

FONDAZIONE FORENSE DI PERUGIA

Formazione Professionale



LE CONSULENZE TECNICHE NEL DIRITTO DI FAMIGLIA

6 MAGGIO 2011 - Ore 15.00

*Avv. Giulia Facchini
del Foro di Torino*

Dott.ssa Elena Sormano

Psicologa, psicoterapeuta e consulente del Giudice in Torino

INDICE

- **1. Le trasformazioni della famiglia sotto il profilo psico sociale**
- **2. Il rapporto tra avvocato e cliente con brevi cenni alla deontologia dell'avvocato familiarisra**
- **3. L'istruzione probatoria nella cause di separazione e divorzio: le domande procedibili d'ufficio e quelle procedibili a domanda di parte**
- **5. La CTU psicologica scopi e metodologia**
- **4. La Ctu e il nuovo testo dell'articolo 195 cpc e il problema delle decadenze**

. LE TRASFORMAZIONI DELLA FAMIGLIA SOTTO IL PROFILO PSICO SOCIALE

LE TRASFORMAZIONI DELLA FAMIGLIA

L'elemento che maggiormente colpisce è il **passaggio**, avvenuto nell'arco degli ultimi decenni, **da un'organizzazione sociale verticale**, in cui era riconosciuta l'autorità e l'autorevolezza dei Padri simbolici (Dio, lo Stato, il re, il presidente ...) e della loro parola **ad un'organizzazione orizzontale**, un funzionamento collettivo che sembra volersi emancipare da ogni riferimento ad una posizione di autorità, in cui ogni asimmetria e ogni gerarchia appaiono incongrue.

Tale modificazione non è senza conseguenze sulla strutturazione psichica del soggetto, la quale implica necessariamente, per avvenire in modo sano, che venga riconosciuta la necessità e l'accettazione di un limite, l'interiorizzazione del fatto che "non tutto si può".

LE TRASFORMAZIONI DELLA FAMIGLIA

- Oggi assistiamo ad un doppio fenomeno:
 - - da un lato si va nella direzione, se non di eliminare, almeno di mascherare questa necessità: basta pensare al discorso della scienza, che sposta sempre più in là ogni limite, fino ad illuderci di eliminarlo, o al liberismo sfrenato che, mettendoci a disposizione sempre nuovi oggetti, ci illude che si possa avere tutto;
 - - dall'altro, non essendoci più un Padre ritenuto imporla, essendoci emancipati da ogni riferimento ad una posizione di autorità, è caduta la possibilità, per il sociale, di rendere visibile e di supportare la necessità della perdita, del limite.
- Il soggetto sembra rifiutarsi di essere “soggetto a” ed aspira piuttosto ad essere “soggetto di”, soggetto dei propri diritti e fonte della propria autoaffermazione, senza riconoscere alcun limite.

Come incide tutto questo sulla famiglia?

I principali elementi di trasformazione

- **Il primo**, e forse il più evidente, è costituito dal fatto che il matrimonio si è trasformato da “patto sociale” in “impresa personale”, al cui centro si pone oggi il legame sentimentale affettivo di coppia: da una parte si assiste a un forte investimento in tale rapporto e nella richiesta di intese e condivisioni potenzialmente coinvolgenti tutti gli aspetti della vita, dall’altro si è affievolito l’aspetto sociale e istituzionale del vincolo: la coppia si fa “norma a se stessa” e diventa autoreferente, la famiglia istituzionale diventa una famiglia “intimizzata”. La sua fragilità è così il frutto sia di troppo elevate aspettative, più facilmente soggette a delusioni, sia dello sbilanciamento della relazione sul versante affettivo/espressivo a scapito di quello etico/normativo e di impegno del patto.

Come incide tutto questo sulla famiglia? I principali elementi di trasformazione

Forse proprio questo sbilanciamento può aiutarci a capire la fortissima conflittualità che sempre più spesso accompagna le separazioni: se infatti già durante la convivenza l'aspetto simbolico del patto non costituiva un elemento dominante, perché pensare che un patto, sia pure diverso, possa funzionare una volta finita la convivenza, nel tentativo di salvaguardare il benessere dei figli?

I principali elementi di trasformazione della famiglia

- Un secondo elemento è costituito dal fatto che anche nei confronti dei figli si è verificata un'analogia trasformazione: anch'essi non sono più il frutto – come avveniva fino a una trentina di anni fa – di un imperativo sociale che affidava alla famiglia il compito di perpetuare la specie e di fornire nuovi membri alla comunità attraverso la riproduzione e l'educazione, tesa a fare dei nuovi nati degli esseri adeguati alla società, ma sono frutto di un desiderio privato, del legame sentimentale affettivo di coppia: oggi i figli si fanno per sé, perché li si vuole e quando si vuole.

I principali elementi di trasformazione della famiglia

- E' una trasformazione che si presenta come una medaglia a due facce: da un lato, infatti, assistiamo ad una drastica diminuzione delle nascite, dall'altro al ricorso sempre più frequente a varie tecniche di riproduzione assistita e all'adozione, ad una ricerca a volte quasi ossessiva di un figlio "a tutti i costi", sostenuta dall'idea sempre più diffusa del "diritto ad un figlio": si è cioè passati, nell'arco di una trentina di anni, da una situazione di impotenza e di destino subito a una situazione di controllo e di sfida al destino.

