



Sommario

Prime esperienze pratiche con la procedura di tutela giurisdizionale dei casi manifesti	3
Emanuela Epiney-Colombo, Giudice al Tribunale d'appello	
Lo Psicoterapeuta in Tribunale	7
Matteo Pedrotti Avv. Dr., MLE, Pretore di Lugano, Sezione 6	
Accordi fiscali bilaterali e diritto UE	16
Prof. Fabrizio Vismara Professore associato Università dell'Insubria (CO - Italia)	
Varia	19
Impressum	20

Prime esperienze pratiche con la procedura di tutela giurisdizionale dei casi manifesti

Emanuela Epiney-Colombo©
Giudice al Tribunale di Appello

La procedura sommaria di tutela dei casi manifesti è una novità introdotta dal Codice di diritto processuale civile svizzero (CPC), anche se era già conosciuta in alcuni Cantoni (*Befehlverfahren*). Nel Cantone Ticino, per esempio, le azioni riguardanti “casi di fattispecie immediatamente accertabili”, in particolare di rendiconto (art. 400 CO), seguivano il procedimento esecutivo (art. 488a CPC-TI). Il legislatore federale ha voluto mettere a disposizione una procedura completa e rapida la cui decisione (se la pretesa è ammessa) costituisce regiodicata¹ ed è esecutiva². Negli intenti del legislatore si tratta di uno strumento per proteggere i creditori, che dovrebbe essere semplice e rapido, in alternativa alle procedure ordinarie e semplificate. L'attore può scegliere³ se avviare una procedura completa (ordinaria o semplificata) o se chiedere la tutela giurisdizionale dei casi manifesti, in procedura sommaria (art. 257 CPC). La tutela giurisdizionale dei casi manifesti è esclusa nei casi di divorzio e nelle cause in cui le conclusioni delle parti non vincolano il giudice (art. 257 cpv. 2 CPC).

Per usufruire della procedura sommaria, l'istante deve adempiere due condizioni. In primo luogo deve fondare le proprie pretese su fatti accertabili facilmente (art. 257 cpv. 1 lett. a CPC), vale a dire sulla base di documenti allegati all'istanza introduttiva dell'azione. Di principio sono escluse come prove le perizie, le audizioni testimoniali e gli interrogatori delle parti. Il Tribunale federale ha per il momento lasciato indeciso il quesito a sapere se nella procedura di tutela giurisdizionale dei casi manifesti sono ammissibili le deposizioni testimoniali e gli interrogatori delle parti, anche se disponibili rapidamente⁴. L'istante deve portare una prova immediata e completa dei fatti su cui poggia le proprie pretese fin dall'inizio, già nella procedura di prima sede. In sede di appello, infatti, non sono possibili nuovi fatti o nuovi mezzi, neppure alle condizioni poste dall'art. 317 CPC⁵. Ne deriva che i giudici d'appello devono pronunciarsi sulla base degli stessi fatti e documenti esaminati dal Pretore.

In secondo luogo la situazione giuridica deve essere chiara (art. 257 cpv. 1 lett. b CPC), vale a dire che la norma legale invocata si applica in modo evidente e univoco nel caso concreto per costante dottrina e giurisprudenza. In altre parole, sulla base dei fatti provati dall'istante è possibile giuridicamente solo una soluzione. Sono quindi escluse dal campo di applicazione della tutela giurisdizionale dei casi manifesti le vertenze in cui l'applicazione della norma di legge richiede una decisione fondata sull'apprezzamento delle circostanze, sull'esistenza di gravi motivi o sull'equità⁶. In breve, tutte quelle dove vi è un rinvio all'art. 4 CC e/o dove il giudice decide secondo il suo prudente criterio (per

1 DTF 138 III 620 consid. 5.5.1 pag. 622, 728 consid. 3.2 pag. 734.

2 Messaggio concernente il Codice di diritto processuale svizzero del 28 giugno 2006, FF 2006 pag. 6723

3 DTF 138 III 728 consid. 3.3 pag. 734.

4 DTF 138 III 123 consid. 2.1.1 e 2.6 pag. 125.

5 Sentenza del Tribunale federale 4A_420/2012 del 7 novembre 2012 consid. 5 pubblicato in SJ 2013 I 129.

6 DTF 138 III 123 consid. 2.1.2; sentenza della terza Camera civile del Tribunale di appello (III CCA) del 16 agosto 2012 inc. n. 10.2011.15.

esempio art. 163 cpv. 3 CO⁷) o con libero apprezzamento (per esempio art. 601 cpv. 2 CO).

La tutela giurisdizionale dei casi manifesti non si presta quindi, di regola, a gran parte delle vertenze in materia di diritto della personalità, di associazione (in particolare per la revoca e l'esclusione di soci), di responsabilità civile (risarcimento del danno, torto morale, ecc.), di diritti reali⁸, di diritto del lavoro e di diritto societario. Non è un caso se l'unico esempio citato nel Messaggio sul CPC riguarda l'espulsione di conduttori e affittuari in seguito a una disdetta straordinaria per mora (art. 257d CO) o per fallimento (art. 266h CO) del conduttore o dell'affittuario. La validità di una disdetta straordinaria del contratto di locazione fondata sull'art. 257d CO richiede che il conduttore sia effettivamente stato in mora nel pagamento della pigione o delle spese accessorie quando ha ricevuto la comminatoria di pagamento e che non abbia pagato lo scoperto nel termine fissato⁹. La protrazione del contratto di locazione¹⁰ in questi casi è esclusa e il giudice non ha pertanto alcun apprezzamento da fare (art. 272 cpv. 2 CO). La prova dei fatti che fondano la disdetta straordinaria per mora (messa in mora, assegnazione di un termine, disdetta) avviene di principio mediante documenti, sia per l'esistenza del debito di pigione, sia per i pagamenti¹¹. L'audizione di testimoni e gli interrogatori delle parti non sono di regola utili per chiarire con precisione e con certezza una situazione di fatto confusa.

La controparte deve essere sentita, oralmente o per iscritto (art. 253 CPC) e può contestare i fatti addotti dall'istante o sollevare eccezioni.

La procedura sommaria non prevede la possibilità di un secondo scambio di scritti, che dovrebbe essere eccezionale in prima istanza e praticamente escluso in sede di appello¹². Allegazioni prive di fondamento non sono sufficienti per ostacolare una procedura rapida, e sono necessarie obiezioni verosimiglianti. Nel caso in cui il giudice accoglie la domanda, la decisione ha piena autorità di giudicato nel merito e impedirà ogni ulteriore processo tra le parti sul medesimo oggetto. Nel caso invece in cui il giudice non entri nel merito dell'istanza, la dichiarerà irricevibile e non entrerà nel merito, ciò che permetterà all'istante di riproporre la domanda in una procedura ordinaria o semplificata.

La decisione emanata dal giudice nella procedura sommaria di tutela giurisdizionale dei casi manifesti non è un provvedimento cautelare¹³ e di conseguenza l'appello ha per legge effetto sospensivo (art. 315 cpv. 1 CPC). Rimane riservata la possibilità di chiedere l'esecuzione anticipata della decisione impugnata (art. 315 cpv. 2 CPC). Si tratta in questo caso di una procedura incidentale in appello dove l'autorità di seconda istanza deve far prova di riserbo, pur disponendo di un ampio potere di apprezzamento, e deve procedere a una ponderazione degli interessi delle parti in presenza¹⁴, ciò che potrà fare solo se le parti li adducono, li spiegano e li rendono verosimili.

