

La prova nelle controversie di
famiglia e minorili

di Claudio Cecchella

1. La tutela differenziata.

La tutela differenziata

Il processo di famiglia si contraddistingue per le forme differenziate rispetto al rito comune.

La peculiarità è data dal rilievo di interessi non disponibili per le parti (i diritti del minore), differentemente dai diritti dei coniugi tra loro, rientranti invece nell'area della disponibilità.

La domanda, prova e l'istruttoria nelle situazioni indisponibili

La prova e l'istruttoria risentono particolarmente dell'ambiente in cui si svolge la controversia e dalla necessità di un continuo adattamento alla indisponibilità delle situazioni e alla inevitabile affrancazione dalle iniziative delle parti (domanda, allegazione e prove), pur nel contesto del rigoroso rispetto del principio del contraddittorio.

Situazioni disponibili

Al contrario le regole del processo dispositivo non hanno alcuna alterazione quando i diritti sono disponibili, come i diritti economici che intercorrono tra i coniugi, dovendosi applicare le regole sull'onere della allegazione e della prova (oltre al principio della domanda)

2. I diritti economici

Diritti economici

Le fattispecie che danno origine ai diritti economici:

- Il contributo per il mantenimento del coniuge nella separazione;
- Il contributo per il mantenimento del figlio minore;
- L'assegno di divorzio.

Art. 156 c.c.

“...il diritto di ricevere dall'altro coniuge quanto è necessario al suo mantenimento, qualora egli non abbia adeguati redditi propri.

L'entità di tale somministrazione è determinata in relazione alle circostanze e ai redditi dell'obbligato”.

Il rilievo dei redditi e il potere discrezionale del giudice

Criterio prevalentemente fondato sul livello dei redditi di ognuno e con un potere particolarmente discrezionale (*“in relazione alle circostanze”*), nel diritto vivente conservativo del tenore di vita, con effetti anche compensativi, ancora più accentuati.

Art 337 – *ter*, contributo per il minore

“...il giudice stabilisce, ove necessario, la corresponsione di un assegno periodico al fine di realizzare il principio di proporzionalità, da determinare considerando:

- 1) le attuali esigenze del figlio.*
- 2) il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori.*
- 3) i tempi di permanenza presso ciascun genitore.*
- 4) le risorse economiche di entrambi i genitori.*
- 5) la valenza economica dei compiti domestici e*

Il rilievo paritetico dei criteri indicati dalla legge

La disposizione si fa apprezzare per avere offerto criteri tutti sullo stesso piano, in modo da esaltare la giustizia del caso singolo, ovvero la determinazione discrezionale dal giudice attraverso un attento esame della fattispecie, non imponendo la preferenza dell'uno sull'altro, ma nello stesso tempo specificando i parametri del giudizio.

Art. 5, 6° comma, legge n. 878 del 1970

“il tribunale, tenuto conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi, e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio, dispone l'obbligo per un coniuge di somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o

La diversificazione dei criteri

La norma sul piano letterale sembra collocare sullo stesso piano una varietà di criteri, ma in realtà pone in una posizione diversa il criterio assistenziale, rispetto agli altri.

Art. 5, 9° comma

“In caso di contestazioni il tribunale dispone indagini sui redditi, sui patrimoni e sull’effettivo tenore di vita, valendosi, se del caso, anche della polizia tributaria”

Il *revirement*

Con sentenza n. 11504 del 2017 la S.C., sezione prima, modifica un orientamento consolidato della stessa Corte di Cassazione, risolto nel 1990 con alcune pronunce a sezione unite (in particolare nn. 11490 e 11492) e che ha avuto eco in una sentenza della Corte cost. la n. 11 del 2015.

La fine del tenore di vita, la funzione assistenziale

La S.C. distingue il giudizio sull'*an*, da quello su *quantum* dell'assegno e pone il primo sul fondamento essenziale della mancanza di mezzi adeguati di mantenimento e sull'impossibilità oggettiva di ottenerli, ponendone a carico del richiedente attore la prova, escludendo quindi una funzione diversa da quella puramente assistenziale dell'assegno.

