

Vengo anch'io. No tu no...

Nota Tribunale di Milano, IX Sez., decr. 11 marzo 2020

di Valeria Cianciolo

Il caso. Il provvedimento meneghino ha “*ritenuto che in relazione alle contingenze determinate della diffusione epidemica COVID 19 non sussistano ragioni per considerare gravi ai sensi dell'art. 709 ter c.p.c. i comportamenti tenuti dalla madre...*” ed inaudita altera parte ha disposto “*che le parti si attengano alle previsioni di cui al verbale di separazione consensuale.*”

Il procedimento disciplinato dall'art. 709 ter c.p.c., come è noto, è funzionale ad assicurare - secondo la formula usata dal 2° co. del medesimo articolo - «*il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento*» o, volendo usare espressioni più familiari al lessico proprio del diritto processuale civile, la corretta attuazione o esecuzione dei preesistenti provvedimenti emessi in materia di esercizio della «*responsabilità genitoriale*» o di affidamento della prole minore.

Salve ipotesi limite (che possono anche eventualmente essere penalmente rilevanti), pare impossibile stabilire *a priori*, in via generale ed astratta, quali azioni od omissioni possano concretizzare le «*inadempienze o violazioni*» e ciò è assolutamente connaturato alla considerazione che la rilevanza delle condotte dei genitori con i figli minori sono destinate a mutare profondamente in relazione non soltanto ai generali contesti economici, sociali e culturali in cui ciascun genitore si trova ad agire, ma anche agli specifici sistemi di valori che possono eventualmente essere condivisi dai genitori.

Nel caso di specie il contesto è quello che si sta vivendo con la diffusione del corona virus a livello mondiale per cui ci si trova dinanzi ad un contesto sociale del tutto eccezionale ed imprevedibile.

Dalla stessa formulazione letterale della disposizione emerge che le «*inadempienze o violazioni*» giuridicamente rilevanti possono, in via alternativa:

- arrecare «*pregiudizio al minore*», ovvero
- ostacolare «*il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento*».

Sebbene l'aggettivo «*gravi*» sia rigorosamente riferito soltanto alle «*inadempienze*», sembra doversi ritenere che il giudice debba tuttavia stabilire la gravità anche degli atti pregiudizievoli per il minore e di quelli di ostacolo alla puntuale esecuzione delle modalità dell'affidamento, al fine di stabilire il contenuto dei provvedimenti da pronunciare nel caso in concreto.

Il procedimento in esame si pone in termini assai delicati perché per stabilire il carattere della gravità delle inadempienze o degli atti pregiudizievoli, infatti, sembra indispensabile far riferimento al sistema di valori dei genitori nella specie interessati e deve cercarsi di evitare il più possibile che il sistema di valori di riferimento proprio (ed esclusivo) del giudice si sostituisca a quello comune dei genitori. In conclusione, pertanto, il giudice è vincolato alle domande e alle difese delle parti sia nella qualificazione della gravità delle condotte tenute dai genitori, sia - in modo perfettamente correlato - nella scelta del tipo di provvedimento da adottare ai sensi della disposizione in commento, con l'immediata conseguenza che è onere del genitore che propone ricorso, indicare esattamente e specificamente il contenuto del provvedimento richiesto.

Nel caso di specie il Tribunale di Milano non ha valutato come “grave” l'inadempienza del genitore perché l'eccezionalità del momento che si sta vivendo, non ha lasciato presumere evidentemente alcuna intenzione da parte del genitore di violare il provvedimento che regolava le visite del genitore.

Le questioni sottese. Il D.P.C.M. 9 marzo 2020 ha esteso all'intero territorio nazionale le disposizioni già previste per numerose province italiane dal D.P.C.M. 8 marzo 2020 che, all'art. 1 prevede di «*evitare ogni spostamento delle persone fisiche 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*».

Con il nuovo decreto del Presidente del Consiglio dell'11 marzo 2020 ha disposto ulteriori misure di contenimento del contagio da COVID-19 sull'intero territorio nazionale.

In relazione al c.d. diritto di visita del genitore non collocatario della prole, ci si è chiesti se gli spostamenti dei genitori per prendere e riportare i figli fossero o meno necessari e leciti.