Il Tribunale federale ha delineato poco a poco i contorni precisi dell'applicazione della tutela giurisdizionale dei casi manifesti. Nel caso in cui il conduttore abbia contestato la disdetta straordinaria per mora, in particolare, la procedura sommaria è data solo se non vi è alcun dub-

7 Sentenza della Seconda Camera civile del Tribunale d'appello (II CCA) del 26 febbraio 2013 inc. 12.2013.35: inammissibilità in caso di riduzione di una pena convenzionale eccessiva.

8 Per un'azione possessoria vedi la sentenza della Prima Camera civile (I CCA) del Tribunale d'appello del 23 aprile 2013 inc. 11.2011.121.

9 Sentenza del Tribunale federale 4A_299/2011 del 7 giugno 2011 consid. 5.

10 Messaggio, op. cit., pag. 6724 in fine.

11 Sentenza del Tribunale federale 4A_592/2012 del 9 settembre 2013 consid. 5.

12 DTF 138 III 252.

13 ZPO-Rechtsmittel, Hoffmann-Nowotny, N. 47 ad Art. 315.

14 DTF 138 III 378, 137 III 475 consid. 4.1.

bio sulla completezza dell'esposizione dei fatti delle parti. La causa di contestazione della disdetta è soggetta alla procedura semplificata, nella quale è applicabile la massima dei dibattimenti, ma il giudice deve accertare i fatti d'ufficio in base al principio inquisitorio sociale¹⁵. La procedura sommaria di tutela giurisdizionale dei casi manifesti non deve quindi servire per eludere la protezione accordata al conduttore dalla massima inquisitoria sociale vigente nel diritto di locazione¹⁶. La procedura sommaria si giustifica solo se non vi sono dubbi sulla completezza dell'esposizione dei fatti e la disdetta straordinaria è chiaramente giustificata¹⁷. Ciò non vuol dire che il conduttore possa disinteressarsi della procedura e aspettare che sia il Pretore a compiere accertamenti a tutto campo, rispettivamente rimproverarglielo quando accoglie la domanda. La massima inquisitoria sociale, infatti, non esonera le parti dal loro obbligo di collaborare all'accertamento dei fatti rilevanti¹⁸ e non obbliga il giudice a istruire d'ufficio la causa se una parte rinuncia a spiegare la sua posizione¹⁹.

L'espulsione (o lo sgombero) da un immobile di un conduttore può avvenire in procedura sommaria solo se sono date le condizioni per la tutela giurisdizionale dei casi manifesti dell'art. 257 CPC, il Tribunale federale avendo chiarito che non vi sono altre possibilità con la procedura sommaria²⁰. Nell'ambito del diritto di locazione la procedura di tutela giurisdizionale dei casi manifesti può di conseguenza trovare applicazione in diverse costellazioni, per ottenere l'e-

spulsione: dell'ex conduttore che non ha contestato la disdetta ordinaria del contratto²¹ e non ne ha chiesto una proroga nei termini previsti dalla legge, dell'ex conduttore che ha ricevuto una valida disdetta straordinaria del contratto di locazione per mora (art. 257d CO), dell'ex conduttore fallito che ha ricevuto una valida disdetta del contratto di locazione in applicazione dell'art. 266h cpv. 2 CO e dell'occupante che non può prevalersi di un contratto di locazione²².

Il Pretore chiamato a pronunciarsi su una domanda di espulsione fondata sull'art. 257 CPC può decidere sulla validità della disdetta del contratto di locazione ed esaminare se le contestazioni dell'ex conduttore siano verosimili o se siano prive di fondamento. Argomenti della parte convenuta sprovvisti di fondamento non rimettono in discussione un caso chiaro²³. Per opporsi con successo a una procedura di tutela giurisdizionale dei casi manifesti il convenuto deve rendere verosimile che per decidere è necessaria un'istruttoria complessa (edizioni, perizie, testimoni, ecc.)²⁴. Le obiezioni del conduttore per contestare una disdetta straordinaria per mora devono riferirsi alle condizioni di validità della stessa. Contestazioni su asseriti difetti della cosa locata che giustificerebbero una riduzione della pigione non possono essere ammesse se non vi è stata una formale procedura di deposito della pigione al competente Ufficio di conciliazione²⁵. L'asserita compensazione del debito per la pigione con proprie pretese deve essere fatta valere dal conduttore a chiare lettere prima che scada il termine di paga-

15 Sentenza del Tribunale federale 4A_7/2012 del 3 aprile 2012.

16 Sentenza del Tribunale federale 4A_585/2011 del 7 novembre 2011 consid. 3.2-3.3.2, in SJ 2012 I pag. 121.

17 Sentenza del Tribunale federale 4A_265/2013 dell'8 luglio 2013, consid. 6.

18 DTF 125 III 231 consid. 4a.

19 Sentenza del Tribunale federale 4A_484/2011 del 2 novembre 2011 consid. 2.2.

20 DTF 139 III 38.

21 Sentenza della II CCA del 27 settembre 2011 inc. n. 12.2011.175.

22 Sentenza del Tribunale federale 5A_645/2011 del 17 novembre 2011.

23 Si veda la nota precedente.

24 Si veda la nota precedente.

25 Sentenze della II CCA 12.2011.74 del 9 giugno 2011 in RtiDI-2012 34c pag. 955, del 12 marzo 2013 inc. n. 12.2013.30.

mento e se fatta valere più tardi non può mettere in discussione la validità della disdetta straordinaria per mora²⁶.

Oltre all'espulsione dell'ex conduttore in mora, la tutela giurisdizionale dei casi manifesti può essere utile anche in altre situazioni, a condizione beninteso che siano adempiuti i due presupposti previsti dall'art. 257 CPC. In seconda istanza le contestazioni sulla tutela giurisdizionale dei casi manifesti sono state finora contenute alla Prima Camera civile (5 appelli nel 2011 e 1 appello nel 2012) e alla Camera civile dei reclami (un reclamo sia nel 2011 sia nel 2012), mentre sono frequenti e in aumento alla Seconda Camera civile (15 appelli nel 2011, 26 appelli nel 2012 e 29 appelli nei primi tre trimestri del 2013).

La maggior parte delle contestazioni riguarda la condizione dei fatti chiari. La procedura di tutela dei casi manifesti non è stata ritenuta applicabile in una vertenza in cui il proprietario dello stabile chiedeva l'espulsione di un occupante che si prevaleva di un contratto di locazione concessogli da un terzo asserito titolare di un diritto di usufrutto personale (non iscritto a Registro fondiario)²⁷, la cui esistenza richiedeva un approfondimento delle circostanze di fatto. Una vertenza societaria confusa e/o complessa non può del pari essere risolta con la procedura sommaria e richiede un esame dei fatti approfondito²⁸, in particolare in presenza di "architetture" societarie a più livelli (scatole "cinesi" o meglio caraibiche). L'esistenza e l'entità di una provvigione chiesta in base a un contratto di mediazione contestato²⁹ richiedono una procedura completa (ordinaria o semplificata, a seconda dell'importo), così come il pagamento del saldo di una fattura sulla base di un contrat-

to d'appalto in presenza di contestazioni sui difetti dell'opera³⁰.

È invece stato ritenuto chiaro il caso della restituzione di un capitale mutuato e dei relativi interessi dopo la disdetta del contratto, in presenza di documenti inconfutabili³¹.

In conclusione, quindi, la procedura sommaria di tutela giurisdizionale dei casi manifesti non è limitata alla sola disdetta straordinaria del contratto di locazione per mora (quella che era la procedura di sfratto nel CPC-TI) e può rivelarsi utile anche in altri casi contrattuali, per esempio quando vi è un chiaro riconoscimento di debito (art. 17 CO). Richiede tuttavia una precisione quasi matematica: in presenza dei fatti provati dall'istante, il giudice può arrivare a una sola e unica soluzione giuridica. Spetta all'avvocato analizzare il caso concreto, stabilire con oggettività se i fatti la soluzione giuridica sono chiari e nell'affermativa preparare la documentazione da produrre, sapendo che non c'è una rete di protezione e che in sede di appello e di reclamo non si possono cambiare le carte in tavola.