Il *quantum*

Solo all'esito del giudizio sull'*an*, in senso positivo, per non avere mezzi adeguati e non averli potuto reperire sul piano oggettivo, il giudice potrà condurre la sua valutazione sui parametri fissati dall'art. 5, 6° comma, della legge n. 898 del 1970.

Cass., sez. un., 11 luglio 2018, n.
18287

Funzione assistenziale, ma in pari misura perequativa e compensativa, con applicazione di tutti i criteri dell'art. 5, 6° comma legge n. 898 del 1970 ed in particolare alla luce della valutazione comparativa delle condizioni economico patrimoniali, in relazione al contributo del richiedente alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio comune e personale, in relazione alla durata del matrimonio e all'età del richiedente.

Fonti della prova

Centralità del redditi e patrimonio sui dati forniti dalle parti o raccolti da altre fonti, nei procedimenti amministrativi di tipo tributario e delle ragioni della loro mancanza in funzione dell'impegno familiare.

Le dichiarazioni dei redditi

Art.706, 3° comma c.p.c. e art. 4, 6° comma, legge n. 898 del 1070: deposito delle dichiarazioni dei redditi, che costituiscono – pur nei limiti della loro veridicità – una soglia minima di reddito e di patrimonio “confessata dalle parti” dal valore di prova liberamente apprezzabile, perché fatta a terzi (l’ufficio delle entrate).

L'insufficienza probatoria della dichiarazione

La dichiarazione, oltre alla mancata corrispondenza con la realtà, se confrontata con il tenore di vita, non copre tutte le componenti del patrimonio, come quelle che non producono reddito o producono reddito non imponibile (es gli utili di partecipazione nelle soc. per azioni, perché colpite da ritenuta alla fonte).

3. I diritti economici del minore

Poteri officiosi nelle controversie minorili: le indagini di polizia

Art. 337 – *ter*, u.c. tributaria

“Ove le informazioni di carattere economico fornite dai genitori non risultino sufficientemente documentate, il giudice dispone un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione, anche se intestati a soggetti diversi.”

allegazioni

Il carattere indisponibile delle situazioni, nonostante il silenzio del legislatore attenua i profili del processo dispositivo, con deroga al principio della domanda e all'onere della allegazione.

4. I diritti economici tra coniugi

Art. 5, 9° comma, legge n. 898 del 1970

“In caso di contestazioni il tribunale dispone indagini sui redditi, sui patrimoni e sull’effettivo tenore di vita, valendosi, se del caso, anche della polizia tributaria”.

La contestazione

Soltanto se vi è contestazione specifica di una delle parti sulle risultanze delle dichiarazioni dei redditi si apre la prospettiva dell'onere della prova e di una ricerca della prova con mezzi diversi. Altrimenti il giudizio si fonda sulla dichiarazione dei redditi. Resta nella sua pienezza il principio della domanda e l'onere della allegazione.

L'accesso alla documentazione amministrativa

La possibilità delle parti di accedere alla documentazione amministrativa costituisce limiti all'esercizio di poteri officiosi, nell'ambito del processo dispositivo, mediante informative ex art. 213 c.p.c. o ricorso alla polizia tributaria o alla consulenza.

L'istanza di accesso alla docc amministrativa

La parte potrà accedere alle dichiarazione
dei redditi del coniuge o genitore:

- Perché le info relative non riguardano
dati sensibili (art. 4 d. lgs. n. 196 del
2003).