Il Governo ha definitivamente chiarito il 10 marzo 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, in ogni caso secondo le modalità previste dal giudice con i provvedimenti di separazione o divorzio*». Conseguentemente i decreti ministeriali 8/9 marzo 2020 non hanno sospeso i provvedimenti che regolamentano i tempi di permanenza dei figli presso ciascuno dei genitori.

Sul sito della Presidenza del Consiglio in data 15 marzo 2020 sono state pubblicate le FAQ in relazione alla corretta interpretazione del Decreto #IoRestoACasa e fra queste anche la seguente:

“Sono separato/divorziato, posso andare a trovare i miei figli?”

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

Tutto chiaro? Sì e no. Perché in linea di principio non c'è una sospensione in senso tecnico del diritto di visita. Ma occorre il buon senso e valutare caso per caso. Buon senso che se normalmente difetta, diventa in una situazione emergenziale come quella in essere, una bomba ad orologeria perché il genitore non collocatario – normalmente il padre – avverte le possibili riluttanze che può sollevare il genitore nel consegnare il figlio, come un atto di lesa maestà, minacciando la denuncia per violazione del provvedimento del giudice. Ve ne sarebbero gli estremi? Non sempre.

Facciamo un'ipotesi. La madre vive in un Comune dove vive anche l'ex marito. Nel week end si allontana dalla sua residenza e rimane a dormire dal nuovo compagno che abita in un altro Comune. Nel frattempo viene varato il decreto del 10 marzo e lei non riesce a rientrare nel suo domicilio perché non munita di un autoveicolo. Tramite il Suo difensore comunica per iscritto che si trova fuori dalla sua residenza e che il marito può raggiungerla per prendere la bambina.

L'analisi che - in rapporto al reato di cui all'art. 388 c.p., comma 2 - costituisce il reale *thema decidendum* è imperniata sulla verifica della liceità (legittimità) o meno del trasferimento di residenza compiuto dalla donna nel mio esempio, insieme alla figlia minore assegnata alla sua personale cura. Si giunge alla lineare e logica conclusione dell'assenza di ogni divieto o limite di penale o comunque giuridica rilevanza per l'avvenuto trasferimento, fra l'altro temporaneo, della signora. Con l'ovvio causale effetto, in mancanza di contegni specifici che abbiano impedito al coniuge separato l'esercizio del diritto di visita e di incontro con la figlia nei tempi e nei modi stabiliti dal giudice civile, della insussistenza del reato di mancata esecuzione o elusione del provvedimento del giudice civile disciplinante i rapporti tra i due genitori e la bambina.

I dati che investono, nell'ottica eventualmente della tesi del padre che ritiene sia stato violato il provvedimento del giudice, la previa intenzione dell'ex moglie, di essersi allontanata dal proprio comune di residenza, rimangono confinati negli *interna corporis* della libere scelte di vita della donna, non censurabili in sede penale. In buona sostanza, non è provato il dolo né il padre non collocatario può dirle “*non allontanarti*”.

Il punto è che esercizio della responsabilità genitoriale ad “*entrambi*” i genitori non significa anche esercizio della responsabilità genitoriale “*di comune accordo*”, sicché sussiste un *range* di scelte di competenza di ciascun genitore, in cui non si sa, se la decisione debba essere presa “*congiuntamente*”, oppure no. Se si legge il 3 comma dell'art. 337 ter co. civ. pare che questa imponga la decisione congiunta solo per le decisioni di maggiore interesse; ma, al tempo stesso, anticipa la possibilità dell'esercizio separato della responsabilità genitoriale, unicamente per le questioni di ordinaria amministrazione. Manca una regola esplicita, vale a dire, tanto per le decisioni che, pur non essendo “*di maggiore interesse*”, non sono nemmeno “*questioni di ordinaria amministrazione*” per le quali il giudice abbia disposto l'esercizio separato della responsabilità genitoriale, quanto per le stesse “*questioni di ordinaria amministrazione*”, nei casi in cui il giudice non abbia stabilito che i genitori esercitino la responsabilità genitoriale separatamente. In entrambe queste ipotesi, l'esercizio della responsabilità genitoriale compete ad ambedue i genitori, ma rimane testualmente non previsto se ciò imponga sempre una gestione congiunta, o, viceversa, sia possibile per ognuno esercitare la responsabilità separatamente.