26 Sentenza della II CCA del 17 agosto 2011 inc. 12.2011.122.

27 Sentenza della II CCA dell'11 maggio 2012 inc. 12.2012.60.

28 Sentenza della II CCA del 23 gennaio 2013 inc. 12.2012.94.

29 Sentenza della II CCA del 17 dicembre 2012 inc. 12.2012.190.

30 Sentenza della II CCA del 28 dicembre 2012 inc. 12.2012.226.

31 Sentenza della II CCA del 21 dicembre 2012 inc. 12.2012.168.

Lo psicoterapeuta in Tribunale

Matteo Pedrotti

Avv. Dr., MLE, Pretore di Lugano, Sezione 6 *

1. Introduzione

Il diritto di famiglia è un terreno privilegiato per l'intervento degli esperti e, in particolar modo, per gli esperti del funzionamento della mente umana quali psichiatri, psicologi e psicoterapeuti. L'intervento di questi ultimi non è mai neutro né esente da rischi. Dopo aver ricordato chi sono gli esperti (2) presenteremo come questi vengono attivati nel procedimento civile (3), descrivendo in seguito alcuni interventi tipici di queste figure quali l'ascolto (4), la perizia (5) o la testimonianza. Termineremo con una breve carrellata su altri possibili incarichi e i possibili sviluppi che si preparano (6).

2. Chi è l'esperto?

Cerchiamo anzitutto di definire chi sono gli esperti della mente, che spesso vengono indicati in modo generico. Per i non addetti ai lavori è difficile comprendere le differenze che intercorrono tra le varie figure professionali attive in questo campo. Il genere prossimo che le accomuna è l'oggetto del loro interesse, la mente umana e il suo funzionamento. Tutti sono degli operatori sanitari (art. 54 LSan). La loro differenza specifica, semplificando, sta nel taglio del loro intervento. Più precisamente:

- lo psicologo esegue interventi diagnostici,

terapeutici e riabilitativi tramite l'uso di tecniche quali l'osservazione, l'intervista, la strumentalità testologica, l'azione sui processi di funzionamento mentale e le loro implicazioni a livello affettivo, intellettuale, attitudinale, comportamentale, relazionale e di gruppo. Lo psicologo attivo in ambito sanitario fornisce quindi interventi di consulenza e di aiuto non farmacologici¹;

- lo psicoterapeuta fornisce un intervento che va più in profondità rispetto alla consulenza psicologica, applicando un trattamento scientificamente fondato a (e su richiesta di) persone che necessitano di aiuto, relativamente ai loro problemi, ai loro conflitti e disturbi psichici, nell'ambito di una relazione metodicamente elaborata, al fine di risolvere o di diminuire questi problemi, conflitti e disturbi psichici². Secondo la definizione dell'Ordinanza del DFI sulle prestazioni dell'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie, la psicoterapia è una forma di terapia che (a) concerne malattie psichiche e somatiche, (b) persegue un obiettivo terapeutico definito, (c) si basa prevalentemente sulla comunicazione verbale ma non esclude una terapia medicamentosa, (d) poggia su una teoria dell'esperienza e del comportamento normali o patologici, nonché su una diagnosi orientata all'eziologia, (e) comprende la riflessione sistematica, la costruzione e il mantenimento della relazione terapeutica, (f) è caratterizzata dall'alleanza terapeutica e da sedute terapeutiche regolari pianificate in anticipo e (g) può essere praticata quale terapia individuale, di coppia, familiare o di gruppo³.

* Testo leggermente rimaneggiato di due conferenze tenute presso la Scuola di psicoterapia Mara Selvini Palazzoli. Ringrazio l'avv. Flavia Biaggi-Fabio per la rilettura e i preziosi suggerimenti.

1 Art. 2 Regolamento concernente l'esercizio della professione di psicologo attivo in ambito sanitario e di psicoterapeuta del 27 marzo 2013 (RS 6.1.4.6).

2 Art. 10 Regolamento concernente l'esercizio della professione di psicologo attivo in ambito sanitario e di psicoterapeuta del 27 marzo 2013 (RS 6.1.4.6).

3 Ordinanza del DFI del 29 settembre 1995 sulle prestazioni dell'assicurazione obbligatoria delle cure medico-sanitarie (Ordinanza sulle prestazioni, OPre), RS 831.112.31.

- lo psichiatra, è un laureato in medicina che cura i disturbi mentali avvalendosi anche di supporti farmacologici.

Una distinzione chiara tra le varie figure non è sempre possibile e, del resto, spesso uno stesso specialista garantisce un intervento su più piani. Nel trattamento corrente dei litigi famigliari in tribunale, queste distinzioni assumono una rilevanza unicamente per due aspetti, e meglio

- per quanto concerne la copertura dei costi, posto come allo stato attuale l'assicurazione malattia copre unicamente la psicoterapia "effettuata dal medico" e di regola per un limite di 40 sedute (art. 2 e 3 segg. OPre⁴);
- per quanto concerne i mandati peritali, dove la figura dello psichiatra viene ancora oggi abbastanza chiaramente favorita rispetto alle altre⁵.

3. Modalità di attivazione

L'esperto può intervenire nel procedimento giudiziario su chiamata delle parti, per segnalazione autonoma o per incarico giudiziario. In tutti i casi il suo intervento presenta dei tratti comuni.

3.1. Intervento su chiamata delle parti

Per rispondere ad una crisi che investe la parte più intima e sensibile di ognuno di noi, l'uomo cerca frequentemente il sostegno e il consiglio di un terzo⁶. Il più delle volte questa ricerca è dettata dal desiderio di conforto e approvazione⁷. Laddove sono coinvolti dei figli minorenni,

capita frequentemente che i genitori attivino dei sostegni per i figli quando, il più delle volte, sono loro stessi a necessitare di un aiuto. Il genitore che detiene l'autorità parentale può di principio decidere di inviare il figlio da uno psicologo. Laddove i genitori esercitano insieme l'autorità parentale, è necessario il consenso di entrambi. Si tenga al riguardo presente che

- durante il matrimonio i genitori esercitano insieme l'autorità parentale (art. 297 CC). Ciò vale dunque in quella che è spesso la fase più acuta di un litigio, e meglio in sede di tutela dell'unione coniugale. In caso di sospensione della comunione domestica il giudice può attribuire l'autorità parentale ad uno solo dei genitori, ma questo solo a condizioni molto restrittive;
- se i genitori non sono coniugati, l'autorità parentale viene esercitata dalla madre (art. 298 CC), salvo diversa decisione da parte dell'autorità di protezione dei minori (art. 298a CC);
- dopo il divorzio sussiste sempre una decisione giudiziaria che attribuisce l'autorità parentale. Un'autorità parentale congiunta, secondo il diritto in vigore, presuppone una richiesta comune delle parti (art. 133 cpv. 3 CC) mentre secondo il nuovo diritto già passato all'esame delle Camere federali, diventerà la regola nel prossimo futuro⁸;
- i codici deontologici dei vari ordini professionali possono contenere regole di comportamento sulla questione⁹.

4 Per una panoramica sui rimborsi delle prestazioni psicoterapeutiche garantite nel contesto della LaMal, con anche l'indicazione di cosa viene coperto dalle varie casse malati, http://www.psychologie.ch/fileadmin/user_upload/dokumente/Dienstleis-tungen/krankenkassen.pdf (ultimo accesso 28.10.2013).