Cons. Stato 20 settembre 2012, n. 5047

Il Consiglio di Stato, preceduto da numerose decisioni di tribunali amministrativi regionali, ha ritenuto il diritto di accesso alla dichiarazione dei redditi del coniuge, agli effetti della prova dei redditi e del patrimonio rilevante ai fini della decisione in sede di separazione, divorzio o altro giudizio in caso di convivenza more uxorio, per la determinazione del contributo a favore del figlio

Il problema del controinteressato

Qualche volta si rende necessario acquisire la dichiarazione dei redditi di un terzo, ad esempio il convivente dell'ex coniuge: per soppesare alla esigenza di tutela della riservatezza dei terzi, l'amministrazione richiesta può chiedere un rifiuto motivato all'accesso (art. 3, dpr 12 aprile 2006, n. 1849), norma che non può applicarsi al coniuge (il quale è obbligato per legge alla produzione in giudizio)

L'obbligo di produzione della dichiarazione e le sue conseguenze

L'obbligo di produzione delle dichiarazione dei redditi a carico della parte dichiarante esclude un onere dell'altra parte di cercare la dichiarazione, anche nel processo dispositivo.

Le altre prove e la motivazione

Il giudice, di fronte alla contestazione specifica di veridicità della dichiarazione decide sulla base di altre prove, ma non ha l'obbligo, con l'unico limite di una motivazione (esistente) sulle ragioni che lo hanno condotto a trarre *aliunde* gli elementi probatori (esistenza il cui sindacato è consentito ai sensi dell'art. 360 n. 4 c.p.c. e non più n. 5).

Cass., 20 febbraio 2017, n. 4292 in *Fam. Dir.*, 2018, 475

La consulenza

Sotto questo profilo diventa di centrale rilievo l'uso del mezzo della consulenza patrimoniale e reddituale, al pari di quello delle indagini della polizia tributaria, naturalmente coordinato agli oneri della parte nel caso in cui il processo assuma i caratteri del processo dispositivo.

5. La consulenza nel diritto comune

Prova o giudizio?

La consulenza tecnica nel rito comune si dibatte tra la funzione di prova, ovvero di accertamento del fatto, e la funzione di giudizio

Codice del 1865

La funzione probatoria era accentuata nel regime del codice previgente, ove la consulenza (all'epoca la perizia) era inserita e regolata all'interno del sistema probatorio

Codice del 1942

Nella disciplina vigente il consulente viene agli artt. 61 e ss. qualificato come ausiliario del giudice e la legge ha cura di estendergli le regole su astensione e ricsuzione (artt. 63 e 192 c.p.c.) e a farlo partecipare, se necessario, alla camera di consiglio (art. 197 c.p.c.),

Giudizio di fatto e diritto

Il consulente non è solo reso partecipe del giudizio di fatto, ove più diffusamente avrà l'occasione di esprimere il suo aiuto, ma anche del giudizio di diritto, sia in relazione a regole giuridiche che il giudice non è tenuto a conoscere, come il diritto consuetudinario o straniero, sia in relazione alla c.d. norme elastiche del diritto interno e alla loro concreta applicazione, in quella funzione di "riempimento" in relazione al caso concreto a cui è deputato il giudice

onere della parte e consulenza

La consulenza non può provocare nel processo un'iniziativa officiosa che deroghi al principio dispositivo e quindi alla necessità che sia la parte ad allegare e provare i fatti, secondo il rigore della regola dell'onere della prova

divieto di consulenza esplorativa

La consulenza pertanto non può sopperire all'onere gravante la parte, l'indagine del consulente dovrà presupporre la esistenza dei fatti come concretamente provati dalla parte e non potrà sostituirsi alla prova.