E' noto che soluzioni tecnologiche come *Whatsapp, social media, webcam e Skype* non possono sostituirsi integralmente agli incontri periodici tra i figli minori e i propri genitori, ma in situazioni emergenziali possono essere delle soluzioni alternative e sono riconosciuti in sede giudiziaria come una modalità attraverso le quali un genitore può mantenere il rapporto con i propri figli anche quando, per qualsiasi

motivo, non gli sia possibile essergli fisicamente vicino. In ogni caso comunque (e tipicamente nel caso di separazione e divorzio, con figli affidati a uno solo dei genitori), la frequentazione online non può mai sostituire, secondo i giudici, gli incontri offline che ciascun genitore ha diritto di avere coi propri figli. Proporre l'integrazione delle connessioni online nelle routine quotidiane consente un maggiore organizzazione operativa a distanza tra i diversi membri, sia nel medio che nel breve o brevissimo periodo, e concorre a mantenere un senso di prossimità, una vicinanza anche a carattere espressivo che si gioca spesso nel lessico familiare ipercodificato degli sms e delle emoticons. Ovviamente questa è una soluzione da privilegiare solo occasionalmente e per brevi periodi e che, si ribadisce, non intende sostituire il diritto di visita del genitore.

Occorre poi ricordare che quando si parla dell'art. 388 c.p. si parla di un reato dove è richiesto l'elemento soggettivo del dolo. Il dolo, richiesto per la configurabilità del delitto di mancata esecuzione di un provvedimento del giudice civile concernente l'affidamento di un figlio minore (art. 388, 2° co., c.p.), non è integrato nel caso in cui ricorra un plausibile e giustificato motivo che abbia determinato l'azione del genitore affidatario a tutela esclusiva dell'interesse del minore.

Facciamo un esempio. Il padre è un medico o un paramedico, categoria che allo stato è certamente a rischio più di molte altre. In una situazione come quella che si sta vivendo nel momento specifico dove nulla si sa sulle modalità di trasmissione del corona virus, è logico valutare in prima battuta quale sia l'interesse del minore ed è chiaro che quello che emerge è il diritto alla salute del figlio certamente prioritario rispetto al diritto di visita.

E' un principio assodato dalla giurisprudenza che *«in tema di mancata esecuzione di un provvedimento del giudice civile concernente l'affidamento di un figlio minore, ai fini della sussistenza del dolo, occorre stabilire da parte del giudice penale se il genitore affidatario, nell'impedire al genitore non affidatario il diritto di visita nei confronti del minore, sia stato eventualmente mosso dalla necessità di tutelare l'interesse morale e materiale del minore medesimo, soggetto di diritti e non mero oggetto di finalità esecutive perseguite da altri. Infatti, il genitore affidatario, pur obbligato a consentire l'esercizio del diritto di visita da parte dell'altro genitore secondo le prescrizioni stabilite dal giudice, essendo egli nello stesso tempo tenuto a garantire la crescita serena ed equilibrata del minore a norma dell'art. 155, 3° co., c.c., ha in ogni momento il diritto-dovere di assicurare massima tutela all'interesse preminente del minore, ove tale interesse, per la naturale fluidità di ogni situazione umana, non sia stato potuto essere tempestivamente portato alla valutazione del giudice civile: per l'effetto, il rifiuto di visita, specie laddove ricusato dal minore, può trovare giustificazione nell'esigenza prevalente di tutelare l'interesse morale e materiale del minore»¹.*

Pertanto, il fatto può essere scriminato se l'adempimento dell'agente implicasse un pregiudizio per gli interessi del minore per effetto di situazioni sopravvenute e tali da non consentire il ricorso all'autorità giudiziaria².

Alla luce di questo, se si passa ad un bilanciamento degli interessi coinvolti dal punto di vista costituzionale, il diritto di visita o il diritto alla salute del minore?

Dal punto di vista giuridico, il diritto alla salute trova una copertura costituzionale. Il diritto di visita no e a poco serve dire che il diritto alla bigenitorialità trova la sua consacrazione nelle Convenzioni perché le Convenzioni sono ratificate da una legge ordinaria³.

1 Cass. pen., Sez. VI, 11.3.2010, n. 10701.

2 Cass. pen., Sez. VI, 9.1.2004, n. 17691; Cass. pen., Sez. VI, 19.11.2004, n. 4439.

3 La Convenzione sui diritti del fanciullo di New York è stata ratificata dalla Legge 27 maggio 1991, n. 176.