I principali elementi di trasformazione della famiglia

Quali effetti produce tutto questo? Non sono di poco conto le conseguenze che un così forte investimento affettivo avrà sui genitori, sulle loro aspettative (dal “figlio che desidero” al “figlio così come lo desidero” il passo è breve), sulle delusioni che queste potranno eventualmente subire. E conseguenze altrettanto pesanti ciò avrà sui figli, messi nella condizione di dover rispondere a tali aspettative e a un’impegnativa immagine di sé (“sono quello che i miei genitori hanno voluto?”), sospesi al senso della propria contingenza e della propria precarietà (“avrei anche potuto non essere voluto”) e a un continuo bisogno di conferma di quel desiderio da cui sono nati.

I principali elementi di trasformazione della famiglia

Sembra infine che proprio la concezione del figlio come “diritto” provochi le vere e proprie guerre, senza esclusione di colpi, alle quali assistiamo spesso in situazioni di separazione per accaparrarsene l’affido.

Terzo elemento di trasformazione della famiglia

- Riguarda il modo non solo di vivere ma anche di concettualizzare la famiglia cui oggi assistiamo.
- Essa non è più vista come una struttura della parentela incentrata sull'autorità di genitori o il luogo di passaggio dalla natura alla cultura attraverso interdetti e funzioni simboliche, ma come il luogo di un potere decentrato e dai molti volti, un potere orizzontale equamente distribuito fra tutti i membri, senza distinzione di ruoli: la famiglia si configura come un **nucleo fraterno, senza gerarchia né autorità e soprattutto senza disimmetrie**, in cui i genitori sembrano abdicare alla propria responsabilità educativa, inevitabilmente foriera di conflitti, a favore di un clima di amicizia e in nome dei “diritti” dei bambini.

Terzo elemento di trasformazione della famiglia

Bambini che, da un lato, sembrano non essere più considerati dei piccoli che bisogna socializzare, umanizzare, educare, perché possano divenire soggetti, **ma fin da subito soggetti a tutti gli effetti, allo stesso titolo degli altri membri della famiglia e della società;**

dall'altro e paradossalmente, i bambini vengono **sovrainvestiti** (in quanto ardentemente desiderati) e **iperprotetti**, nel tentativo di metterli al riparo da ogni fatica, frustrazione e costrizione ritenute dannose al loro "libero" sviluppo, **rendendo difficilissima l'accettazione della realtà che incontrano fuori dalla famiglia.**

I principali elementi di trasformazione della famiglia

Infatti è sempre più frequente incontrare genitori che, nella guerra che li oppone in merito all'affido, fanno ricorso al “diritto” del figlio di esprimere il proprio parere, di “scegliere” un genitore piuttosto che l'altro, inconsapevoli della sua impossibilità di farlo e dell'angoscia in cui tale richiesta lo getta.

La funzione genitoriale e la verifica delle capacità genitoriali

La funzione genitoriale può essere sinteticamente definita come l'insieme delle funzioni rivolte a coloro di cui ci si prende cura.

In un contesto caratterizzato da forme familiari molto differenziate, la ricerca scientifica ha ormai ampiamente documentato come ciò che incide sullo sviluppo dell'individuo non è tanto la struttura della famiglia di appartenenza quanto le dinamiche e i processi che in essa si realizzano.

La funzione genitoriale e la verifica delle capacità genitoriali

Il problema, cioè, non è tanto se le famiglie diverse da quella nucleare tradizionale siano in grado di assolvere le funzioni genitoriali, ma come lo facciano, in che modo siano in grado di gestire la dinamica triangolare che sempre caratterizza la genitorialità senza poter contare sugli automatismi che derivano dal fatto che la coppia genitoriale sia anche la coppia coniugale convivente. Gli esiti dello sviluppo dei figli sono infatti connessi al modo in cui i genitori assolvono le loro specifiche funzioni, che si possono sintetizzare come segue

Le capacità genitoriali: garantire cura e protezione

Ciò significa saper creare un legame affettivo con il figlio tale da dargli spazio, calore e fiducia e da consentirgli, grazie alla certezza di avere nei genitori una “base sicura”, di stabilire buoni rapporti - non improntati alla sfiducia e al bisogno di colmare a tutti i costi un vuoto affettivo - con l’ambiente circostante nelle varie fasi di crescita e nelle diverse esperienze di vita.

Le capacità genitoriali: garantire cura e protezione

Nell'ultimo decennio alla prospettiva diadica (che studia l'interazione tra il bambino e ciascuno dei due genitori) si sta sostituendo una prospettiva triadica fondata sull'idea di co-genitorialità, prospettiva che ha aperto la via a **numerosi studi sulla qualità della coordinazione degli scambi che i genitori mettono in atto, reciprocamente, nella relazione con il bambino**: ciò che viene fortemente sottolineato da tali ricerche è la ricaduta sul figlio di una maggior o minor capacità da parte dei genitori **di costruire un'interazione con lui e, contemporaneamente, con l'altro genitore.**

Le capacità genitoriali: garantire cura e protezione

E' quindi importante che venga valutata:

1. La disponibilità-capacità di messa in discussione di se stessi, sia nella propria individualità che nell'azione di coppia genitoriale, che porti a evitare rigide prese di posizione, predominante ricerca di propri soddisfacimenti personali a discapito di quelli del figlio, ma favorisca la comprensione e il dialogo tra i genitori e tra il bambino e ciascuno dei due genitori;
2. la disponibilità-capacità di valorizzare l'altro genitore agli occhi del figlio, non soltanto in un contesto familiare sereno ma anche in uno conflittuale o in stato di separazione coniugale, laddove le incertezze e le ansie del bambino sono inevitabilmente maggiori;

Le capacità genitoriali: **garantire** **cura e protezione**

3. la capacità di gestire, almeno per la parte che concerne la propria funzione genitoriale, le **reattività e le aggressività nei confronti del coniuge**, distinguendo sé dal figlio e anteponendolo, evitando di strumentalizzarlo per agire i propri rancori, riconoscendo la sua individualità e l'indissolubilità del suo legame con entrambe le figure parentali.