La natura ibrida secondo la giurisprudenza

La consulenza di diritto comune, regolata nel codice di rito del 1942, è in realtà partecipe di entrambe le nature, qualche volta quella dell'accertamento dei fatti, particolarmente quando esso necessita di nozioni tecniche di cui il giudice non è munito, qualche altra quella di ausilio nell'ambito del giudizio vero e proprio, porgendo quelle massime di esperienza, quelle nozioni tecniche e scientifiche di cui egli non è munito Cfr., Cass. 15 ottobre 2003, n. 15448; Cass. 16 maggio 2003, n. 7635 in *Giuris* 2003

Il contraddittorio

L'art. 194, 2° comma, c.p.c. sancisce che *"le parti possono intervenire alle operazioni di persona o a mezzo di propri consulenti tecnici e dei difensori e possono presentare al consulente, per iscritto o a voce, osservazioni e istanze"*.

segue

Il consulente ha poi l'onere di predisporre un processo verbale delle operazioni che egli compie, ove deve raccogliere le istanze e le osservazioni delle parti e dove la regola del contraddittorio, nella sua concreta applicazione, ha modo di oggettivarsi, art. 195, 2° comma c.p.c.

segue

“La relazione deve essere trasmessa dal consulente alle parti costituite nel termine stabilito...

...con la medesima ordinanza il giudice fissa il termine entro il quale le parti devono trasmettere al consulente le proprie osservazioni...

...e il termine entro il quale il consulente deve depositare in cancelleria la propria consulenza”

Ancora art. 195, 3° comma c.p.c.

6 La consulenza patrimoniale minorile e nella controversia tra coniugi

Il carattere sostitutivo della prova e della carente iniziativa delle parti nel processo su diritti indisponibili
E' inapplicabile una delle maggiori remore alla consulenza nel processo dispositivo: il divieto di una supplenza della carente allegazione del fatto o iniziativa probatoria della parte, poiché l'accertamento dei fatti non è regolato dal principio dispositivo, quando la situazione è indisponibile.

Rilievo di prova

il mezzo assume spiccate e preminenti finalità istruttorie, attraverso le quali ha modo di espandersi l'iniziativa officiosa nel processo su situazione indisponibile, come nelle controversie di famiglia

La consulenza accentua i poteri officiosi

il mezzo potrà avere l'opportunità di sopperire alla carente o tardiva iniziativa delle parti, o addirittura di chi nel processo allo stato non accede, come il minore, e attraverso di esso il giudice avrà non soltanto l'opportunità di accertare il fatto dedotto, ma di allegare il fatto o la circostanza rilevante ignorati, particolarmente nelle indagini patrimoniali e nelle indagini personali, ai fini dell'affidamento e della sua disciplina.

Minore discrezionalità nella disposizione

I legislatore ammonisce pertanto il giudice sull'opportunità della consulenza, particolarmente al fine della ricostruzione del patrimonio e dei redditi dei coniugi, art. 337 *ter* c.c. sulle indagini di polizia tributaria,

Minore rilievo nell'ambito del giudizio

Ne risulta inevitabilmente ridimensionato il ruolo del consulente nella fase di giudizio e tale dato non costituisce soltanto il risultato di un riflesso sistematico indotto dalle regole del processo su situazione dispositiva.

Diritti disponibili

Il processo si mantiene sul binario della disponibilità quando oggetto del processo sono i diritti che intercorrono tra i coniugi, per i quali valgono le regole comuni.

Le indagini di polizia tributaria

Hanno evidentemente occasione di essere adottate, ai fini della ricostruzione dei fatti che rilevano negli accertamenti del patrimonio e del reddito dei coniugi e ai fini dei contributi di mantenimento.

contraddittorio

Scarsa sensibilità degli indagatori al contraddittorio, a cui non viene quasi mai data attuazione, potendo per lo più le parti interloquire ad indagine ormai compiuta, dopo avere preso visione dei suoi risultati, senza avere facoltà di dirigere, con istanze e osservazioni

Consulenza contabile

Un mezzo perfettamente fungibile con una consulenza contabile-patrimoniale, che ha il pregio della minore costosità, ma anche di una minore efficienza di risultati .

