

GIURISPRUDENZA ITALIANA

► edicolaprofessionale.com/giurit

dal 1849

Aprile 2021

Direzione

Adolfo Angelillo - Sergio Chiaroni
Giulio Conso - Gaetano Cottino
Enrico Gabrielli - Francesco Palazzo
Matia Persiani - Mariano Protti
Pietro Rescigno - Giorgio Spaducci

Mantenimento del figlio maggiorenne
economicamente non indipendente

I limiti della prova testimoniale

Litisconsorzio necessario tra I.N.P.S. e datore di
lavoro per contributi non versati

Il captatore informatico nelle indagini penali

Percorsi di giurisprudenza

Il controllo individuale del socio nella S.r.l.

Dottrina e attualità giuridiche

La querela: un istituto tra diritto e processo penale



COVID-19

La pandemia e l'interesse del minore

 Wolters Kluwer

UTET
GIURIDICA

3/2012, ammette a tale procedura anche la persona fisica sovraindebitata in ragione della fideiussione prestata a favore di un professionista (si vedano Cass. civ., Sez. I, 1° febbraio 2016, n. 1869, in *Foro It.*, 2016, I, 1804 e, seppur con perplessità teoriche, Trib. Rovigo, 13 dicembre 2016, in *www.ilfallimentarista.it*, che si richiama esplicitamente al principio dell'ordinanza *Tarcău*). È a tal fine necessario che sia escluso “[...] qualsivoglia rimando al perseguimento di operazioni che rivelino, oltre lo schema di sostegno solidaristico a terzi, un impiego del rischio in una dimensione partecipativa, per il comune interesse d’impresa o anche all’attività professionale” (così Cass. civ., Sez. I, 1° febbraio 2016, n. 1869, cit.).

Proprio questo requisito negativo, appena accennato nella pronuncia in esame ma al centro della decisione della Corte di Giustizia (e sottolineato, ma non approfondito, dalla decisione di legittimità del 2018, cit.), suscita negli interpreti i maggiori interrogativi.

Il problema è dato dall’individuazione dei criteri per ravvisare quella “cointeressenza” del fideiussore all’attività professionale del debitore principale che, nella prospettiva euro-unitaria, porta a negare la qualifica di consumatore.

Al riguardo è senz’altro condivisibile ritenere che non possa esser considerata consumatore la persona fisica che garantisce il debito della società di cui è essa stessa amministratore. In questo caso, infatti, il rilascio della garanzia è logicamente riconducibile all’attività professionale di gestione dell’impresa collettiva (Minneci, *op. cit.*, 695).

Maggiori criticità pone invece l’ipotesi in cui il fideiussore, pur privo di cariche sociali, sia titolare di una partecipazione all’interno della società garantita (fattispecie alla quale, riteniamo, potrebbe affiancarsi

quella del soggetto che beneficia degli utili in virtù di un rapporto di associazione in partecipazione). Sul punto l’ordinanza *Tarcău* si limita ad escludere che il garante possa detenere una partecipazione “non trascurabile” al capitale sociale: occorre dunque chiarire la portata di tale locuzione. Questo anche perché (cfr., sul punto, Minneci, *ibidem*) la titolarità di una partecipazione anche rilevante non equivale ad effettivo coinvolgimento nell’agire societario, in difetto del quale sembra difficile ascrivere la fideiussione all’attività professionale del garante. Sotto questo profilo può ritenersi apprezzabile l’impostazione adottata dal Collegio ABF di Milano (decisione n. 8298/2016). A venire in rilievo era la fideiussione prestata da uno dei tre soci della società debitrice; l’Arbitro ravvisa la qualifica di consumatore in capo al garante poiché questi, pur detenendo una quota societaria apprezzabile, non ha “[...] mai preso parte, neppure minimamente, alla operatività concreta dell’impresa societaria”. Acquista centralità, in tal modo, il profilo gestorio e decisionale, da scrutinare caso per caso così da distinguere tra il mero socio “investitore” e il socio “imprenditore”, che realmente condivide con la società finanziata l’attività imprenditoriale (*amplius*, al riguardo, M.C. Dolmetta, cit.). Un’indagine siffatta pare idonea ad evitare che, accantonato il criterio formalistico del vincolo di accessorietà, la qualificazione del fideiussore venga fatta dipendere da un dato altrettanto formalistico come la pura e semplice titolarità di quote societarie: il che porterebbe a pretermettere la ricerca di quel collegamento funzionale che rappresenta il confine dell’area della tutela.

Davide Melano Bosco

■ Affidamento condiviso – Diritto di visita

Tribunale Busto Arsizio, 3 aprile 2020 (decreto) – Est. Radici – *Omissis* (avv. Dal Maso).