5 TF 2C_121/2011. Cfr. anche Tom FRISCHKNECHT/Eliane SCHNEIDER/Stefan SCHMALBACH, Welcher Psy-Experte darf's denn sein? Jusletter 21.5.2012. Significativamente in TF 5A_138/2012 il ricorrente ha cercato di sostenere anche che l'ascolto del minore andava eseguito da un pedopsichiatra, non "solo" da uno psicologo ("nur Psychologe").

6 Il tema dell'importanza dell'"inviante" nel contesto di una terapia familiare è centrale per lo psicoterapeuta ed è stato affrontato anche da Mara Selvini Palazzoli. Cfr. *cit.*, Il problema dell'invitante, in: Ecologia della mente, 1985, pag. 84 segg. e rif. citati.

7 "Quasi sempre si chiede consiglio nella speranza che esso confermi le idee che già avevamo [...] Come scrive C.C. Colton (nel Lacone) *chiediamo consiglio ma intendiamo approvazione*. Questo è tanto più vero quando sono coinvolte intense emozioni, come succede in tutte le questioni riguardante i nostri figli", BETTELHEIM, Un genitore quasi perfetto, Feltrinelli, Milano 2007, pag. 37.

8 FF 2011, pag. 8025. Il termine per il referendum è scaduto il 10 ottobre 2013 il Consiglio federale fisserà a breve l'entrata in vigore, FF 2013, pag. 4039.

9 Ciò è per esempio il caso del Codice deontologico degli psicologi italiani che, all'art. 31, prevede che prestazioni professionali ai minorenni sono subordinate al consenso del detentore della podestà genitoriale. In assenza del consenso e dandosi la necessità dell'intervento, lo psicologo è tenuto ad informare l'autorità di protezione dei minori.

3.2. Obbligo di segnalazione

L'esperto ha un dovere spontaneo di segnalazione laddove, intervenendo quale operatore sanitario, constata un possibile reato (art. 68 LSan). La segnalazione deve essere diretta e chiara. Vanno dunque evitate segnalazioni a metà o, peggio ancora, triangolate sugli utenti.

L'obbligo di segnalazione può entrare in conflitto con un altro obbligo fondamentale del professionista, che è quello del segreto¹⁰. A questo riguardo merita d'essere segnalato che

- chi opera all'interno di un servizio cantonale o comunale, è tenuto ad osservare le norme del suo statuto di dipendente¹¹;
- la legge federale sulle professioni psicologiche (LPPSi), entrata in vigore il 1. aprile 2013, comporta l'estensione del segreto professionale ex art. 321 CP anche a chi esercita la psicoterapia nel settore privato (art. 27 lett. e) LPPSi)¹²;
- lo specialista tenuto al segreto professionale che constata un reato ai danni di un minore ha comunque il diritto, nell'interesse del minore, di avvisarne l'autorità di protezione (art. 364 CP);
- il professionista abilitato all'esercizio della professione sulla base di un'autorizzazione può esprimersi se svincolato dal segreto. Lo svincolo può venire dal *dominus* del segreto (il paziente) o dall'autorità di vigilanza che, in Ticino, è il medico cantonale¹³;
- il nuovo diritto tutorio, entrato in vigore il 1.1.2013, prevede un obbligo di segnalazione all'autorità di protezione sia per gli adul-

ti pericolosi per sé o per gli altri (art. 453 CC), sia per i minorenni che hanno subito un reato (art. 364 CP).

3.3. Incarico giudiziario

Il giudice può chiedere l'intervento dell'esperto qualora necessita di conoscenze specialistiche per formare il proprio convincimento. Può inoltre impartire altri mandati, chiedendo in particolare il supporto dello specialista per l'ascolto del minore, per l'accompagnamento delle misure di protezione, per organizzare una mediazione. Compete al giudice impartire un mandato chiaro e sorvegliarne l'esecuzione, ciò che presuppone un dialogo e un confronto tra saperi e linguaggi diversi.

3.4. Tratti comuni ad ogni intervento

L'intervento in causa dello specialista comporta dei tratti comuni, e meglio:

- la necessità di chiarire con quale ruolo lo specialista interviene;
- la necessità di stabilire le condizioni dell'intervento, chiarendo in particolare chi ne assume i costi;
- l'obbligo di partecipare all'assunzione di responsabilità. Ogni interveniente nel procedimento assume una responsabilità etica, in particolare nei confronti dei minori coinvolti.
- la necessità di lavorare in rete ma nel rispetto delle forme processuali, ciò che può generare per lo specialista un salto dentro un sistema che agisce secondo logiche specifi-

10 Per una panoramica si rinvia a Mario BRANDA, Il segreto professionale degli operatori sanitari e sociali nel Canton Ticino, RDAT 1998, II, 399 segg.

11 Per i dipendenti cantonali, si rinvia all'art. 29 LORD mentre per i comuni vale il regolamento dei dipendenti comunali, cfr. per es. l'art. 26 del Regolamento organico dei dipendenti del Comune di Lugano.

12 Sul sito dell'amministrazione federale è possibile scaricare tutti i documenti preparatori della LPPSi, di grande aiuto per l'interpretazione delle nuove norme, <http://www.bag.admin.ch/themen/berufe/00994/index.html?lang=it> (ultimo accesso 28.10.2013). Parallelamente il sito del Dipartimento sanità e socialità del Cantone Ticino si può reperire documentazione aggiornata al riguardo, <http://www4.ti.ch/dss/dsp/us/cosafacciamo/libero-esercizio-degli-operatori-sanitari/documentazione-autorizzazioni-cantonali-di-psicologo-psicoterapeuta-psicoterapeuta-informazione/> (ultimo accesso 28.10.2013).

13 Art. 20 LSan.

che e diverse da quelle che possono guidare l'intervento di queste figure professionali fuori dal procedimento¹⁴.

Compete in primo luogo allo specialista fisare e difendere il *setting* del suo intervento. Non di rado questo impone anche una preventiva spiegazione al giudice, tenendo ben presente che quest'ultimo pensa e lavora con un altro linguaggio, che non è quello dello psicoterapeuta¹⁵.

Sotto un profilo più strettamente pratico, è importante che nei rapporti con il tribunale lo specialista tenga presente che:

- il confronto in tribunale si svolge in una logica dialettica di scontro, per cui occorre essere particolarmente vigili alle strumentalizzazioni e manipolazioni delle parti e dei legali;
- di principio, ogni comunicazione al Tribunale viene messa a disposizione delle parti. Le comunicazioni con il tribunale debbono di principio essere scritte e permettere di identificare sempre con certezza il dossier. La questione assume grande rilevanza per quanto concerne la tutela della relazione di fiducia che sta alla base di ogni intervento psicoterapeutico¹⁶;
- l'ottica d'intervento del giudice è sostanzialmente diversa da quella dello psicoterapeuta. Il giudice è chiamato a decidere¹⁷ sulla base dei fatti che vengono provati e che quindi, per loro natura, sono già successi¹⁸. Il suo intervento è di regola puntuale e si estingue con la decisione. Per contro lo psicoterapeuta è (più) orientato al futuro e a una dinamica continuativa nel tempo¹⁹.

