della situazione patrimoniale di entrambi potrebbe poi comportare, secondo le regole generali in materia, una diminuzione del tenore di vita del minore. Il giudice sarà chiamato a valutare la fondatezza di pretese siffatte secondo la regola generale che consente il mutamento delle statuizioni riguardanti l'assegno in seguito al cambiamento della situazione economica delle parti. Ove esso rivesta carattere temporaneo (appunto in seguito alle vicende legate alla pandemia), cessata la ragione potrà essere presentata una nuova domanda di revisione dell'assegno volta a ripristinare la situazione *quo ante*.

Occorre chiedersi, infine, a quali sanzioni si esponga il genitore che, nel corso della pandemia, non abbia versato l'assegno dovuto. Secondo le regole generali

79 Anche tale richiesta può formularsi con procedura d'urgenza onde non alterare il criterio di proporzionalità del contributo che ciascun genitore deve sostenere in relazione alla propria condizione economica.

80 Anche in questa ipotesi la prestazione stabilita originariamente dal giudice è dovuta sino al momento di presentazione della richiesta di modificazione o soppressione dell'assegno: da ultimo v. Cass. civ., 17 febbraio 2021 n. 4224. Una richiesta di riduzione dell'assegno è stata accolta da Trib. Monza, 25 giugno 2020. Ammette tale possibilità in detta circostanza anche Trib. Rimini, 18 novembre 2020, *ivi*, il quale considera la pandemia causa notoria che non necessita di prova.

egli può essere sottoposto alle sanzioni civili (risarcimento del danno ex artt. 709 c.p.c. e 2043 c.c.) e, in casi estremi, anche a quelle penali (v. art. 570 c.p.) previste per tale violazione. Si è posto il problema se egli possa invocare, per sottrarsi, la non imputabilità dell'inadempimento dovuto ad un'impossibilità di carattere generale come nel caso di una pandemia. Strada difficilmente percorribile a causa della natura oggettiva della responsabilità nell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie. L'interrogativo è stato sollevato peraltro sulla base del tenore di una norma specifica volta a disciplinare i ritardi e gli inadempimenti contrattuali, dettata per fare fronte all'emergenza, con la quale si stabilisce che "il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 cc., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti" (art. 91 d.l. 17 marzo 2020, n. 18). Esso è stato risolto da alcuno, in senso positivo, non individuandosi al riguardo un ostacolo nella rubrica della norma che fa riferimento "a ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici", sulla base della corretta considerazione secondo la quale, la rubrica non facendo parte del testo normativo, non risulta vincolante per l'interprete⁸¹. Ciò non toglie che appare comunque arduo dilatare il significato del testo con riferimento ad obbligazioni pecuniarie scaturenti da contratti tra privati (e non tra un privato ed un soggetto pubblico) ed, a maggior ragione, ad una obbligazione di fonte legale qual è quella caratterizzante l'assegno di mantenimento dovuto per soddisfare i bisogni del minore⁸².

A tutto concedere, è da escludere comunque che l'obbligato possa sottrarsi al pagamento del debito maturato per il passato, ma solamente al risarcimento del danno, mentre per il futuro – come si è detto -dovrà attivare la procedura prevista per ottenere la revisione dell'assegno (o comunque dell'entità del mantenimento) ove le sue condizioni economiche siano significativamente peggiorate.

81 BASINI, G. F.: "Genitori e figli nella coppia in crisi ai tempi del covid-19", *filodiritto.it*, 1 aprile 2020.

82 Nel medesimo senso, IRTI, C.: "Relazioni familiari e covid – 19", cit., pp. 689 ss.

BIBLIOGRAFIA

AL MUREDEN, E.: "La nozione di "congiunti" tra emergenza sanitaria e pluralità dei modelli familiari", in *Fam. e dir.*, 2020, pp. 623 ss.

AULETTA, T.: "Commento all'art. 337 *ter*", in GABRIELLI, E. (diretto da) *Commentario del cod. civ.*, Utet, Torino 2^a ed., II, 2018, pp. 999 ss.

BIANCA, C.M.: *Diritto civile*, II, I, *La famiglia*, Giuffrè, Milano, 6^a ed., 2017, pp. 228 s.

BIANCA, M.: "Il diritto del minore «all'amore» dei nonni", *Riv. dir. civ.*, 2006, pp. 155 ss.

BALESTRA, L.: "Brevi notazioni sulla recente legge in tema di affidamento condiviso", *Familia*, 2006, pp. 656 ss.

BASINI, G.F.: "La nonna cappuccetto rosso e le visite: del c.d. "diritto di visita degli avi", *Fam. Pers. succ.*, 2006, pp. 433 ss.

BENDINELLI, R.: *Bigenitorialità e diritto della salute*, *Familia*, 2020, pp. 820 ss.

CARRANO, R.: "Il diritto degli ascendenti a mantenere rapporti significativi con i nipoti", in BIANCA, M. (a cura di), *Filiazione. Commento al decreto attuativo*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 160 ss.

CORDER, P.: "Rapporti dei minorenni con gli ascendenti", in BIANCA, C.M. (a cura di), *La riforma della filiazione*, Cedam – Wolters Kluwer, Milano, 2015, pp. 95 ss.

FRASSINETTI, A.: "Esiste un diritto al recupero dei tempi di visita del figlio, persi per ragioni oggettive?" *Fam. e dir.*, 2021, pp.

IRTI, C.: "Relazioni familiari e covid – 19: la difficile ricerca di un equilibrio tra la salvaguardia del diritto alla salute pubblica e gli altri diritti fondamentali", *Familia*, 2020, pp. 683 ss.

LAZZARO, C.: "Commento all'art. 317 *bis*", in E. GABRIELLI (diretto da): *Commentario del cod. civ.*, Utet, Torino, 2^a ed., II, 2018, pp. 696 ss.

PADALINO, C.: *L'affidamento condiviso dei figli*, Giappichelli, Torino, 2006, p.17.

PUTTI, P.M.: "Il diritto di visita degli avi: un sistema di relazioni affettive che cambia", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, pp. 897 ss.

RIMINI, C.: "L'esercizio della responsabilità genitoriale al tempo dell'emergenza sanitaria", *Giur. it.*, 2020, pp. 1093 ss.

RUSCELLO, F.: "Affidamento 'condiviso', 'collocazione abitativa' del figlio e dovere di 'cura' dei genitori", *Rass. dir. civ.*, 2009, pp. 871 ss.

SCALISI, A.: "Il diritto del minore alla 'bigenitorialità ' dopo la crisi o la disgregazione del nucleo familiare", *Famiglia e dir.*, 2007, pp. 520 ss.

TROTTA, E.: "Esercizio della responsabilità genitoriale e diritto alla bigenitorialità in pendenza delle misure di contrasto al Covid – 19, in *Fam. e dir.*, 2020, pp. 442 ss.