Affidamento, affiliazione ed assistenza dei minori – Affidamento condiviso – Diritto di visita – Interesse del minore

I Servizi sociali non hanno il potere di compromettere il diritto di visita padre/figli, motivando la decisione per l'emergenza Covid-19, ed una decisione giurisprudenziale in tal senso sarebbe parimenti contra legem, a maggior ragione in completa assenza di elementi di pregiudizio per i bambini a carico del papà.

Omissis. – Rilevato che l’istante si duole della sospensione degli incontri padre/figli, che dovrebbero essere sostituiti da videochiamate secondo quanto segnato dai S.S. (e ciò per problematiche relative alle misure sanitarie adottate in relazione alla nota pandemia);

che su tali basi ha chiesto il mutamento delle disposizioni in punto di affido dei minori ovvero in via subordinata che

i S.S. ripristinino gli incontri padre/figli e che venga ridotta la contribuzione paterna per i minori;

(*Omissis*). – Ravvisata l’urgenza in relazione alla questione della sospensione dei rapporti padre/figli; dispone che il Servizio Tutela Minori riferisca sulle ragioni giustificative della sospensione dei rapporti padre/figli, che non possono discendere da valutazioni di “opportunità”, ma solo da preclusioni normative; evidenzia al riguardo le considerazioni esposte dal ricorrente, che per comodità (vista la difficoltà a comunicare tempestivamente gli atti) vengono di seguito riportate:

“– Non solo. Nella realtà dei fatti, il diritto di visita dei figli di genitori separati e divorziati non ha subito limitazioni ad opera di disposizioni vigenti dettate per fronteggiare l'emergenza Coronavirus, in quanto certamente rientrante nelle “situazioni di necessità” che legittimano lo spostamento sul territorio.

– Sul punto, l’art. 1, comma 2, lettera a) del D.L. 25 marzo 2020, n. 19, prevede che siano consentiti addirittura gli spostamenti, se motivati NON SOLO “da situazioni di

Diritto Civile | Affidamento condiviso – Diritto di visita

necessità o urgenza”, ma anche “da altre specifiche ragioni” tra cui si annoverano le visite alla prole.

– Infatti il nuovo modello di autodichiarazione, emesso DOPO il DL 19/2020, a cui rimanda nel testo stesso espressamente prevede, in calce, tra le motivazioni indicate ad esempio tra quelle che consentono di spostarsi, gli “obblighi di affidamento di minori”.

– Tale esplicita previsione non solo è ancora presente nel FAQ governativo, ma dal 27 marzo 2020 è stata inserita anche tra i FAQ sul sito della Regione Lombardia a chiarire una volta per tutte che l'affidamento congiunto e con esso il diritto dei figli ad avere due genitori, non viene toccato dalle disposizioni di contenimento della diffusione del Coronavirus.

– Il Presidente del Consiglio Conte con d.P.C.M. dell'8 Marzo 2020 prevedeva la possibilità di spostarsi, anche da

Comuni differenti, per situazioni di necessità, in cui rientravano “gli spostamenti per raggiungere i figli”.

– Nello stesso senso si annovera l'apertura posta dal D.L. 19/2020, in G.U. dal 25.03.2020, in vigore dal 26.03.2020, che consente gli spostamenti anche per ragioni specifiche, tra cui senz'altro si annoverano gli “obblighi di affidamento dei minori” espressamente annoverati nell'ultimo modulo di autodichiarazione.

(*Omissis*). – I Servizi sociali, pertanto, non hanno il potere di compromettere il diritto di visita padre/figli, motivando la decisione per l'emergenza Covid-19, ed una decisione giurisprudenziale in tal senso sarebbe parimenti *contra legem*, a maggior ragione, si ripete, in **COMPLETA ASSENZA DI ELEMENTI DI PREGIUDIZIO PER I BAMBINI a carico del papà**”. – *Omissis*.

La pandemia e l'interesse del minore

Giusy Cosco*

Il variegato quadro di norme, la pluralità degli interventi normativi d'urgenza volti a gestire l'emergenza epidemiologica (oltre che l'assenza, almeno iniziale, nella normativa dedicata di disposizioni specifiche sul tema) hanno inciso sensibilmente sull'esercizio della responsabilità genitoriale ed, in particolare, sul diritto di visita del genitore non collocatario, inducendo la giurisprudenza di merito ad offrire soluzioni non omogenee nei casi di conflitto familiare, nel tentativo di contemperare il diritto alla salute con quello alla bigenitorialità.

La pandemia

Le restrizioni imposte (per l'emergenza sanitaria e per contenere la diffusione del coronavirus) dal Governo¹ alla possibilità di effettuare spostamenti hanno alterato anche i rapporti tra genitori e figli.