Lo psicoterapeuta, al pari di ogni terzo alla procedura, ha un obbligo di cooperare all'assunzione delle prove nel procedimento (art. 160 CPC), che si declina nel dovere di deporre come testimone, di presentare i documenti e di tollerare l'ispezione dei propri atti da parte di un consulente tecnico. Il codice di rito descrive le circostanze in cui si può rifiutare la collaborazione e le conseguenze laddove un terzo rifiuta indebitamente di cooperare. Telegraficamente:

- sussiste un diritto assoluto di rifiutarsi di prestare qualsivoglia collaborazione quando il terzo (a) è coniuge, ex coniuge, convivente, partner registrato di una parte, (b) ha figli in comune con una parte, (c) è in rapporto di parentela con una parte, (d) è tutore, curatore o assistente di una parte (art. 165 CPC);
- il diritto di rifiutarsi di prestare cooperazione è soltanto relativo (art. 166 CPC) se (a) l'accertamento potrebbe esporre l'interessato o una persona a lui vicina ad un procedimento penale o civile, (b) se cooperare significherebbe violare il segreto ex art. 321 CP. È comunque tenuto a cooperare il terzo che sottostà ad un obbligo di denuncia o è stato liberato dal segreto, salvo che renda verosimile che l'interesse al mantenimento del segreto prevale su quello all'accertamento della verità; (c) se deve riferire di fatti confidatigli nella sua qualità di ufficiale o di cui è venuto a conoscenza nell'esercizio della sua funzione o membri di un'autorità, salvo se è stato autorizzato a deporre; (d) quando deve riferire in merito a fatti di cui è venuto a conoscenza nell'ambito della sua

14 Stanley L. BRODSKY, Alicia A. CAPUTO, Maria L. DOMINO, The Mental Health Professional in Court, in Brent VAN DORSTEN, From Classroom to Courtroom, 2004, pag. 17 segg.

15 Il numero di maggio 2012 di Animazione sociale dedica uno speciale inserto dedicato all'importanza del raccontare (e quindi, di riflesso, del leggere e dello scrivere) nella relazione di aiuto, evidenziando problematiche che mutatis mutandis si pongono anche al terapeuta e al giudice cit., pag. 40 segg.

16 Si parla in genere di "aggancio" e/o alleanza terapeutica, cfr. art. 2 cpv. 2 lett. f OPre

17 L'etimo stesso della parola de-cidere, dal latino tagliar via, mozzare è sotto questo profilo parlante.

18 Secondo l'adagio romano, "da mihi facta, dabo tibi ius". Sull'importanza della prospettiva diacronica cfr. per es. TF 5A_458/2013, spec. 2.3.2.

19 Questa dinamica può anche avere effetti pericolosi e, del resto, tra i doveri principali dello psicoterapeuta rientra anche quello di dimettere la persona quando il trattamento non dà (più) benefici apprezzabili, cfr. art. 27 del Codice deontologico degli psicologi italiani

attività di difensore civico o mediatore. I detentori di altri segreti protetti dalla legge possono rifiutarsi di cooperare se rendono verosimile che l'interesse al mantenimento del segreto prevale su quello all'accertamento della verità;

- il terzo che si rifiuta indebitamente di cooperare è passibile di multa disciplinare fino a CHF 1'000.-, di comminatoria penale ex art. 292 CP, di un ordine di esecuzione coatta, del pagamento delle spese;
- la mancata comparsa e il mancato rispetto del termine sono considerate indebito rifiuto a cooperare;
- il terzo può impugnare ogni decisione del giudice per quanto lo concerne mediante reclamo.

4. L'ascolto del minore

Ogni minorenni coinvolto in un procedimento va sentito. Questa regola è emanazione diretta del diritto internazionale e meglio della Convenzione sui diritti del fanciullo²⁰ la quale, all'art. 12, prevede che ogni minore capace di discernimento ha diritto di esprimere liberamente la sua opinione nel procedimento, che deve essere presa in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità. Gli Stati contraenti sono quindi tenuti a dare al minore la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato. Nel diritto interno, l'ascolto del minore è regolato all'art. 298 CPC, che va addirittura oltre quanto richiesto dal diritto internazionale nella misura in cui, in Svizzera, l'ascolto non presuppone necessariamente che il minore sia capace di discernimento²¹.

4.1. Obbligatorietà dell'ascolto

L'ascolto è di principio obbligatorio in tutte le procedure in cui si tratta di regolare gli interessi di un minore. Processualmente assimilabile ad una prova²², l'ascolto è un diritto strettamente personale correlato alla personalità del minore e un mezzo per l'accertamento dei fatti. In quanto tappa obbligatoria, non necessita di essere formalmente richiesto dalle parti. L'età limite a partire dalla quale l'ascolto si impone, interpretando l'art. 298 cpv. 1 CPC, è stata fissata a 6 anni²³. Il TF ha fissato questa età indicativa indipendente dal fatto che la psicologia infantile fissa attorno ai 12-13 anni l'età a partire dalla quale subentra la capacità di differenziazione e astrazione orale. Nella procedura di ritorno ai sensi della Convenzione dell'Aia sugli aspetti civili del rapimento internazionale, il minore va sentito di regola a partire da un'età fra gli 11 e 12 anni²⁴. Se l'ascolto non viene eseguito, la sentenza può essere annullata. Il minore ha inoltre un diritto proprio di interporre reclamo contro la negata audizione (art. 298 cpv. 3 CPC).

L'ascolto non ha come obiettivo quello di interrogare i minori circa le loro preferenze in materia di affidamento. Lo scopo è semmai quello di consentire ai figli di esprimere il loro punto di vista sulla situazione familiare, descrivendo le loro propensioni, i loro desideri, i loro timori, i loro rapporti con i genitori e i fratelli. Più i figli crescono e più la loro opinione conta. Fra gli 11 e i 13 anni si tiene in considerazione il fatto che i ragazzi sono in grado di elaborare ragionamenti logici e possiedono la maturità emozionale e cognitiva per formarsi un'opinione propria e duratura. Da quel momento possono dunque essere interpellati direttamente anche

20 RS 0.107.

21 TF 5A_593/2011.

22 TF 5A_163/2013, consid. 1.1 e 1.2.

23 DTF 131 III 553. Per taluni l'età andrebbe ridotta a 3/4 anni, Christophe HERZIG, Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren, 2012, pag. 156

24 DTF 133 III 146.

sui loro desideri relativi all'affidamento e alle relazioni personali²⁵.

4.2. Modalità dell'ascolto

L'ascolto, di principio, dev'essere fatto dal giudice. Esso può comunque essere delegato a un terzo incaricato²⁶. Nel verbale dell'audizione sono registrate solo le risultanze essenziali per la decisione. I genitori e il curatore vengono informati su tali risultanze (art. 298 CPC). L'informazione può intervenire sia per il tramite di un rapporto scritto, sia mediante una restituzione orale in aula. Particolare attenzione va data alla collaborazione dei genitori, che è tanto più importante quanto più il bambino è piccolo. Inoltre:

- lo specialista è sostanzialmente libero di organizzare l'ascolto come meglio crede, rispettando ovviamente le regole dell'arte. È comunque opportuno curare la presa di contatto e fissare un *setting* chiaro all'intervento. Il minore va informato adeguatamente sul quadro legale in cui viene sentito e va informato sui suoi diritti. Se ha già compiuto 14 anni, ha diritto a che ogni decisione che lo riguarda gli sia comunicata (art. 301 CPC) ed è dunque buona cosa che venga preparato al riguardo;
- l'ascolto è spesso un momento privilegiato per cercare di far (ri)partire un dialogo tra i genitori. Esso può dunque a volte servire come "cavallo di Troia" per cercare di smuovere gli equilibri di un caso. Occorre comunque essere vigili e distinguere sempre bene a che titolo si interviene;
- la legge non prescrive un momento specifico della procedura in cui deve essere fatto

l'ascolto. Compete al giudice valutare quando eseguirlo (art. 124 CPC);