Le capacità genitoriali: **far acquisire il senso del limite**

Questo implica l'assunzione, da parte dei genitori, di una funzione normativa **che esuli da valenze amicali e dal ritenere che i genitori siano gli amici dei figli** all'interno di una dinamica di rapporto - modo di vedere assolutamente distorto, incongruo e fuorviante perché fuori dal dato di realtà - **e richiede la capacità di porre e far rispettare delle regole, che consente al bambino di elaborare il fatto che il suo desiderio non costituisce una norma assoluta cui tutti gli altri devono sottomettersi, ma incontra necessariamente un limite nel momento in cui entra in relazione con altri desideri**, nella fattispecie quelli dei genitori, in un gioco di rimandi e in una relazione dialettica che lo costringe a prendere in conto l'alterità e a confrontarsi con la complessità del reale.

Le capacità genitoriali: **far** **acquisire il senso del limite**

Detto in altri termini: la famiglia è il luogo all'interno del quale, in un ambiente affettivamente ricco e gratificante, che si prende cura di lui con amore, il bambino può imparare, senza troppa fatica, ad accettare il fatto che non tutto si può, **che siamo inevitabilmente messi a confronto con qualcosa che norma e pone un limite al nostro desiderio, che non siamo onnipotenti e quindi inevitabilmente dobbiamo fare i conti con la rinuncia, la mancanza, i limiti.**

Le capacità genitoriali: **far acquisire il senso del limite**

Ma anche – e questo è l'altro lato della medaglia, altrettanto importante – può interiorizzare il fatto che le norme consentono di godere delle opportunità che, proprio grazie al fatto che sussistano delle regole e che queste siano ottemperate, la vita di relazione con gli altri può offrire, acquisendo la consapevolezza che proprio in virtù delle regole possono essere raggiunte soddisfazioni non altrimenti perseguibili **e che quindi la rinuncia può essere strumento di soddisfazioni piene e durature.**

Le capacità genitoriali: far acquisire il senso del limite

Proprio grazie a queste due facce strettamente connesse, la funzione normativa esercitata dai genitori è strutturante per il soggetto, ossia dà forma alla struttura psichica soggettiva e getta le basi per un'integrazione non troppo difficile del bambino in un contesto sociale più ampio (rispetto a ciò che succede se i genitori abdicano a tale funzione, si rimanda alla relazione sui "bamboccioni" di Facchini-Berruti e a quella sul Nome del Padre di Sormano).

Le capacità genitoriali: negoziare conflitti e divergenze

Sostenere la capacità di elaborare i conflitti, in un ambiente familiare affettivamente ricco che li assume e li media come elementi inevitabili in ambito educativo, in una dinamica dialogica in grado di affrontare le divergenze senza farsene travolgere, significa mettere le divergenze al servizio di una crescita sana e vitale, della strutturazione della personalità e della maturazione psicologica, permettendo di elaborare adeguatamente l'aggressività, di interrogarsi sulle proprie (e altrui) pulsioni, di sperimentare tentativi di mediazione che consentano di mettere alla prova e di valutare adeguatamente le proprie (e altrui) reazioni.

Le capacità genitoriali: negoziare conflitti e divergenze

Tale capacità impedisce che le emozioni, private del veicolo della parola, ricorrano a gesti mirati semplicemente a scaricare un'aggressività che non si è in grado di controllare o che addirittura non si percepisce come tale. Ed evita di rimanere nella condizione di lattanti psichici, esclusivamente orientati alla soddisfazione immediata, non iniziati a quell'alternarsi di dare e ricevere che è la condizione per diventare esseri morali, capaci di far fronte a quel tanto di privazione, di incertezza e di frustrazione che è propria della condizione umana, e ai problemi cui la vita pone di fronte.

La capacità genitoriale: **favorire il senso di appartenenza che sostiene l'autonomia**

Trasmettere l'appartenenza e consentire l'accesso alle proprie origini vuol dire riconoscere e legittimare i figli come figli di quei genitori; ma è anche di più: **è farli sentire parte di una storia che si radica nelle generazioni, garantendo quel senso di continuità e di stabilità che consente loro di assumere, in determinati momenti e di fronte a determinate situazioni, una posizione propria ed autonoma non inficiata dal timore di essere respinto o abbandonato da coloro che costituiscono le sue radici, proprio perché il legame con tali radici è sentito come forte e sicuro.**

Le capacità genitoriali: favorire il senso di appartenenza che sostiene l'autonomia

E' la realizzazione stessa dell'identità del figlio ad essere legata alla possibilità di accedere e di trarre alimento dal patrimonio valoriale delle due famiglie materna e paterna.