In particolare, il variegato quadro di norme, la pluralità degli interventi normativi d'urgenza volti a gestire l'emergenza epidemiologica² (oltre che l'assenza, almeno iniziale, nella normativa dedicata di disposizioni specifiche sul tema) hanno inciso sensibilmente sull'esercizio della responsabilità genitoriale ed, in particolare, sul diritto di visita del genitore non collocatario, inducendo la giurisprudenza di merito ad offrire soluzioni non omogenee nei casi di conflitto familiare, nel tentativo di contemperare il diritto alla salute con quello alla bigenitorialità³.

Il D.L. 25 marzo 2020, n. 19 (convertito con L. 24

aprile 2020, n. 27), in particolare, ha previsto la necessità di evitare gli spostamenti delle persone fisiche ad eccezione di quelli motivati da comprovate esigenze lavorative, situazioni di necessità e questioni di salute. Il carattere generale delle disposizioni citate e l'assenza di una espressa previsione ha fin da subito sollevato il dubbio se rientrassero fra le deroghe anche gli spostamenti finalizzati all'esercizio del diritto di visita da parte del genitore non collocatario⁴.

Il Tribunale di Busto Arsizio (con il decreto che qui si commenta) – nell'affrontare la problematica, legata all'emergenza sanitaria derivante dal virus Covid-19, e nel tentativo di risolvere la delicata questione del bilanciamento tra diritti fondamentali, quali sono nello specifico quello alla frequentazione tra genitori e figli ed il diritto alla salute, *ex art. 32 Cost.*, non solo del minore – avalla la tesi secondo cui il “diritto di visita”

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

¹ Gli interventi normativi sono iniziati con la dichiarazione dello stato di emergenza e l'attribuzione al Capo del Dipartimento della protezione civile di un potere di ordinanza in deroga alle disposizioni vigenti. Cfr. la Delibera del Consiglio dei Ministri del 31 gennaio 2020 e la raccolta completa della normativa in materia sul sito della protezione civile (www.protezionecivile.gov.it).

² V. in tal senso Gigliotti, *Considerazioni in tema di impossibilità sopravvenuta per emergenza epidemiologica di prestazioni dello spettacolo e assimilate*, in *Giustiziacivile.com*, 1° aprile 2020.

³ Nocera, *La Fase 2 dell'emergenza Covid-19: cosa cambia per l'esercizio del diritto di visita dei minori*, in *il Quotidiano Giuridico* del 25 maggio 2020.

⁴ Il quadro normativo non è cambiato, nella sostanza, neanche con il D.P.C.M. 22 marzo del 2020 che, pur ribadendo il divieto contenuto nella precedente normativa (D.P.C.M. 9 marzo 2020),

a differenza di quest'ultima, ha escluso la possibilità di rientrare presso il proprio domicilio. Il D.L. 25 marzo 2020, n. 19, ha previsto come eccezioni ulteriori le “altre specifiche ragioni”. Il primo riferimento esplicito ai rapporti tra genitori e figli si trova nelle FAQ pubblicate sul sito del Governo nelle quali, in sede di interpretazione del D.P.C.M. 22 marzo 2020, sono stati consentiti gli spostamenti per raggiungere i figli minorenni presso l'altro genitore o l'altro affidatario o per condurli presso di sé, anche da un comune ad un altro; il tutto sarebbe dovuto avvenire “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 tratta di un rinvio esplicito alle disposizioni del giudice della separazione o del divorzio oppure, in assenza, agli accordi tra i genitori (v. Nocera, *op. cit.*). Il D.P.C.M. del 26 aprile 2020 ha consentito, a far data dal 4 maggio 2020, gli spostamenti per incontrare i congiunti.

dei figli di genitori separati e divorziati non sarebbe stato limitato dalle disposizioni di contenimento della diffusione del Coronavirus poiché certamente rientrante (secondo una interpretazione ampia delle disposizioni normative) in quelle "situazioni di necessità" che consentivano eccezionalmente gli spostamenti durante la fase più complessa dell'epidemia⁵.

I giudici di merito danno credito alla considerazione del ricorrente secondo cui i servizi sociali non avrebbero il potere di compromettere il diritto di visita padre/figli, motivando la decisione per l'emergenza Covid-19, ed una pronuncia giurisprudenziale in questo senso sarebbe certamente *contra legem*.

Le ragioni giustificative della sospensione dei rapporti genitori/figli non dovrebbero, dunque, discendere da valutazioni di "opportunità", ma solamente da preclusioni normative, come previsto dall'art. 8, par. 2, della C.E.D.U., che autorizza le ingerenze della pubblica autorità nel godimento del diritto al rispetto della vita familiare quando le stesse limitazioni si rendono necessarie per la tutela della salute pubblica; secondo il principio di legalità le misure sono legittime se esiste una previsione di legge (come disposto dalla stessa norma e consolidato dalla giurisprudenza della Corte europea)⁶.