- l'ascolto non va di principio ripetuto in sede di ricorso²⁷. Ciò non di meno l'ascolto, analogamente a tutti i dati della sentenza, deve ancora essere attuale al momento in cui il giudice si ritira per deliberare²⁸;
- "*motivi gravi*" possono giustificare che si prescindano dall'ascolto. Tali sono per esempio il rischio di esporre il minore ad ulteriori ed indebite pressioni. Non è arbitrario prescindere dall'ascolto se il minore, inviato da un terzo delegato per essere sentito, fa scena muta perché non ci sono ragioni per credere che, se un minore non parla con lo specialista, parlerà con il giudice²⁹. Il minore può rifiutare di essere sentito, purché questa rinuncia sia consapevole e libera e non indotta da inopportune pressioni esterne;
- il delegato all'ascolto è pagato dal Tribunale che caricherà le spese alle parti con la decisione finale;
- il giudice deve vegliare a mantenere costantemente il controllo sull'ascolto e ciò sia per quanto riguarda la tempistica, sia per quanto riguarda il taglio dell'ascolto. È importante che i genitori possano esprimere le loro eventuali preferenze o richieste riguardo all'ascolto. L'esperienza mostra che occorre comunque rimanere vigili riguardo a queste richieste, che possono celare strumentalizzazioni e forzature. Sotto questo profilo merita in particolare attenzione il caso - purtroppo sempre meno raro - in cui un genitore, ancor prima dell'udienza e magari all'insaputa o addirittura contro il parere dell'altro, si premura di organizzare un contatto con uno spe-

25 I CCA 11.2011.184 del 26.4.2012, consid. 3b e i rif. citati.

26 DTF 133 III 553, consid. 4.

27 TF 5A_326/2012

28 In TF 5A_939/2012, consid. 4.2.2. si indica che non è arbitrario il rinvio per completazione dell'istruttoria all'autorità inferiore se sono trascorsi oltre 7 mesi dall'ascolto.

29 TF 5A_485/2012, consid. 6.

cialista chiedendo poi che sia il medesimo ad ascoltare il minore.

5. La perizia

Lo specialista - psicologo, psicoterapeuta o psichiatra - può essere incaricato di eseguire una perizia. La perizia è una vera e propria prova nel procedimento che può essere ordinata su richiesta delle parti o d'ufficio laddove è necessario un approfondimento specialistico particolare. Il perito è un ausiliario del giudice ed ad esso si applicano i medesimi motivi di ricusa che si applicano a chi opera in seno ad un'autorità giudiziaria (art. 183 CPC). Il perito è tenuto alla verità e, in caso di falsa perizia, si espone al rischio di una condanna penale (art. 184 CPC). Egli è tenuto al segreto d'ufficio (art. 320 CP).

5.1. In generale

Il perito è tenuto a rispondere a dei quesiti che gli vengono posti (art. 185 CPC). La qualità del referto dipenderà quindi necessariamente molto dalla precisione dei quesiti. Particolare attenzione va quindi data alla fase dell'incarico. Il giudice deve fornire al perito le istruzioni necessarie e può farlo sia per iscritto, sia nel corso di un'udienza (art. 185 CPC). Le parti hanno pieno diritto al contraddittorio e questo si concretizza a tre livelli: nella scelta del perito, nella formulazione dei quesiti e nella possibilità, una volta reso il referto, di chiederne delucidazioni e/o complementi.

Nel contesto del diritto di famiglia la perizia è una prova costantemente invocata ma raramente opportuna: si tratta di una prova impegnativa sia

in termini di tempo, sia in termini finanziari, che può comunque risultare utile in particolare in tre casi, e meglio:

- quando sussiste la necessità di chiarire una questione puntuale e ben circoscritta, quali p. es. l'esistenza di una determinata patologia (depressione, schizofrenia, disturbi della personalità, dipendenze, ecc.), la necessità di fare luce su un possibile maltrattamento, la possibilità di imporre una determinata misura o la tenuta di un minore di fronte a specifici avvenimenti come p. es. un trasferimento all'estero³⁰;
- quando è necessario per permettere alle parti un esame di realtà e una presa di coscienza di determinate situazioni o problematiche;
- quando si tratta di impostare delle misure di protezione, di accompagnamento e di sostegno.

Il perito è tenuto a svolgere il suo mandato applicando le regole dell'arte e sulla base degli atti. Con l'accordo del giudice può eseguire propri accertamenti ma gli stessi devono essere specificati nella perizia³¹. Quest'ultima è generalmente scritta ma può anche essere orale, in qual caso viene verbalizzata in aula da parte del giudice (art. 187 CPC). Il perito è tenuto a garantire piena parità di trattamento alle parti. Gli elementi necessari del referto sono i seguenti³²:

- indicazione dell'incarico e dei quesiti³³;
- descrizione del procedere adottato;
- chiara distinzione tra informazioni raccolte e proprie valutazioni;

30 Significativamente la dottrina parla in questi casi di *entscheidungsorientiertes o lösungsorientiertes Gutachten*, per opposizioni agli *interventionsorientiertes Gutachten*, Christophe HERZIG, Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren, 2012, pag. 237 segg.

31 Il Tribunale di appello ha stabilito che una perizia redatta sulla scorta di documentazione che non figura agli atti è per principio nulla. La regola tuttavia non è assoluta: dovendosi allestire una perizia sullo stato psicofisico di una persona a fini di interdizione, per esempio, la consultazione di specialisti del ramo e della documentazione clinica da parte dell'esperto può rientrare nel mandato peritale, 11.2008.129, consid. 3, con i rif. citati

32 Si veda anche Vera KLING, Gutachten im Familienrecht: sind Standards notwendig? FamPra 3/2009, pag. 612 segg. Per un testo più generale, cfr. Thomas AEBI, Walter BRAUN, Marusa DOLANC OSWALD, Markus HOÖL, Martin INVERSINI, Andreas KREIS, Psychologische Begutachtung von Kindern und Jugendlichen, Ein Handbuch für die Praxis, 2007, consultabile sul sito <http://www.erz.be.ch/> (ultimo accesso 28.10.2013). Molto utili sono anche gli sviluppi recenti in tema di perizie mediche per l'AI, <http://www.bsv.admin.ch/aktuell/reden/00122/index.html?lang=it&msg-id=44007> (ultimo accesso 28.10.2013).

33 La formulazione dei quesiti ha quindi un'influenza fondamentale sulla qualità del referto.

- chiarezza dell'esposto. Vanno in particolare evitati i tecnicismi³⁴.

Il referto peritale non vincola il giudice, che se ne può distanziare motivando la sua scelta³⁵. Di regola, il fatto di doversi sottoporre ad un accertamento specialistico non implica una grave restrizione della libertà personale³⁶. Non viola il principio inquisitorio il giudice che rifiuta di esperire una prova che non è atta a stravolgere i risultati probatori già acquisiti³⁷. La semplice divergenza di opinione tra lo specialista di parte e l'esperto giudiziario, non giustifica sistematicamente una nuova perizia. Il peso dei vari referti va valutato tenendo in considerazione la diversità del mandato terapeutico dal mandato peritale³⁸.

5.2. La perizia sulle capacità genitoriali

Nei procedimenti famigliari capita regolarmente che venga chiesta una verifica delle capacità genitoriali. Alla base di questa richiesta si cela spesso la volontà di colpire l'altro genitore e di dimostrarne l'inattitudine, in una sorta di spirale negativa a chi fa peggio. Le parti, prima di insistere su questa prova, dovrebbero comunque considerare che:

- nel contesto di una lite per l'affidamento, uno dei criteri più importanti è quello della capacità di un genitore di salvare l'altro agli occhi del figlio e di incoraggiarne le relazioni³⁹. Non è dunque lanciandosi in una pretestuosa campagna di distruzione dell'altro genitore che ci si metterà in una posizione migliore per ottenere l'affidamento. Sotto questo profilo va comunque detto che lo

stesso TF, in maniera criticabile, conferisce a volte un certo peso processuale alle ammissioni di competenza genitoriale che un genitore può esprimere nei confronti dell'altro finendo per interpretarle a discapito di chi le rilascia, non a suo favore⁴⁰;

- una perizia sulle capacità genitoriali, al pari di ogni prova nel procedimento, può dare dei risultati drammatici e accentuare la conflittualità di una coppia. Con una perizia sulle capacità genitoriali si rischia spesso di concentrarsi in modo perverso su quanto non funziona (più) mentre invece è spesso più importante cercare di stare su quanto funziona e quanto si può recuperare. Anche il genitore manchevole e inadeguato è un genitore fondamentale per il figlio;
- l'esperimento di una perizia è di principio incompatibile con il rito sommario che regge la procedura di tutela dell'unione coniugale⁴¹.