Prova tipica

Le indagini sono un mezzo istruttorio estraneo ai mezzi regolati dagli artt 210 e 213 c.p.c. ed assolutamente autonomo, che ha tratti di similitudine alla consulenza (che tuttavia può essere disposta autonomamente), ma che incontra ovviamente i limiti stabiliti alla prova nel processo civile.

la legge n. 134 del 2014

Si riconosce al giudice la facoltà di delegare all'indagine tributaria la ricerca di beni con modalità telematica, attingendo alle banche dati conservate dalle pubbliche amministrazioni, l'anagrafe tributaria, compreso l'archivio dei rapporti finanziari, il pubblico registro automobilistico e i registri degli enti previdenziali, senza perciò dover ricorrere all'ufficiale giudiziario.

Art. 155 *sexies* disp att. c.p.c. (**Ulteriori casi di applicazione delle disposizioni per la ricerca con modalità telematiche dei beni da pignorare**).

“Le disposizioni in materia di ricerca con modalità telematiche dei beni da pignorare si applicano anche per l'esecuzione del sequestro conservativo e per la ricostruzione dell'attivo e del passivo nell'ambito di procedure concorsuali di procedimenti in materia di famiglia e di quelli

Accesso diretto

Il Consiglio di Stato ha consentito l'accesso diretto all'anagrafe tributaria del coniuge o convivente sentenza 14 maggio 2014, n. 2742, per la ricostruzione dei rapporti bancari e finanziari, come semplice visione e senza facoltà di estrarre copia dei documenti rinvenuti.

Ambito della delega

Si domanda cosa possa fare la polizia tributaria, agire nei limiti degli artt 210 e 213 c.p.c., per acquisire documenti o informative o più ampiamente effettuare tutte le indagini consentite all'ufficio delle entrate al fine di ricostruire il reddito ai fini fiscali?

Limiti al potere degli indagatori di polizia tributaria

L'indagine ha il limite della consultazione delle banche dati già formate in possesso della Pa, non potendo assumere iniziative che spettano esclusivamente all'amministrazione finanziaria, come gli accessi presso imprese o abitazioni e la consultazione di banche dati private, che devono essere autorizzata dal capo ufficio dell'unità locale (e per le abitazioni anche dalla Procura della Repubblica)

L'ispezione ex art. 258 c.p.c.

Ciò che non è consentito alla polizia tributaria è tuttavia consentito al giudice, in sede di esercizio di un potere ispettivo, può indagare su luoghi e persone senza limiti.

Le indagini verso i terzi

L'art. 337 – *ter* c.p.c. consente indagini verso terzi, ma non regola i diritti di riservatezza dei terzi, diversamente da

- Ordine di esibizione verso terzi;
- Ispezione verso terzi.

Art. 211

Art. 211.

(Tutela dei diritti del terzo)

“Quando l'esibizione è ordinata ad un terzo, il giudice istruttore deve cercare di conciliare nel miglior modo possibile l'interesse della giustizia col riguardo dovuto ai diritti del terzo, e prima di ordinare l'esibizione può disporre che il terzo sia citato in giudizio, assegnando alla parte istante un termine per provvedervi.

Il terzo può sempre fare opposizione contro

Art. 118

Art. 118.

(Ordine d'ispezione di persone e di cose)

“Il giudice può ordinare alle parti e ai terzi di consentire sulla loro persona o sulle cose in loro possesso le ispezioni che appaiono indispensabili per conoscere i fatti della causa, purché ciò possa compiersi senza grave danno per la parte o per il terzo, e senza costringerli a violare uno dei segreti previsti negli articoli 351 e 352 del Codice di procedura penale”

Art. 261

Art. 262.

(Poteri del giudice istruttore)

“
...

Può anche disporre l'accesso in luoghi appartenenti a persone estranee al processo, sentite se è possibile queste ultime, e prendendo in ogni caso le cautele necessarie alla tutela dei loro interessi”

Applicazioni analogiche

L'insieme di queste disposizioni, vista l'insensibilità del legislatore contemporaneo deve applicarsi in relazione ad un'interpretazione sistematica, di tipo analogico.