I diversi orientamenti giurisprudenziali

La gestione di una famiglia disgregata (normalmente assai complessa) appare ancora più difficile nell'attuale momento storico⁷ ed ai giudici viene chiesto il bilanciamento delle misure restrittive della libertà di circolazione con i diritti individuali e, nello specifico, del diritto alla bigenitorialità con quello alla salute del minore (e non solo del minore)⁸.

Nonostante la bigenitorialità rientri tra i diritti fondamentali dei bambini, nella situazione attuale di pandemia il suo esercizio rischia di compromettere (all'interno delle famiglie divise) la salute degli stessi titolari, comportando il trasferimento dei figli (e dei genitori) da un'abitazione all'altra.

Per stabilire quale diritto sia da considerare preminente non si può prescindere dal singolo caso concre-

to. Questa è una delle ragioni della difformità degli orientamenti giurisprudenziali e delle divergenti valutazioni degli interessi prevalenti tra quelli da bilanciare; l'altra è data dalle incertezze derivanti dalle normative che si sono susseguite nel tempo, allo scopo di contenere il contagio, e dei provvedimenti governativi con contenuti vari e contrastanti⁹.

All'orientamento secondo cui andava comunque privilegiata la normalità delle relazioni familiari e garantita la bigenitorialità¹⁰ si è contrapposto quello favorevole a sospendere il diritto di visita dei genitori, ritenendo prevalente sull'interesse del figlio a vedere e ad incontrare fisicamente il padre o la madre quello alla tutela della salute del minore che, nello spostamento da un genitore all'altro, verrebbe esposto a più occasioni di contagio¹¹.

Se il primo indirizzo ritiene che tra i "comprovati motivi di assoluta urgenza" rientri il diritto di visita dei genitori separati, per il secondo orientamento, in una situazione in cui l'esercizio del diritto di visita sarebbe potenzialmente pericoloso per la salute del minore, le videochiamate diventano lo strumento alternativo di tutela della bigenitorialità. Le opinioni contrastanti sono, dunque, la dimostrazione di come non sia possibile individuare una soluzione astrattamente valida per tutte le situazioni, ma la valutazione deve riguardare le circostanze dei singoli casi concreti sulla base, da un lato, della considerazione dei rischi per la salute dei soggetti coinvolti nella vicenda e, dall'altro, degli strumenti per una tutela effettiva dell'equilibrio psico-fisico del minore¹².

Il diritto alla bigenitorialità e l'interesse del minore

La questione in esame coinvolge, senza alcun dubbio, il diritto dei figli alla bigenitorialità, garantito – soprattutto dopo la riforma del 2012¹³ sullo status unico di figlio – dall'esercizio comune della responsabilità genitoriale (volto ad assicurare ai minori una crescita serena ed una educazione adeguata) e attraverso l'affido condiviso che assicura loro rapporti equilibrati e significativi con entrambi i genitori (v. art. 337-ter c.c.). La realizzazione del principio della

⁵ Così il citato art. 1, 2° comma, lett. a), D.L. 25 marzo 2020, n. 19. Cfr. Scalera, *Coronavirus: al padre possono bastare le videochiamate?*, in *Il Quotidiano* del 10 aprile 2020.

⁶ V. Cesaro, *Covid-19 e diritti fondamentali nell'ambito della famiglia e dei minori: tra limitazioni ordinarie e straordinarie*, in *Il Familiarista* del 12 maggio 2020.

⁷ Cfr. Costantino, *Diritto alla bigenitorialità ed interesse del minore* (nota a Trib. Trento, 8 maggio 2020), in *Il Familiarista*, 29 luglio 2020.

⁸ Ancora Cesaro, *op. cit.*

⁹ V. Scalera, *op. cit.* Cfr. altresì, per un quadro generale dei diversi orientamenti giurisprudenziali, Penta, *Il diritto di visita dei figli minori all'epoca dell'emergenza sanitaria*, in *www.unico-st.eu*, 13 maggio 2020.

¹⁰ Cfr. Simeone, *Affidamento ai tempi del Coronavirus: il diritto di visita non si sospende*, in *Il Familiarista*, 11 marzo 2020. Così si sono pronunciati (oltre al Trib. Busto Arsizio): Trib. Milano, decr. 11 marzo 2020 (commentato da Piazzoni, *Il problema del diritto di*

visita e di frequentazione all'epoca del Covid-19, in *www.rivistafamiglia.it*, 23 marzo 2020); Trib. Palermo, ord. 27 marzo 2020; Trib. Roma, 7 aprile 2020; Trib. Lecce, ord. 9 aprile 2020.