Le capacità genitoriali: sostenere lo svincolo dalla famiglia

E' una funzione che appare particolarmente importante in un contesto sociale che vede incrementarsi il fenomeno della cosiddetta "adolescenza prolungata", caratterizzata dalla difficoltà di assumere le responsabilità proprie della vita adulta (sia in ambito lavorativo sia in ambito affettivo-relazionale) e di strutturare e realizzare un progetto di vita nella consapevolezza di "doversela/potersela cavare" da soli, pur potendo contare sull'affetto e sull'appoggio morale dei genitori che tuttavia non si configura né come un "parare le spalle" di fronte alle difficoltà né come l'opposizione, da parte dei genitori stessi, alla necessità di un distacco dai figli sentito come eccessivamente doloroso e quindi foriero, per questi ultimi, di sensi di colpa (che possono costituire un comodo alibi per non rendersi mai indipendenti).

Le capacità genitoriali: **nuovi compiti**

Ed è evidente che, se quelli sopra indicati sono i requisiti che potremmo definire “di base” della funzione genitoriale, le trasformazioni della famiglia pongono oggi i genitori di fronte anche a nuovi compiti:

1) far fronte alle **possibili discriminazioni** di cui ancora, a volte, le famiglie “diverse da quella tradizionale sono bersaglio e che possono incidere sullo sviluppo sereno dei figli;

Le capacità genitoriali: **nuovi compiti**

2) assolvere al ruolo genitoriale attraverso la negoziazione quotidiana, **senza poter contare su schemi o modelli di riferimento sociali prestabiliti.**

E' sufficiente – per capire tale difficoltà – pensare a come le rappresentazioni dell'identità di genere, dei rapporti fra i sessi, della maternità e della paternità si siano profondamente trasformate: relazioni tra i coniugi e fra genitori e figli improntate alla parità, affermazione dell'autodeterminazione delle donne e rivendicazione degli uomini a esercitare un ruolo paterno con forti valenze affettive che rischia di inficiare la funzione normativa;

Le capacità genitoriali: **nuovi** **compiti**

3) **far fronte ai partner dei genitori biologici**, che occupano posti attraverso cui vengono sperimentati gli affetti e le cure familiari, per i quali tuttavia non si è ancora trovato un linguaggio quotidiano, giuridico e scientifico che possa identificarli (genitore sociale);

Le capacità genitoriali: nuovi compiti

4) far fronte alla difficoltà di **conciliare il ruolo di genitore con la costruzione di una nuova relazione di coppia** che richiede un gran numero di energie per essere impostata e sostenuta e produce forti aspettative di “riaggiustamento” di ciò che la separazione ha frantumato.

2. IL RAPPORTO TRA AVVOCATO E CLIENTE CON BREVI CENNI ALLA DEONTOLOGIA DELL'AVVOCATO FAMILIARISTA

L'AVVOCATO DAL PUNTO DI VISTA DEL CLIENTE

“*Vado dall’avvocato!!*” è l’atto che segna la presa di coscienza della crisi matrimoniale e la decisione di ufficializzarla, ovvero l’aprirsi del conflitto dal chiuso delle mura domestiche all’extrafamiliare, al sociale.

L'AVVOCATO DAL PUNTO DI VISTA DEL CLIENTE

Anche se in tale atto è spesso contenuta un'implicita richiesta d'aiuto, il rivolgersi ad un avvocato segna inevitabilmente la trasposizione di quella che è *“una durissima vicenda degli affetti”* nell'universo simbolico dell'ordine giudiziario (I. Bernardini, 1993)

L'AVVOCATO DAL PUNTO DI VISTA DEL CLIENTE

Ai primi contatti con il legale i coniugi sembrano voler trascinare l'avvocato nell'ottica dell'innocente e del colpevole, della vittoria e **della sconfitta, vorrebbero** sentirsi dire dal legale **“ci penso io”**, delegandogli la difesa delle proprie ragioni e la tutela dei propri diritti, assumendo insomma una posizione regressiva che permette, allo stesso tempo, di proiettare sull'altro anche l'onere dell'elaborazione del proprio vissuto (A. Schiatti Tesi Relatore G. Gulotta 2003)

L'AVVOCATO E IL CLIENTE

Il *primo colloquio* con il cliente è “il più delicato ed importante”. E' infatti durante il primo incontro che l'avvocato cerca di orientarsi nei confronti del conflitto coniugale, valutando le reali motivazioni che hanno indotto il cliente a presentarsi nel suo studio e quanto egli sia effettivamente intenzionato a separarsi; inoltre, è da questo primo approccio che viene in larga misura determinata l'interazione futura fra il cliente e l'avvocato, ovvero che vengono costruite le basi di quella reciproca fiducia che consente l'instaurarsi di un soddisfacente rapporto professionale (tesi Schiatti op loc cit).

LA BUSSOLA DEL FAMILIARISTA

**QUALI LE REGOLE PROFESSIONALI CHE
SUPPORTANO IL NOSTRO RAPPORTO
CON L'ASSITITO?**

**OVVIAMENTE PRIMA DI TUTTO LA
DEONTOLOGIA**

LA BUSSOLA DEL FAMILIARISTA: LA DEONTOLOGIA

Remo Danovi: in *“La deontologia e i processi della famiglia”* in *La previdenza Forense*: afferma che è stato ripetutamente rilevato che il diritto di famiglia non è adeguatamente compreso nella codificazione deontologica in quanto: *“tratta temi difficili come l’essere delle persone (i coniugi i familiari, i minori) e non l’avere cioè i contenuti economici dei rapporti tra le parti”*

LA BUSSOLA DEL FAMILIARISTA: LA DEONTOLOGIA

Norme di riferimento: Articolo 7 del codice deontologico “Dovere di fedeltà”