6. La testimonianza

Lo specialista - psicologo, psicoterapeuta o psichiatra - può essere chiamato a testimoniare sui fatti che ha "*percepito in modo diretto*" (art. 169 CPC). Come qualsiasi terzo al procedimento, il teste è di principio tenuto a collaborare all'accertamento della verità ma, se si trova in una delle condizioni esaustivamente enumerate nel CPC, beneficia di un diritto assoluto (art. 165 CPC) o relativo (art. 166 CPC) di rifiutarsi di deporre. Compete a chi è chiamato a testimoniare raccogliere lo svincolo dal segreto dal paziente o, se del caso, dall'autorità di sorve-

34 TF 5A_223/2012.

35 I CCA 11.2008.181 del 9.12.2010, consid. 9 e rif. citati.

36 TF 5A_831/2010, consid. 2.1.

37 DTF 124 I 170, consid. 4; TF 9C_751/2010, consid. 2.2.

38 TF 5A_138/2012.

39 Cfr. per es. TF 5A_458/2013, consid. 2.3.1.

40 I CCA 11.2011.184 del 26.4.2012, consid. 3; art. 254 CPC.

41 Si pensi ad esempio al caso di una famiglia dove vivono due minori, uno figlio biologico della sola madre e l'altro figlio comune. La coppia si separa e, allo stesso tempo, un minore si trova a dover elaborare due traumi devastanti: da un lato, la separazione delle sue figure genitoriali di riferimento e, d'altro lato, la scoperta che chi credeva essere suo padre, in realtà non lo è. Situazioni di questo tipo, nel tempo delle famiglie ricostituite, sono purtroppo sempre più frequenti e impongono al giudice grande attenzione e rigore.

glianza. Lo specialista può essere chiamato ad una testimonianza peritale (art. 175 CPC). L'estrema varietà (e, di riflesso, la difficile comparabilità) dei metodi applicati dalle varie scuole, rende raramente utile la testimonianza peritale dello psicoterapeuta mentre molto più frequentemente si giustifica prescindere dalla chiamata a testimoniare dello psicoterapeuta se si tratta di proteggere l'alleanza terapeutica da questi costruita con il suo paziente.

7. Altri incarichi e un possibile sviluppo: il Tribunale di famiglia

Lo psicoterapeuta può essere investito di altri incarichi quali ad esempio:

- l'aiuto alla comunicazione al minore. Spesso su questo fronte si constata nella prassi una pericolosa improvvisazione. Di regola è buona norma cercare di portare i genitori a comunicare insieme le decisioni adottate ai figli e ciò anche laddove queste decisioni intervengono nel contesto di una lite giudiziaria. Uno specifico incarico ad uno specialista, che aiuti i genitori in questo difficile compito, può a volte risultare indicato;
- la strutturazione della rete, indicato soprattutto quando si tratta di "pulire il campo" in presenza di troppi aiuti scoordinati, che non solo non giovano, ma risultano addirittura controproducenti;
- un intervento finalizzato a rendere attente le parti sulle conseguenze dei propri atti. Si tratta di una risorsa particolarmente utile nei procedimenti di filiazione laddove questi si incrociano con i procedimenti familiari. Capita in effetti che, presi dal loro litigio e

non aiutati da un quadro legale estremamente tecnico, la questione della filiazione venga trattata con troppa leggerezza, generando gravi disagi nei minori⁴².

- la supervisione al giudice. Il diritto di famiglia comporta un grado estremamente elevato di sollecitazione per il giudice. Per molti versi questa attività può risultare frustrante perché ci confronta continuamente con i limiti del diritto in questo settore. Un lavoro di supervisione, come usa nel settore educativo e sociale, potrebbe quindi avere una sua utilità, contribuendo alla costruzione di un sapere comune sulla materia⁴³, riducendo il rischio che anche il magistrato possa assumere (foss'anche inconsapevolmente) comportamenti difensivi o disfunzionali e, non da ultimo, garantendo un minimo di continuità nel personale giudicante⁴⁴.

Nel contesto delle valutazioni in corso sulla nuova organizzazione della giustizia (G 2018) si sta vagliando l'ipotesi di creare un Tribunale della famiglia. È verosimile che, se questa idea dovesse concretizzarsi, si evolverà verso strutture giudiziarie miste, con gli specialisti della mente che avranno un loro ruolo da svolgere in seno all'autorità giudiziaria stessa⁴⁵. Chi scrive, per l'esperienza diretta che ha maturato, ritiene che una spinta troppo forte in direzione di una specializzazione vada evitata a profitto di una soluzione intermedia che, muovendo da (1) una generale rivalutazione dell'importanza del diritto di famiglia per quanto concerne i costi sociali ed economici che esso genera per lo Stato, (2) un ripensamento del trattamento riservato a queste cause anche all'interno dell'apparato giudiziario e (3) una miglior utilizzazione delle risorse

42 Nando BERARDI / Gerwald WALLNÖFER, La supervisione nelle professioni educative, 2007, *passim*. Anna Rosa Favretto (ed.), La terra di mezzo, 2003, spec. pag. 212.

43 Pare sotto questo profilo indicativo che, fin dalla creazione delle Sezioni specialistiche presso la Pretura di Lugano, ogni vacanza ha determinato un abbandono della Sezione 6, che tratta esclusivamente diritto di famiglia. Parimenti indicativo è l'immobilità che contraddistingue la distribuzione delle cause all'interno della medesima Pretura malgrado da anni più indicatori dimostrino l'inadeguatezza della soluzione prevista dal Regolamento sulle Preture (RL 3.1.1.3), rilevata del resto recentemente anche dal Consiglio della Magistratura nel suo rendiconto 2012, spec. pag. 8 http://www4.ti.ch/fileadmin/POTERI/GIUDIZIARIO/rapporti/Rendiconto_Magistratura_2012.pdf (ultimo accesso 29.10.2013).

44 Messaggio n. 6611 del 7 marzo 2012, approvato dal GC nella seduta del 26.9.2012, <http://www.ti.ch/CAN/SegGC/comunicazioni/GC/odgmes/pdf/6611m.pdf> (ultimo accesso 28.10.2013).

se preveda solo laddove necessario la creazione di meccanismi e strutture che permettano di contemperare le ragioni del diritto con le esigenze dettate dalle particolarità del litigio familiare. In altra sede torneremo in argomento.

Accordi fiscali bilaterali e diritto UE

Prof. Fabrizio Vismara
Università dell'Insubria (CO - Italia)

Rispetto alla recente conclusione di accordi fiscali bilaterali tra la Svizzera ed alcuni Stati membri dell'Unione europea (Germania, Regno Unito, Austria) si pone il problema di verificarne la compatibilità con il diritto dell'Unione europea.

A tal fine occorre innanzitutto ricordare che l'Unione europea può sindacare la legittimità di accordi internazionali conclusi dagli Stati membri con Stati terzi. Tale sindacato può riguardare il fatto che gli Stati membri concludano accordi su materie che rientrano nella competenza dell'Unione europea, oppure che gli Stati membri abbiano assunto, mediante accordi con Stati terzi, impegni incompatibili con il diritto dell'Unione europea. Più in generale, l'attività degli Stati membri, qualora essi adottino o mantengano misure interne in contrasto con il diritto dell'Unione europea, costituisce una violazione dell'obbligo di leale cooperazione previsto dai Trattati e, come tale, può costituire oggetto di accertamento da parte delle istituzioni dell'Unione europea.