¹¹ L'orientamento è stato inaugurato da Trib. Bologna, 23 marzo 2020 e confermato da: Trib. Bari, ord. 26 marzo 2020 (in *www.osservatoriofamiglia.it*, con nota di Gattoni, *Diritto di visita/frequentazione genitori/figli in tempo di coronavirus: una diversa visione del problema*, 30 marzo 2020 ed in *Familia – Il diritto della famiglia e delle successioni in Europa* con nota di PAGLIARA, *Diritto di visita del genitore non collocatario, onere della prova e Covid-19*); Trib. Vasto, decreto 2 aprile 2020. Così anche Trib. di Brescia, 11 marzo 2020 (in *www.judicium.it*, con nota di Giorgetti, *I provvedimenti urgenti in tema di figli ai tempi del Covid-19: il rischio di una babele, pur con le migliori intenzioni*) e Trib. min. Firenze, 12 marzo 2020.

¹² Cesaro, *op. cit.*

¹³ Palazzo, *La filiazione, Tratt. Dir. Civ. e Comm.*, a cura di Cicu, Messineo, Milano, 2013, 532.

bigenitorialità – “da intendersi quale presenza comune dei genitori nella vita del figlio che sia idonea a garantirgli una stabile consuetudine di vita e salde relazioni affettive con entrambi, nel dovere dei primi di cooperare nell’assistenza, educazione ed istruzione del secondo”¹⁴ – richiede, quindi, una frequentazione continua del figlio con i genitori, ma non necessariamente una divisione perfettamente paritaria dei tempi di permanenza con ciascuno di essi¹⁵, dato che l’esigenza di stabilità del bambino può presupporre il suo soggiorno per un periodo più lungo presso uno dei genitori ed una frequentazione dell’altro che garantisca a quest’ultimo l’esercizio del proprio ruolo educativo¹⁶.

Anche in situazioni di emergenza (come quella provocata dall’attuale pandemia) qualsiasi soluzione adottata, tanto in via consensuale quanto in via giudiziale, deve essere rivolta a realizzare il superiore interesse del minore e garantirne il minor sacrificio.

Tutta la disciplina del diritto di famiglia è in funzione dell’interesse del bambino¹⁷ e la lettura che la giurisprudenza di legittimità ne ha dato (cioè come diritto ad una crescita sana ed equilibrata) giustifica anche l’adozione di provvedimenti contenitivi o restrittivi dei diritti individuali di libertà dei genitori,

“nell’apprezzato loro carattere recessivo rispetto all’interesse preminente del minore stesso”¹⁸.

Le considerazioni che precedono ripropongono la questione dell’ambiguità della nozione stessa di interesse del minore¹⁹, quale principio generale, per la sua formulazione in termini di estrema generalità²⁰, oltre che per la corrispondenza con il valore apicale che viene individuato “nell’esigenza di una pozione tutela dei diritti inviolabili dei soggetti minori in vista dello sviluppo della personalità”²¹ (positivizzato non solo nel diritto di matrice sovranazionale²², ma anche nel nostro ordinamento giuridico²³), o quale clausola generale, “organo respiratorio dell’ordinamento giuridico”²⁴ utilizzata, come le altre, “al fine di perseguire il valore della giustizia nel caso concreto” per ampliare “di molto il margine di apprezzamento discrezionale attribuito al giudice”²⁵. Indipendentemente dal suo inquadramento giuridico, è certo che la proclamazione dell’interesse del minore come “superiore” o “preminente” ha accentuato quella tendenza puerocentrica, finalizzata a promuovere il benessere del bambino anche e soprattutto attraverso la valorizzazione delle relazioni familiari²⁶.

La disciplina della separazione e del divorzio, in particolare, pone in primo piano la necessità di intervenire per mantenere le relazioni tra i componenti

¹⁴ Cass. civ., 5 dicembre 2019, n. 6471 (ordinanza), in *Guida Dir.*, 28 marzo 2020, n. 15, 35.

¹⁵ Cfr. a tal proposito Nocera, *op. cit.*

¹⁶ Ancora Nocera, *op. cit.*

¹⁷ Amagliani, *La nuova disciplina della filiazione (etichette, formule magiche e principi nel diritto di famiglia)*, in *Giust. Civ.*, 2018, 4, 1031 e seg., definisce l’interesse del minore “il faro che illumina ogni questione che riguardi il minore”. Cfr. altresì Amagliani, *L’unicità dello stato giuridico di figlio*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2015, 3, in part. 570 ss.; Id., *Sport e minore età: illecito sportivo tra principi generali e regole di settore*, in *Giust. Civ.com.*, 19 settembre 2019.

¹⁸ Cass. civ. n. 6471/2020 (ordinanza), *cit.*, richiama Cass. civ., 24 maggio 2018, n. 12954 e Cass. civ., 4 novembre 2013, n. 24683.