Ma temperato da: articoli 155 c.c per la separazione, 317 bis c.c. per la separazione delle coppie di fatto e 6 della legge 898/70 come modificata dalla legge 74/87 per il divorzio, ovvero dalla necessità di tutelare l'interesse del minore. De Benedetti sotto citata

DEONTOLOGIA DEL FAMILIARISTA IN CONCRETO

“Nelle cause in materia di persone e di famiglia si opera su una rete di rapporti tale per cui la pretesa della parte tutelata può incidere sulle pretese o sulle aspettative di altri soggetti non rappresentati in giudizio, ma destinatari delle decisioni giurisdizionali (minori, incapaci legali)”;

DEONTOLOGIA DEL FAMILIARISTA IN CONCRETO

***“Inoltre nelle cause in materia di famiglia non si può prescindere dalla considerazione degli effetti pratici della decisione, cioè dell'impatto della sentenza su una realtà che ne verrà modificata”
Avv. P. De Benedetti citata)***

DEONTOLOGIA DEL FAMILIARISTA IN CONCRETO

Anche secondo Danovi ..”il comportamento degli avvocati deve essere valutato con particolare riferimento alla specificità della funzione e deve ritenersi che esso debba sempre essere ispirato ad un alto grado di sensibilità e dalla volontà e necessità di ricondurre i contrasti all’equilibrio e non all’esasperazione”

DEONTOLOGIA DEL FAMILIARISTA IN CONCRETO

“Il compito dell’avvocato è di non coltivare gli elementi di conflitto, di non mirare a stravincere, perché la frustrazione del coniuge o del genitore perdente non è risarcibile, ma neppure risarcitoria” (De Benedetti citata)

Occorre anche porre molta attenzione alla realizzabilità concreta delle istanze e dei progetti del proprio assistito.

NON BUONISMO BECERO

Ma però attenzione al buonismo becero ... quello che in nome della “mistica della consensuale” copre il fuoco ma non lo spegne e fa sì che si riattizzi più tardi con danni peggiori del primo incendio perché nel frattempo ha lavorato nella mente e nel cuore delle persone scavando caverne spesso poi incolmabili.

3. L'ISTRUZIONE PROBATORIA NELLE CAUSE DI SEPARAZIONE E DIVORZIO: LE DOMANDE PROCEDIBILI D'UFFICIO E QUELLE PROCEDIBILI A DOMANDA DI PARTE

THEMA PROBANDUM

IN SEDE DI SEPARAZIONE E DIVORZIO

- **L'INTOLLERABILITA' DELLA PROSECUZIONE DELLA CONVIVENZA** diritto **disponibile** procedibile ad istanza di parte
- **L'ADDEBITO DELLA SEPARAZIONE** diritto **indisponibile** ma procedibile ad istanza di parte
- **I PROVVEDIMENTI RELATIVI AI FIGLI -AFFIDAMENTO E REGIME DI VISTE-** **non disponibile** e procedibile d'ufficio
- **I PROVVEDIMENTI ECONOMICI A FAVORE DEI FIGLI** **non disponibile** e procedibile d'ufficio
- **I PROVVEDIMENTI ECONOMICI A FAVORE DEL CONIUGE** **disponibile** e procedibile ad istanza di parte ma con prove acquisite d'ufficio
- **L'ASSEGNAZIONE DELLA CASA CONIUGALE** **disponibile** e procedibile ad istanza di parte

Un esempio della **disponibilità del diritto** all'assegno di mantenimento del coniuge

Corte Appello Napoli 24.01.1997

“L'assegno di mantenimento del coniuge separato, a differenza di quello per i figli può essere oggetto di rinuncia e può essere versato a terzi su indicazione dell'avente diritto”

ASSEGNO PER IL CONIUGE E' DIRITTO DISPONIBILE CHE SI OTTIENE A DOMANDA DI PARTE MA CON ALCUNE PROVE ACQUISITE PER LEGGE (MODELLI FISCALI) O D'UFFICIO (PER ORDINE DEL GIUDICE)

Ciò nonostante rientra nella discrezionalità del giudice, laddove la documentazione in suo possesso sia incompleta ed a fronte dell'esercizio del potere di specifica contestazione da parte di uno dei coniugi in ordine alla condizione economica della controparte, disporre indagini a mezzo della polizia tributaria sui redditi e patrimoni dei coniugi al fine di effettuare i dovuti approfondimenti dei redditi della parte tenuta a corrispondere l'assegno di divorzio” Nota a Cass. 11828/2009

Un esempio delle **indisponibilità** dei provvedimenti relativi all'affidamento ed al mantenimento della prole

Cass. 23510/2010: *“In tema di divorzio, i provvedimenti inerenti all'affidamento ed al mantenimento della prole sono sottratti all'iniziativa e alla disponibilità delle parti essendo volti a soddisfare esigenze e finalità pubblicistiche. Essi pertanto vanno pronunciati d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio di merito, anche per la prima volta dal giudice d'appello se quello di primo grado abbia per qualsiasi ragione omesso di emetterli”*

ATTENZIONE ALLA STRATEGIA DIFENSIVA

A FRONTE DEL FATTO CHE IL GIUDICE DELLA SEPARAZIONE HA POTERI IN PARTE INQUISITORI **OCCORRE TENERE UNA LINEA DIFENSIVA COERENTE E VEROSIMILE** PER EVITARE CHE IL GIUDICE ANCHE A FRONTE DELLA MANCATA ATTIVAZIONE DELLA CONTROPARTE DISPONGA ACCERTAMENTI O ACQUISIZIONE DOCUMENTI D'UFFICIO.