7. La consulenza nelle controversie sull'affidamento

La riforma del diritto di famiglia, prima dell'affido condiviso,

l'affidamento esclusivo

Con la legge n. 171 del 1975, si novella l'art. 155
c.c.:

<<Il giudice che pronunzia la separazione dichiara a quale dei coniugi i figli sono affidati e adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole, con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa>>

<< Il coniuge cui sono affidati i figli, salva

La totale discrezionalità di affidamento e visita

L'affidamento esclusivo come regola prevalente, cui corrisponde la potestà, fondato su presupposti che la legge non definisce e quindi lasciati alla libertà del giudice.

La discrezionalità anche in relazione al diritto alla genitorialità del coniuge non affidatario.

Il ruolo della consulenza tecnica

La consulenza in tema di affidamento aveva un'accentuata propensione ad influenzare il *dictum* giudiziale , più che la prova dei fatti rilevanti, esaltando la funzione dell'esperto nella fase di decisione più che nella fase di prova.

I vincoli del presente, la legge 54

Oggi questa possibilità è (tendenzialmente) ridimensionata, dopo la legge n. 54 del 2006 che assorbe nella fase della normazione generale ed astratta opzioni che un tempo erano abbandonate al giudice: la scelta, come regola assolutamente normale e generale, dell'affidamento condiviso ovvero della bigenitorialità, anche in ordine all'esercizio della potestà che solo per l'amministrazione ordinaria può adottare un modello di monogenitorialità.

La posizione del figlio

Il nuovo articolo 337 – ter, 1°

<<Il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale>>

L'affidamento esclusivo: l'eccezionalità, 337 - *quater*

<<Il giudice può disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori qualora ritenga con provvedimento motivato che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore>>

La consulenza sull'eccezione

Soltanto quando il giudice per le peculiarità del caso ritenga il modello della bigenitorialità inadatto alla concreta esperienza della crisi familiare nell'interesse esclusivo del minore, si potrà aprire una prospettiva diversa, per la quale si rende possibile disporre una consulenza che fornisca quelle motivazioni di ordine scientifico che supportino la motivazione del diverso provvedimento.

L'attenuazione della discrezionalità e della consulenza: l'ascolto, 337 -

Il legislatore offre un *octies* ulteriore criterio-guida che non può essere trascurato, né dal giudice, né dal consulente: quello dell'interesse superiore del minore, che impone un punto di osservazione tutto particolare, al centro della quale è l'audizione del minore (a pena di nullità della sentenza), ovvero ancora una funzione istruttoria e probatoria della consulenza.

8. Il consulente giudice

Il problema del consulente-giudice

Certamente nei processi che si svolgono innanzi al tribunale minorile ha un peso decisivo la partecipazione di due esperti al collegio giudicante (art. 50 r.d. 30 gennaio 1941, n. 12), i quali potranno perciò dare nel giudizio il peso della loro professionalità, integrando gli elementi di giudizio che il magistrato trae dalle sue conoscenze giuridiche.

Violazione del contraddittorio

Non esiste una disposizione di raccordo che consenta alle parti e ai loro difensori di interloquire in camera di consiglio, esercitando il contraddittorio.

Art. 197

«Quando lo ritiene opportuno il presidente invita il consulente tecnico ad assistere alla discussione davanti al collegio e ad esprimere il suo parere in camera di consiglio in presenza delle parti, le quali possono chiarire e svolgere le loro ragioni per mezzo dei difensori».

Una corretta applicazione del contraddittorio nel processo

- la consulenza deve essere disposta a seguito del contraddittorio delle parti e con facoltà di queste ultime di dedurre in replica nuovi mezzi istruttori;
- il quesito al consulente deve essere disposto con il contraddittorio delle parti;
- il consulente deve coinvolgere per ogni atto compiuto le parti, ovvero i consulenti di parte e redigere un processo verbale, nel quale raccogliere le istanze delle parti o le loro

Art. 195, 3° comma c.p.c.

«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. 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»