

Conferenza Aosta (8.5.2017) e Cesena (9.5.2017).

L'affido condiviso alternato

per la centralità dei minori

Avv. Gerardo Spira *



Prima di parlare di centralità dei minori in caso di affidamento alternato, dobbiamo porci la domanda: è stata attuata in Italia la legge n.54/2006 cosiddetta legge sul condiviso? I figli minori sono stati sempre posti al centro della problematica delle coppie separate?

Ancora oggi, dopo la convulsa discussione sul problema delle famiglie separate e nonostante qualche voce isolata ponga con forza la necessità di applicare la legge, nella maggioranza dei casi i figli vengono collocati presso la madre e soltanto in caso di incapacità riconosciuta a questa (disturbi mentali, uso di sostanze e abbandono o per serie difficoltà personali) vengono collocati presso il padre.

La prassi, per la Giurisprudenza italiana, è la collocazione dei minori presso la madre e soltanto in via eccezionale e residuale i figli vengono collocati presso il padre.

E' diffusa nella convinzione dei giudici l'idea che i figli devono convivere prevalentemente con la madre, e qualsiasi prova contraria ben documentata e sostenuta con relazioni e pareri di eccellenze scientifiche si infrange sul muro del diritto. **Insomma la legge 54/2006 secondo la teoria dell'umore del cordone ombelicale non va applicata.**

Ognuno di noi ormai, direttamente o indirettamente è stato toccato dal problema e ognuno sulla scorta della cultura giuridica o delle nozioni di diritto, si è inevitabilmente scontrato con due istituzioni deputate per legge a risolvere “il caso”: **la giustizia e i servizi sociali**.

Mentre la legge italiana, pur con evidenti difficoltà politiche, si è adeguata alle trasformazioni sociali e all'evoluzione della scienza che insiste nel ritenere la funzione del padre di primaria e fondamentale importanza per una crescita equilibrata del figlio sin dalla nascita (legge 54/2006, legge 219/2012, d.lgs. 154/2013), nelle aule dei tribunali riscontriamo difformità tra legge e prassi, le cui conseguenze ritroviamo nei provvedimenti rifiutati anche da un comune uomo della strada.

Non solo la Giustizia ha mancato di rispettare la legge, ma soprattutto lo Stato con le sue istituzioni, trascurando l'importante ruolo di vigilanza e di controllo nelle fasi di applicazione della stessa.

Clamorosa è stata l'emanazione della direttiva del ministero dell'Istruzione n.5336 del 2.9.2015, diramata a tutte le scuole italiane con la quale, dopo il solito preambolo di riconosciuto sostegno giuridico, il ministro, dopo oltre dieci anni dall'approvazione della legge 54/2006, ha dichiarato che **“nei fatti, la legge non ha mai trovato una totale e concreta applicazione”**.

Intanto in questi dieci anni nella società e nelle famiglie è accaduto di tutto: dalla discussione sulla delega ad accompagnare il bambino a scuola a quello della riconsegna nelle fasi alterne dell'affidamento, con le conseguenze interpretative ed applicative da parte delle dirigenze scolastiche, rifiuti e omissioni che hanno inciso sulla vita dei figli e su quella dei genitori non collocatari. Insomma una guerra inutile e stupida che ha aggravato le situazioni conflittuali e provocato tensioni e piazzate davanti alle scuole, finite inevitabilmente davanti alle forze dell'ordine e quindi in sede penale.

Ciò per assenza di coordinamento giudiziario nella fase esecutiva dei provvedimenti o di una direttiva chiarificatrice. Eppure la legge obbliga il Giudice a vigilare durante la fase esecutiva dei procedimenti e sui provvedimenti. I provvedimenti infatti vanno inviati al P.M il quale deve interessare il Giudice tutelare.

Purtroppo, nel nostro Paese chi decide non controlla e quando viene denunciata questa mancanza, il funzionario chiamato si appella alla competenza di altri, come buona scusante per lo scarico barile.

Invece non è così. Nel Nostro Ordinamento Giuridico vale il principio della responsabilità funzionale che lega ciascuno di noi alle decisioni assunte.

Il ministro della Istruzione si è ricordato dopo dieci anni dall'approvazione della legge 54 di emanare una circolare esplicativa. I dirigenti scolastici, preoccupati della corretta applicazione della legge si rivolgono al Ministero per una risposta puntuale sul caso interposto. E intanto il genitore ha dovuto attendere davanti ai cancelli della scuola i lenti tempi della burocrazia, prima di vedere chiarito e riconosciuto il suo diritto.

I Servizi Sociali

Non solo lo Stato risulta completamente assente nella delicata materia, ma anche e soprattutto tutte le istituzioni pubbliche degli Enti territoriali, ASL e Servizi Sociali le quali hanno affidati competenza e attribuzioni, senza alcuna disciplina regolamentare, a figure professionali che vengono pagate dalle Regioni e dai Comuni, che relazionano e rispondono soggiogate alla volontà del Giudice, rifiutando l'accesso e la consegna alle parti e ai legali.

La responsabilità del controllo va attribuita agli Enti territoriali i quali hanno mancato e ancora mancano di disciplinare le attività dei servizi secondo la legge 241/90.

Infatti diventa un problema per il cittadino l'accesso agli atti e soltanto in qualche comune è stato adottato il regolamento sul procedimento amministrativo. Adempimenti questi

obbligatori e fondamentali per dichiarare legittimi atti e procedura del caso.

Intanto pareri e relazioni dei servizi, senza alcun controllo formale costituiscono la base del provvedimento giurisdizionale.