Es. acquisto barca con pensione sociale della madre, ricorso che illustra problemi psichici di un genitore, marito che lamenta una mancanza di reddito già sapendo che l'anno successivo la sua dichiarazione dei redditi salirà nuovamente etc. ...

4. LA CTU PSICOLOGICA SCOPI E METODOLOGIA

LA CTU PSICOLOGICA SCOPI E METODOLOGIE

- Scopo della CTU psicologica nelle cause di separazione, divorzio e cessazione della convivenza (317 bis) è la **valutazione della capacità genitoriale- che è indipendente, seppure collegata, da altre funzioni personali quali coniugalità, specifiche psicopatologie, adattamenti/ disadattamenti lavorativi etc – e della relazione genitori bambini .**
- **A tale fine al CTU dovrà verificare:**

1 LA FAMIGLIA

- A) **L'anamnesi familiare dei due genitori** evidenziando in particolare i legami eventualmente irrisolti con le rispettive famiglie di origine e le eventuali disfunzioni personali a queste connesse.
- B) **Le caratteristiche di personalità dei genitori** (ad esempio la capacità di aderire alla realtà, di tollerare le frustrazioni, di controllare gli impulsi)
- C) **Il legame di coppia e le sue caratteristiche** (esempio coppia simbiotica, coppia anaffettiva etc)
- D) **L'ambiente sociale e il contesto familiare allargato**

2 LA RELAZIONE GENITORI FIGLIO

- A) **Area della protezione**
- B) **Area dell'accudimento**
- C) **Area della relazione** es tipo di attaccamento proposto al bambino, capacità di rispetto e non invasività, capacità di ascolto partecipe)
- D) **Area educativa** (Es capacità di trasmettere il senso della regola, livello degli stimoli proposti, capacità di accrescere l'autostima e di controllare il senso di onnipotenza)
- E) **Capacità di dare significato alle vicende del bambino e di relazionarsi con lui in modo adeguato all'età.**

INDICATORI PROGONOSTICI PER IL RECUPERO DELLA CAPACITA GENITORIALE

- **Riduzione dei meccanismi di difesa**
- **Capacità di comprensione del danno arrecato al figlio con i propri comportamenti**
- **Capacità di assumere le proprie responsabilità ed attivare comportamenti riparativi.**

MODALITA OPERATIVE

- Il CTU al momento del giuramento deve fare copia dei verbali di causa e delle eventuali relazioni sociali e psicologiche redatte dai servizi, deve anche ritirare i fascicoli di parte in modo da prendere visione degli atti e dei relativi documenti prodotti (se non lo fa è opportuno fargliene una copia).
- La lettura degli atti da parte del CTU è particolarmente importante per ancorare la diagnosi ai dati di realtà che siano stati degli avvocati allegati agli atti. Particolarmente importanti i dati provenienti da terzi (pagelle e giudizi **certificati medici etc**)

MODALITA OPERATIVE

- Il CTU nominato concorda con i consulenti di parte la metodologia di lavoro:
- enuncia quanti incontri immagina di fare con i genitori (singolarmente o in coppia), con i membri della famiglia allargata compresi nuovi partner, con i bambini (singolarmente e/o con i genitori),
- indica gli eventuali test psicodiagnostici a cui pensa di ricorrere per gli adulti e per i bambini
- e concorda il calendario del lavoro.

MODALITA OPERATIVE

- Agli incontri con gli adulti è consigliabile la presenza di entrambe i CTP mentre tale presenza è del tutto inopportuna agli incontri del CTU con i minori. Tali incontri sarebbe auspicabile fossero audio o video registrati o svolti in locali dotati di specchi unidirezionali. In ogni caso al termine degli incontri cui i CTP non hanno partecipato il CTU illustra quanto emerso.
- Ultimati i colloqui il CTU illustra ai CTP le conclusioni cui è giunto e ascolta le opinioni e i suggerimenti dei CTP.

MODALITA OPERATIVE

- E' opportuno che il CTU effettui con o senza i CTP un colloquio di restituzione di quanto emerso dai lavori ai genitori.
- Poi il CTU stila la prima bozza di relazione che trasmette "*alle parti costituite*", come vedremo oltre, e i CTP e le parti mandano, nei termini previsti, le loro osservazioni di cui il CTU dovrebbe tenere conto nella relazione conclusiva

CTU E PROPOSTE TRANSATTIVE

- Accade a volte che il CTU con l'accordo dei CTP si faccia portatore di istanze di conciliazione tra le parti.
- **In questi casi occorre che i CTP lavorino in stretto contatto con i difensori per evitare che la “conciliazione forzata” rischi poi di avere delle ripercussioni sulle altre questioni giuridiche di cui si discute in causa.**

5. LA CTU E IL NUOVO TESTO DELL'ARTICOLO 195 CPC E IL PROBLEMA DELLE DECADENZE

LA CTU PSICOLOGICA NEI PROCESSI DI SEPARAZIONE E DIVORZIO

L'utilizzo della prova scientifica impone di verificare il **rapporto** tra l'**accertamento giuridico** e l'**accertamento scientifico** introdotto nel processo tramite la CTU.

In effetti, il **principio del libero convincimento del giudice** tende ad restringersi (se non addirittura ad eliminarsi quasi totalmente) correlativamente alla tendenza della prova scientifica a trasformarsi, sia pure implicitamente, in una sorta di "**prova legale**" ed è quindi del tutto legittimo chiedersi se, in tali casi, abbia ancora un senso attribuire al Giudice la veste di c.d. "***peritus peritorum***".