Occorre inoltre ricordare che l'Unione europea può concludere, nell'ambito delle sue competenze, accordi con Stati terzi. Tali accordi sono vincolanti per gli Stati membri, oltre che per le istituzioni dell'Unione europea, e possono riguardare la materia fiscale. L'Unione europea ha, in particolare, una competenza che concorre con quella degli Stati membri in materia di imposte dirette e ciò nella misura in cui l'armonizzazione delle regole in tale materia sia funzionale ad assicurare la libera circo-

lazione dei fattori produttivi e ad evitare distorsioni nel mercato interno.

Le regole in materia fiscale sono contenute sia nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea sia in atti emessi dalle istituzioni dell'Unione europea. Tali regole creano obblighi a carico degli Stati e, laddove si tratti di regole idonee a produrre effetti immediati, esse devono essere applicate dalle autorità degli Stati membri, se del caso disapplicando le norme nazionali che siano in contrasto con il diritto dell'Unione europea.

Ciò posto, il problema della compatibilità degli accordi fiscali bilaterali con il diritto dell'Unione europea va esaminato attraverso il confronto tra le previsioni che tali accordi contengono ed il diritto dell'Unione europea. I suddetti accordi fiscali bilaterali tra la Svizzera e gli Stati membri riguardano la tassazione del risparmio e trovano applicazione in relazione a soggetti fiscalmente residenti negli Stati membri. Le misure adottate mediante tali accordi consistono, in particolare, in un prelievo sul capitale che consente al contribuente di sanare il mancato assolvimento degli obblighi fiscali nello Stato membro in cui è fiscalmente residente e nell'applicazione di un regime di ritenuta alternativo alla trasmissione dei dati del contribuente all'autorità fiscale dello stesso Stato membro.

Gli accordi fiscali bilaterali sono già stati oggetto di interventi per assicurarne la compatibilità con il diritto dell'Unione europea. Tali interventi hanno riguardato, innanzitutto, l'integrità del regime delle risorse proprie dell'Unione europea, rientrando in tali risorse anche una quota dell'imposta sul valore aggiunto riscossa dagli Stati membri. Onde evitare che la definizione della pretesa fiscale possa riflettersi anche sul prelievo a titolo di imposta sul valore aggiunto e, conseguentemente, su quanto deve essere versato all'Unione sull'imposta riscossa, gli accordi bilaterali stabiliscono che, in nessun caso, la

loro attuazione può avere effetti sugli impegni posti a carico degli Stati membri in materia di risorse proprie. Ulteriore intervento ha riguardato la sovrapposizione tra la disciplina contenuta negli accordi bilaterali tra Stati membri e Svizzera e la disciplina contenuta nell'accordo tra Unione europea e Svizzera in materia di tassazione del risparmio. La soluzione accolta è quella di ribadire, mediante previsione esplicita, la prevalenza del secondo sui primi: gli accordi bilaterali tra Stati membri e Svizzera non trovano quindi applicazione per quelle materie coperte dall'accordo tra Unione europea e Svizzera.

Rispetto alle nuove e più recenti versioni degli accordi bilaterali tra Stati membri dell'Unione europea e Svizzera in materia di fiscalità del risparmio possono tuttavia prospettarsi ulteriori profili che necessitano di verifica ai fini della valutazione della compatibilità con il diritto dell'Unione europea. A tale riguardo deve tenersi conto del fatto che il 4 marzo 2011 è stata presentata dal Consiglio dell'Unione europea una proposta di modifica della direttiva sulla tassazione del risparmio che delinea alcune novità rispetto alla disciplina originaria. Un primo aspetto riguarda la nozione di beneficiario effettivo dei pagamenti. Nella direttiva sulla tassazione del risparmio così come negli accordi bilaterali tra Stati membri e Svizzera il beneficiario è la persona fisica che sia destinatario effettivo dei pagamenti provenienti dall'agente pagatore. Nella nuova proposta di direttiva sulla tassazione del risparmio si interviene al riguardo onde evitare l'utilizzo per finalità di evasione d'imposta di strutture intermedie. Si prevede, infatti, che nel caso in cui si effettui un pagamento nei confronti di un ente situato in un paese o territorio a fiscalità privilegiata, si deve presumere che il pagamento sia effettuato in favore di una persona fisica residente in uno Stato membro. Si stabilisce inoltre che l'identità del beneficiario del pagamento debba essere accertata seguen-

do le procedure previste in materia di verifiche a fini antiriciclaggio, secondo quanto previsto dalla direttiva 2005/60/CE. Altro profilo da considerare è l'ambito di applicazione materiale. La nuova proposta di direttiva trova applicazione anche ad alcune forme di investimento assicurativo. Vengono, in particolare, incluse in tale ambito i contratti di assicurazione sulla vita, qualora prevedano una garanzia di restituzione del capitale investito, oppure quando il rendimento sia legato, in misura superiore al 40 %, a titoli o forme di investimento incluse nella direttiva risparmio. Infine, da un punto di vista più generale, resta il problema della compatibilità dell'approccio bilaterale, che caratterizza gli accordi tra Stati membri e Svizzera, rispetto all'approccio multilaterale, che risulta perseguito dall'Unione europea e che è più efficace nella lotta all'evasione fiscale.

Inoltre, l'alternativa tra tassazione alla fonte e comunicazione dei dati del contribuente all'autorità dello Stato membro di residenza costituisce una soluzione che può risultare non ottimale nella lotta all'evasione fiscale, laddove consente di evitare che l'autorità competente dello Stato di residenza abbia conoscenza della presenza all'estero di ricchezza imponibile sottratta a tassazione.

Varia

Vendesi, a condizioni a concordare,

Raccolta cartacea della parte internazionale delle leggi federali,

aggiornata sino al 31.12.2013.

Gli interessati possono contattare

l'avv. Renata Loss Campana,

6501 Bellinzona

Tel. +41 (0)91 825 33 69

Fax +41 (0)91 826 37 72

Impressum

Editore

Ordine degli avvocati del Cantone Ticino
Corso San Gottardo 54c
6830 Chiasso, Svizzera
tel. 091 682 95 61 - fax: 091 682 95 62
info@oati.ch
www.oati.ch

Comitato di redazione

Commissione del Bollettino dell'Ordine
degli avvocati del Cantone Ticino

avv. Flaviana Biaggi-Fabio, coordinatrice,
Via Giovannini 16, 6710 Biasca,
tel. 091 862 33 31
info@legalbiaggifabio.ch

avv. Tamara Erez, membro,
Via Canonica 5, 6901 Lugano,
tel. 091 910 19 00
tamara.erez@peterlegal.com

avv. Lea Kaufmann, membro,
via Belvedere 3, 6976 Castagnola,
tel. 091 970 38 03

Distribuzione

Segretariato dell'Ordine degli avvocati
del Cantone Ticino
Corso S. Gottardo 54c, 6830 Chiasso

Grafica di copertina

Antonio Bertossi
Designer SUP
in Comunicazione visiva, 2010
at@pantonio.ch

Stampa

Pedrazzini Offset
tipografia-legatoria-edizioni-pubblicità
Via Varenna 7 - 6600 Locarno
tel. 091 751 77 34 - fax: 091 751 51 18

Tiratura

1100 esemplari
2 numeri all'anno: aprile e novembre

Chiusura redazionale

15 marzo / 30 settembre

Abbonamento annuale: CHF 25.00
Numero singolo: CHF 15.00