Il giudice ha il dovere di verificarne la legittimità prima di assumerli e richiamarli nel suo provvedimento.

Il criterio discrezionale diventa fonte di diritto nella pratica attività giurisdizionale, la cui confutazione apre altro contenzioso che aggrava l'intero procedimento, allunga i tempi e i termini della questione e corrode la fiducia nello Stato.



L'Associazione genitori separati da più tempo si sta battendo su questi aspetti, per lo snellimento dei procedimenti e per l'affermazione della legge a tutti i livelli, insistendo presso Gli Enti Territoriali perché la materia dell'assistenza ai minori venga disciplinata ed imposto ai Servizi di attivare il procedimento amministrativo su ogni caso, fissando **un protocollo** del percorso, con tempi, modalità ed obiettivi predeterminati.

Mai il legislatore dal 1948 ha stabilito che nell'affidamento del minore, in caso di separazione, debba essere preferito uno solo dei genitori.

Dal 1948 la Giurisprudenza italiana ha preferito un solo genitore nonostante il diritto costituzione all'art. 30 della costituzione avesse affermato il principio della bigenitorialità.

Come è nato il falso istituto della preferenza di un genitore!

L'affidamento esclusivo, ha segnato nell'ordinamento italiano già prima e fino al 2006, anno di riferimento della legge 54, il regime ordinario di affidamento dei figli.

Questo regime ha avvantaggiato un solo genitore, nel 90% dei casi la madre, discriminando il padre ritenuto nella maggioranza della giurisprudenza il soggetto di supporto.

I figli secondo questa giurisprudenza appartengono alla madre a cui restano legati dal cordone ombelicale. Più che di diritto, nelle aule dei tribunali le questioni sono state affrontate e decise sulla scorta delle sensazioni e degli umori, fino a diventare prassi applicativa.

La prassi in Italia ha formato giurisprudenza, trascinando la legge sul falso condiviso.

Discussioni e disturbi sociali hanno portato alla approvazione della legge 54/2006, detta anche legge sul condiviso, la quale ha stabilito invece la regola ordinaria ed obbligatoria dell'affidamento condiviso riducendo a qualche parvenza la differenza di condizione tra padre e madre, per la finalità assoluta di garantire l'effettività del diritto dei figli alla bigenitorialità e tutelare il principio affermato nella costituzione e nella legge di mantenere il rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori.

La riforma nasce sulla spinta sentita dalla società di tutelare l'interesse morale e materiale dei figli.

Si afferma così il principio dell'affidamento condiviso come regola per garantire la potestà di entrambi i genitori di agire nel superiore interesse dei figli per la loro cura, istruzione, educazione e salute, così come per l'amministrazione straordinaria.

Scaturiscono di conseguenza le stesse considerazioni per il mantenimento, l'assegno, il godimento della casa e così via senza intaccare i principi a sostegno dell'istituto del patrimonio come disciplinato nel c.c.

In buona sostanza il legislatore, pur nella difficoltosa criticità della riforma, ha posto la linea di demarcazione tra la legge e le fantasiose interpretazioni che di fatto ne hanno svilito il valore e la portata.

A mio avviso la legge 54/ 2006 è il compendio di norme cogenti che andavano e vanno applicate, senza interpretazioni isolate rispetto a tutto il contesto.

La normativa della legge è chiara e resta tale nel saldo principio sacramentato con l'art. 30 della Costituzione che afferma la condizione della bigenitorialità dei genitori nella cura e nell'istruzione dei figli.

Il principio della bigenitorialità non si può dividere ora in favore dell'uno, ora dell'altro genitore.

L'unità della persona del minore con le sue espressioni umane deriva da un atto completo in cui l'uomo e la donna sono nella identica condizione di diritto e umana

I diritti appartengono all'unità della persona che li esercita, fino alla maggiore età, nella stessa condizione giuridica degli attori (i genitori) che ne hanno la responsabilità secondo la legge.

Qualsiasi incisione o infrazione è violazione del principio della vita di diritti della persona e la decisione contraria comporta lo squilibrio della famiglia, comunque intesa.

Bastava una scheda unica o un protocollo di applicazione della legge per soffocare i bollori dei conflitti provocati, arginare le invasioni di campo di quella giustizia pronta a disapplicarla, a spegnere i focolai accesi da una parte dell'avvocatura guerrafondaia, ma soprattutto a tenere lontano dalle questioni servizi e organizzazioni sorte a supporto di interessi di categoria e di

parte.

Una società civile preordinata allo sviluppo civile adotta strumenti ed organizzazioni capaci ed idonei a garantire la vita comunitaria in modo equilibrato e pacifico, riducendo al minimo sprechi di risorse e disturbi sociali.

Una separazione conflittuale è e resta una tragedia familiare, per le conseguenze che incidono nella vita di un figlio, forse per sempre.

Quando parliamo di figli parliamo del centro della vita di relazioni, di rapporti sociali e di futuro; parliamo del diritto all'educazione, all'istruzione e alla salute.

Intorno ai figli ruotano e si combinano relazioni e ruoli familiari e sociali. Questi aspetti costituiscono il substrato da cui nasce il merito delle decisioni e delle tutele.

Da qui sorge e si sviluppa tutto il trambusto di situazioni affidate a interpretazioni di professionisti ed operatori, mal dirette e guidate verso la soluzione più naturale e logica: **la serenità e il superiore interesse del minore.**

Il nostro ordinamento giuridico in tutti i suoi aspetti si è sviluppato intorno a principi e valori che tendono verso la pace sociale, il giusto ed equilibrato riconoscimento dei diritti, la messa al bando dei soprusi e delle violenze.