CTU e scelta dei CTP

Se la prova scientifica diventa la prova principe di un procedimento -e in famiglia succede spesso- allora la scelta del CTU e, da parte di noi avvocati la scelta dei consulenti di parte diviene fondamentale.

E' poi fondamentale che tra CTP e avvocato ci sia una buona intesa di fondo in modo che i rispettivi ruoli possano essere sinergici pur ciascuno nel suo ambito.

Occorre una preventiva organizzazione del lavoro in modo da non correre dietro alle scadenze e un contatto costante.

LA CTU SECONDO IL NUOVO ARTICOLO 195 CPC E IL CONTRADDITTORIO TECNICO



Art. 195 c.p.c. Testo modificato ... *Se le indagini sono compiute senza l'intervento del giudice, il consulente deve farne relazione, nella quale inserisce anche le osservazioni e le istanze delle parti.*

- 1) La relazione deve essere trasmessa dal consulente **alle parti costituite** nel termine stabilito dal giudice con ordinanza resa all'udienza di cui all'articolo 193 .*
- 2) Con la medesima ordinanza il giudice fissa il termine entro il quale **le parti** devono trasmettere al consulente **le proprie osservazioni sulla relazione** e il termine, anteriore alla successiva udienza, entro il quale il consulente deve depositare in cancelleria la relazione, le osservazioni delle parti e una sintetica valutazione sulle stesse.*

NUOVO 195 CPC

La nuova stesura appare molto più rispettosa dei principi del giusto processo di cui all'articolo 111 della Costituzione ed in particolar modo del principio del contraddittorio, anche tecnico, tra le parti del giudizio ed i loro ausiliari, pertanto, la valutazione è assolutamente positiva.

Si osserva però che, se la norma ha uno scopo chiaro e lodevole, che non può che essere condiviso, **assai carente appare la sua formulazione sotto il profilo attuativo.**

NUOVO 195 C.P.C.

Questa norma sancisce un principio importante ovvero che il contraddittorio tecnico tra CTU e CTP **passa comunque attraverso i difensori**, in quanto per parti costituite non si può che intendere i difensori delle parti costituite.

La prima cosa che si deve osservare è che il contumace - ovvero la parte che non si è costituita in giudizio a mezzo di un difensore munito di procura, ai sensi dell'articolo 82 c.p.c. - può essere sentito nel corso della CTU, ma non partecipa al contraddittorio tecnico.

Inoltre questa norma fa sì che non si possa più “gestire”, come nella prassi almeno del Tribunale di Torino, un rapporto diretto tra CTU e CTP che si scambiano la relazione e le osservazioni tra di loro **ma il CTU dovrà, entro il termine dato dal giudice, trasmettere la prima relazione alle parti costituite, ovvero agli avvocati.**

Collaborazione avvocati ctp

Per una buona collaborazione occorre che i linguaggi tecnici di ciascuna professione vengano compresi dall'altra (necessità di formazione interdisciplinare).

Banalmente l'avvocato dovrà preventivamente illustrare al CTU l'obiettivo del giudizio e la strategia processuale perseguita con i passaggi tecnico processuali e il CTP dovrà chiarire bene all'avvocato le risultanze psicologiche emerse ed insieme dovranno suggerire al cliente una linea difensiva tecnica e processuale che sia **sostenibile, coerente e non ondivaga ma chiara, sintonizzandosi con l'assistito e con i suoi desideri/possibilità.**

N.B. Spesso il cliente fa il gioco delle tre carte tra i due professionisti.

MODALITA' DI TRASMISSIONE DELLA RELAZIONE DEL CTU ALLE PARTI COSTITUITE

L'articolo nel nuovo testo si limita a prevedere che *“la relazione deve essere trasmessa alle parti costituite”*, mentre solo nell'ultima parte del secondo comma del novellato articolo 195 c.p.c. si prevede che il CTU depositi la relazione della sua consulenza in cancelleria.

Si pone quindi il problema della modalità di trasmissione della relazione del CTU alle parti costituite, **escludendone per questa prima parte il deposito in cancelleria.**

MODALITA' DI TRASMISSIONE DELLA RELAZIONE DEL CTU ALLE PARTI COSTITUITE

Da un punto di vista pratico la consegna della prima stesura dell'elaborato peritale può avvenire in molti modi:

- **Manuale** (con richiesta all'addetto ricevente l'atto presso lo studio del legale costituito di una doppia firma per ricevuta su una copia dell'elaborato che rimane nelle mani del CTU trasmittente, e sulla copia consegnata con la stessa forma delle notifiche a mani).
- **Per posta a mezzo raccomandata a/r** con applicazione delle regole per le notifiche a mezzo posta.
- **Via fax** con applicazione delle norme di cui agli articoli 133 e 134 c.p.c. come novellati dalle Legge 80/2005.
- **Via mail** con posta elettronica certificata, pare la migliore via da un punto di vista di coerenza in vista dell'entrata in vigore del processo telematico e quindi in vista della formazione del fascicolo informatico della causa.

Questioni spinose

Vi è da chiarire, per le CTU psicologiche e psichiatriche, come regolarsi con gli allegati (test, disegni registrazioni audio video degli incontri con i minori etc.) dal momento che la norma non ne fa espressa menzione.