¹⁹ Si vedano, tra gli altri, i contributi di: Gorassini, *Allontanamento volontario del minore. Variazioni ermeneutiche sull’art. 318 c.c.*, Napoli, 1994, *passim*; Dosi, *Dall’interesse ai diritti del minore: alcune riflessioni*, in *Dir. Fam.*, 1995, 1604 e segg.; Ronfani, *L’interesse del minore: dato assiomatico o nozione magica?*, in *Soc. Dir.*, 1997, 1, 47 ss.; Ferrando, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, in *Pol. Dir.*, 1998, 167 e segg.; La Rosa, *Tutela dei minori e contesti familiari*, Milano, 2005, *passim*; Bocchini F., *L’interesse del minore tra garanzie, sostegni e circolazione*, in *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2014, 229 e segg.; Lamarque, *Prima i bambini. Il principio del best interest of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016, *passim*; Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, 1, 86 e segg.; Id., *L’interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: espansione e trasformismo*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2016, II, 148 e segg.; Scalisi, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2018, 405 e segg.; Salanitro, *Azioni di stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2018, 552 e segg.; Bilotti, *Diritti e interesse del minore*, in *L – Jus*, 2019, fasc. 2.

²⁰ Amagliani, *La nuova disciplina della filiazione*, *cit.*, 1033, evidenzia il rischio che l’estrema generalità sconfini in sostanziale indeterminazione. Cfr. in tal senso anche Lenti, *Note critiche in*

tema di interesse del minore, *cit.* 105.

²¹ Ancora Amagliani, *op. ult. loc. cit.*

²² La preminenza dell’interesse del minore è sancita nell’art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo stipulata a New York il 20 novembre 1989 (e ratificata in Italia con la L. 27 maggio 1991, n. 176) e nella Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996 (ratificata in Italia con la L. 20 marzo 2003, n. 77). L’art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea (Carta di Nizza del 7 dicembre 2000) ripropone quasi letteralmente l’art. 3 della Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo (approvata dall’Assemblea generale dell’ONU il 20 novembre 1989).

²³ L’art. 6, 3° comma, L. n. 898/1970 (nella formulazione originaria) sancisce che l’affidamento ed i provvedimenti riguardanti i figli devono avere come unico riferimento l’interesse morale e materiale degli stessi. V. a tal proposito le osservazioni di Amagliani, *La nuova disciplina della filiazione (etichette, formule magiche e principi nel diritto di famiglia)*, *cit.*, 1032 e Id., *Unicità dello stato di figlio e rapporti di filiazione tra principi e regole*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, 754.

²⁴ Amagliani, *La nuova disciplina della filiazione*, *cit.*, 1032 riprende l’espressione di Polacco, *Le cabale del mondo legale*, in *Opere minori*, Parte I, *Problemi di legislazione*, Modena, 1928, 48.

²⁵ Evidenzia Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2016, 1, 87, che le clausole generali “sono postulate come modalità più efficaci a tal fine, anche se possono derivate gravi problemi quanto all’esigenza di certezza del diritto”.

Carbonnier, in *D., Recc.*, 1960, 673 (commento a Cour d’Appel Paris, 10 aprile 1959), ritiene che l’espressione “interesse del minore” abbia aumentato la discrezionalità del giudice fino all’arbitrio. Cfr. altresì Dogliotti, *Che cosa è l’interesse del minore?*, in *Dir. Fam.*, 1992, 1093.

Diverse sono le tesi avanzate sull’interesse del minore. A tal proposito si veda Amagliani, *La nuova disciplina della filiazione*, *cit.*, 1032e segg.

²⁶ Chiarella, *Paradigmi della minore età*, Soveria Mannelli, 2008, 34.

della famiglia, di provvedere ai bisogni dei figli e di tutelarne l'interesse. Mentre nei rapporti tra i coniugi l'intervento del giudice si verifica in casi eccezionali, gli strumenti e le modalità dello stesso intervento nei rapporti familiari, a tutela dell'interesse del minore, sono vari ed articolati²⁷ e diretti ad evitare situazioni pregiudizievoli per il bambino²⁸.

Il parametro di riferimento è sempre quello dell'interesse del minore e nella questione in esame l'oggetto della tutela è un aspetto specifico, cioè il diritto del figlio di intrattenere con i propri genitori una relazione affettiva reciproca; si tratta di un "diritto relazionale", spettante a figli e genitori, con la conseguenza che è spesso difficile distinguere l'interesse dell'uno da quello degli altri alla continuità del rapporto affettivo²⁹. Ciascun minore ha il diritto primario a che ogni adulto (che abbia qualche genere di responsabilità nei suoi confronti) agisca nel suo specifico e individuale interesse, cioè si adoperi per porre in essere quelle condizioni necessarie a garantirgli la salute fisica e mentale, la sicurezza materiale, relazioni interpersonali stabili e non superficiali, un'assistenza adeguata a sviluppare le sue capacità, un ragionevole grado di libertà e di autodeterminazione che variano con l'età. Tale diritto di carattere primario dovrebbe avere la prevalenza in tutte le ipotesi in cui la necessaria valutazione del caso concreto facesse emergere un conflitto con gli altri diritti fondamentali del minore³⁰.