E' pacifico che gli allegati Test e disegni sono il materiale diagnostico sul quale il CTU formula le sue conclusioni e che dunque sono a tutti gli effetti materiale probatorio cui le parti costituite debbono avere accesso.

Alcuni psicologi Torinesi hanno però sottolineato la delicatezza di tale materiale, prodotto dalla parte esaminata e dal CTU in un clima di fiducia professionale, facendo presente che la dovuta prudenza e la necessaria protezione delle parti processuali e dei minori implicati nella vicenda **sconsiglierebbero la divulgazione di tale materiale.**

Questioni spinose

Osservazioni alla prima stesura della CTU.

Gli psicologi con i quali è stato elaborato il documento hanno sottolineato che trattandosi di un contraddittorio tecnico il CTU dovrà rispondere alle osservazioni tecniche prodotte dai CTP e non già ad eventuali osservazioni dei legali delle parti sprovvisti delle necessarie competenze tecniche per partecipare al contraddittorio peritale. Però l'avvocato potrebbe sottolineare pecche sul piano fattuale (es. madre sentita quattro volte padre una sola)

“NON VIOLA IL DIRITTO DI DIFESA IL MANCATO DEPOSITO DEI TEST PSICOLOGICI DEL CTU”

CASS. 7281/2010

“La violazione da parte del consulente tecnico delle linee guida che impongono di conservare note, scritti, registrazioni che riguardano il soggetto periziato e di metterle a disposizione delle parti e del magistrato può esporre il consulente a sanzione disciplinare ma non è idonea a inficiare la validità e correttezza dei dati dei risultati raggiunti dalla consulenza sotto il profilo della violazione del contraddittorio e del diritto di difesa.:

Contraddittorio e diritto di difesa tecnica non sono inficiati quando

segue **CASS. 7281/2010**: ... *Il contraddittorio e il diritto di difesa sono osservati quando il consulente abbia assolto all'obbligo di dare comunicazione ai procuratori delle parti e ai loro consulenti dell'inizio delle relative operazioni e alle parti non venga preclusa la facoltà di discutere le risultanze della CTU anche tramite propri tecnici di fiducia censurando le argomentazioni e le risultanze che il consulente abbia eventualmente fatto proprio e trasfuse nella sua relazione"*

Contraddittorio e diritto di difesa tecnica sono inficiati e CTU nulla quando

Cass. 4401/2011:

“è stato violato il principio del contraddittorio perché la CTU è stata effettuata senza la partecipazione di una delle parti. Pertanto tale consulenza non può avere valore neppure di indizio nei successivi gradi di giudizio, o in diverso analogo giudizio non potendo il giudice decidere nei confronti del chiamato sulla base di una perizia cui questi non abbia partecipato”

Questioni spinose

**PUO' IL CTU, AL DI LA' DI QUANTO
EVENTUALMENTE DISPOSTO DAL
GIUDICE SU RICHESTA DELLE PARTI,
ACQUISIRE ELEMENTI PROBATORI
OLTRE A QUELLI PRODOTTI DALLE PARTI
E CHE VALENZA AVRANNO TALI
DOCUMENTI NEL PROCESSO?**

SCADENZA TERMINE PER PRODURRE DOCUMENTI E CTU

Cass. 02.11.10 n. 24549:

“Il fatto che il CTU nell'esercizio della sua attività valutativa, possa acquisire aliunde elementi necessari per la risposta ai quesiti non significa che egli possa sopperire a carenze probatorie imputabili alla parte, eludendo termini di decadenza propri della fase istruttoria”.

Cass. 02.11.10 n. 24549 segue

“Una cosa è, infatti, esprimere un giudizio tecnico su una realtà comunque processualmente definita, eventualmente avvalendosi di elementi di riscontro anche esterni al processo; altro è attingere direttamente dati di fatto rientranti nella disponibilità delle parti e suscettibili di alterare lo stesso perimetro del thema probandum, quando la relativa documentazione non possa ormai essere immessa nel processo, mediante rituale produzione, per decorrenza del termine preclusivo di cui all'art. 184 cod. proc. civ.”.

Cass. 02.11.10 n. 24549 segue

“Ora pur richiamando in astratto, la pertinenza dell'art. 198 cod. proc. civ., ed in particolare della disposizione di cui al comma 2, che consente all'ausiliario del giudice, con il consenso delle parti, di esaminare anche documenti e registri non prodotti in causa. La norma va però raccordata con il regime di preclusioni" introdotto con la Novella 26 novembre 1990 n. 353; e cioè, con la decadenza connessa al termine perentorio per la produzione documentale di cui all'art. 184 cod. di rito, nel testo vigente ratione temporis (cui va correlata, per identità di ratio, l'interpretazione restrittiva del divieto di nuovi documenti in grado d'appello, ex art. 345 c.p.c., comma 3”: **Cass., sez. unite, 20 aprile 2005, n. 8203).**

E dunque

Si deve quindi escludere, l'ammissibilità della **produzione tardiva, anche in sede di CTU (IN PARTICOLARE CONTABILE VISTO CHE LA DOMANDA DI ASSEGNO NON E' PROCEDIBILE D'UFFICIO)** di prove documentali concernenti fatti e situazioni poste direttamente a **fondamento della domanda e delle eccezioni di merito;** restando invece applicabile la norma permissiva di cui all'art. 198 cod. proc. civ. alla sola documentazione di elementi meramente accessori, utili a consentire al consulente tecnico d'ufficio una risposta più esauriente ed approfondita al quesito postogli dal giudice.