Il suo interesse si contrappone frequentemente a quello dei genitori o di altri familiari più stretti; certamente per garantirne i diritti il minore non deve essere considerato come soggetto isolato, ma come inserito nella fitta rete di relazioni interne alla sua famiglia e più ampie (come quelle che ha nell'ambiente scolastico, con i vicini ed altre ancora), nelle quali resta sempre il soggetto a cui dedicare maggiore attenzione e tutela. L'interesse del minore deve, dunque, essere valutato nel contesto delle sue relazioni, in considerazione dei legami affettivi che ne derivano e dell'importanza che hanno per la sua vita e per una sua stabilità psico-esistenziale, oltre che delle conseguenze che potrebbero derivare dalla loro eventuale soppressione³¹.

Nella ricerca del punto di equilibrio è indubbio che l'interesse in esame dovrebbe essere oggetto di un'attenzione speciale rispetto ad interessi diversi, ma (lo

ribadiamo) "non se ne sta solitario come unica ragione del decidere, sottratto a ogni comparazione"³².

Si tratta di una nozione quadro, che ricopre una funzione centrale nel sistema poiché dà un'indicazione di principio di carattere valoriale secondo cui qualsiasi decisione o azione che lo riguardi deve essere orientata a perseguire principalmente il suo benessere. Si configura come una sorta di "contenitore vuoto" che non offre criteri decisionali concreti ed articolati, ma deve essere riempito di contenuti dall'esterno. Non è possibile, dunque, individuarlo a priori, ma occorre effettuarne una determinazione a posteriori, caso per caso³³: la sua caratteristica fondamentale è l'indeterminatezza³⁴.

Le decisioni assunte nell'interesse del minore sono spesso un riflesso delle idee dominanti in una società ed in un tempo determinati. A volte sono fondate sulle considerazioni di chi le prende, sui suoi riferimenti culturali e morali, sulle sue scelte di valore. Altre volte sono basate su una pretesa oggettività scientifica delle indicazioni psicologiche su quel determinato minore e sui suoi familiari, provenienti dalle relazioni redatte da uno psicologo (operatore del servizio sociale, consulente tecnico d'ufficio, giudice onorario).

Negli ultimi tre decenni il contenuto dell'interesse del minore è cambiato nel senso che le indicazioni generali ed astratte sono state spesso sostituite da indicazioni date caso per caso, frutto di indagini psicologiche individuali, fatte sui bambini e sui loro genitori³⁵. Nei casi in cui occorre prendere decisioni finalizzate all'interesse del bambino si guarda in primo luogo alla sua specifica condizione psicologica individuale ed a quella delle altre persone coinvolte. Nel passato, al contrario, ciò che era un bene per la formazione dell'essere umano minorenne veniva determinato secondo parametri di carattere oggettivo sociali e psicologici, che prescindevano dagli elementi del caso concreto³⁶.

Conclusioni

L'esigenza di bilanciare gli interessi e di tutelare quello del minore avrebbe dovuto indurre il Tribunale di Busto Arsizio a privilegiare la salute di quest'ultimo e quella pubblica, sacrificando senz'altro il diritto alla bigenitorialità ed il diritto/dovere di visita dei genitori separati³⁷.

²⁷ Palazzo, *op. cit.*, 535.

²⁸ Palazzo, *op. cit.*, 536.

²⁹ Cfr. Lenti, *op. cit.*, 94.

³⁰ Lenti, *op. cit.*, 97 e seg.

³¹ Ancora Lenti, *op. cit.*, 103 e seg.

³² Lenti, *op. cit.*, 104 e seg.

³³ Cfr. Amagliani, *Unicità dello stato di figlio e rapporti di filiazione tra principi e regole*, cit., 755.

³⁴ Lenti, *op. cit.*, 105, parla di "una cortina di fumo che si presta ad operazioni mistificatorie volte a mascherare tutt'altro: altri principi, altri valori, altre scelte di politica del diritto. Ma può anche funzionare da passpartout che consente di donare d'incanto

una base oggettiva a qualsiasi decisione che lo evochi, magari neppur motivata in modo chiaro e adeguato" (106).

³⁵ Lenti, *op. cit.*, 108 e seg.

³⁶ Secondo Lenti (*op. cit.*, 109) decidere sulla base di una valutazione psicologica individuale delle persone coinvolte ha come conseguenza la riduzione della prevedibilità delle decisioni ed attribuisce "alla psicologia un alto grado di oggettività che presuppone una piena fiducia nella sua scientificità"; questo comporta una oggettività discutibile.

³⁷ In tal senso si è orientato il Tribunale di Vasto con decreto del 2 aprile 2020.

Premesso che anche in una situazione emergenziale non possono essere solo la legge, le ordinanze del Presidente della Regione o i provvedimenti dell'Autorità Giudiziaria a proteggere la salute dei bambini ma, nell'esercizio della responsabilità attribuita ai genitori, sono questi ultimi a dover individuare le misure adeguate "in un contegno che non può che essere ispirato da reciproca e qualificata collaborazione e da fiducia nell'altro, in assenza di effettivi e concreti elementi indicatori di atteggiamenti inadeguati"³⁸, in caso di permanente contrasto fra i genitori occorrerà una specifica valutazione della fattispecie concreta che dia conto in maniera rigorosa della sussistenza di un pericolo di pregiudizio e, dunque, del concreto interesse del minore. Si tratta del filo conduttore che deve orientare le decisioni del padre, della madre, delle autorità amministrative e giudiziarie tanto a livello internazionale quanto nel diritto interno³⁹. Gli spazi lasciati ai giudici dall'indeterminatezza ed elasticità del criterio sono estremamente ampi⁴⁰ ed il legislatore attribuisce al giudice "il potere di definire il precetto normativo in relazione alle circostanze del caso concreto"⁴¹, il che gli consente di valutare l'interesse del bambino non in termini generali ed astratti, ma anche tenendo conto del particolare contesto sociale ed economico, delle concezioni etiche, religiose e culturali "in cui si colloca la sua esperienza di vita".

Dunque la situazione di emergenza non deve distogliere l'attenzione dal *best interest* del minore, che può subire limitazioni parziali proprio allo scopo di garan-

tire la tutela di altri diritti contemplati dalla Costituzione. Non è invero possibile determinare in astratto una casistica di bilanciamento degli stessi, ma occorre valutare le circostanze di ogni singolo caso⁴². La posizione del figlio non sempre mantiene quel ruolo preminente ed esclusivo⁴³ che proprio la legge sullo stato unico ha voluto riservargli⁴⁴ e nelle situazioni di emergenza è opportuno evitare soluzioni astratte ed assolute ed individuare quella migliore per contemperare in concreto le contrapposte esigenze⁴⁵ ed, eventualmente, effettuare un bilanciamento tra diritti fondamentali, non predeterminabile in astratto⁴⁶.

La normativa creata ad hoc per fronteggiare l'emergenza comporta limitazioni alle libertà fondamentali ed il suo carattere emergenziale complica ulteriormente l'operazione di bilanciamento; nella stessa situazione il diritto – dovere dei genitori e dei figli minori di incontrarsi andava sacrificato per le ragioni sanitarie che impongono limitazioni alla circolazione delle persone ed il diritto di visita andava esercitato secondo le modalità a distanza.

Indipendentemente dalla circostanza che il figlio al momento del blocco totale si trovasse presso il genitore collocatario o "prevalente" o presso l'altro, il buon senso avrebbe dovuto far propendere – nell'ottica della protezione del superiore interesse del minore – per la tutela della sua salute e dunque per la permanenza dello stesso presso il genitore con cui si trovava al momento del blocco totale.

³⁸ Così il Tribunale di Torre Annunziata del 6 aprile 2020.

Federico M.T., *Covid-19: il diritto di visita al nord, al sud e il "buon senso genitoriale"*, in *Famiglia*, 21 aprile 2020, individua il criterio del "buon senso genitoriale", sulla base del quale sarebbero i genitori a dover adottare tutte le prescrizioni e cautele sanitarie in relazione al superiore interesse del minore.

³⁹ Cfr. art. 12 della Convenzione di New York. La stessa Convenzione di New York pone la regola secondo cui "in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche e private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve avere una considerazione preminente" (art. 3, L. 27 maggio 1991, n. 176, che ha ratificato ed eseguito la Convenzione sui diritti del fanciullo).

⁴⁰ Cfr. Ferrando, *Il nuovo diritto di famiglia, Filiazione e adozione*, III, Bologna, 2007, 10.

⁴¹ Ferrando, *op. cit.*, 11.

⁴² Cfr. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013 e Pino, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion pratica*, 2014.

⁴³ Amagliani, *L'unicità dello stato giuridico di figlio*, cit., 570.

⁴⁴ In tal senso Amagliani, *L'unicità dello stato giuridico di figlio*, cit., 574.

⁴⁵ V. Civinini, Scarselli, *Emergenza sanitaria. Dubbi di costituzionalità di un giudice e di un avvocato*, in *questionedigiustizia.it*.

⁴⁶ Chiariscono Civinini, Scarselli, *op. cit.*, che l'idea secondo cui "il diritto alla salute è il primo, assoluto, diritto della persona, e che ogni altro diritto, comprese la libertà personale e l'economia, devono semplicemente cedere il passo, senza alcun contemperamento tra un diritto e l'altro... [...] è probabilmente condivisibile di fronte alla pandemia che stiamo ancora vivendo [ma] una idea del genere non emerge dalla Costituzione, e non è mai stata sostenuta da alcun costituzionalista ad oggi".