

# Cassazione Civile - Sezione III, Sent. n. 3075 del 11.02.2010

*Omissis*

## SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con provvedimento del 19 agosto 2004 la Corte di appello di Firenze respingeva il reclamo di C.P. avverso il rigetto della sua impugnazione della delibera del Consiglio dell'Ordine degli psicologi della Toscana che le aveva inflitto la sanzione dell'avvertimento per aver violato l'art. 31 del codice deontologico avendo sottoposto ad osservazione psicologica nel marzo 2000 una minore di circa cinque anni, figlia naturale riconosciuta dai genitori, su incarico del padre di cui era C.T.P. nella controversia dinanzi al Tribunale dei Minori con la madre e senza il consenso di costei, affidataria della medesima.

In particolare la Corte di merito rilevava: 1) la delibera del consiglio dell'ordine, impugnata dalla C. sul presupposto che sia stata adottata con la partecipazione ed il voto anche del consigliere istruttore che aveva formulato il capo di imputazione e proposto la sanzione e quindi già manifestato il suo convincimento, non era nulla perché, anche escludendo il voto del consigliere istruttore - che però avrebbe dovuto comunque svolgere la relazione poiché l'esposto nei confronti della C. era pervenuto l'11 ottobre 2002 e perciò si doveva applicare il regolamento vigente, e cioè quello approvato nel 2001 comunque i voti favorevoli erano sei su otto (essendosi astenuto un altro componente) e quindi persisteva la maggioranza della decisione; inoltre il consiglio aveva deliberato l'apertura del procedimento disciplinare e formulato l'addebito, sì che la sanzione proposta dell'istruttore non configurava pregiudizio della decisione; 2) l'espressione letterale "generalmente", contenuta nel comma 1 dell'art. 31 del codice deontologico nel disporre che le prestazioni professionali possano svolgersi su minori subordinatamente al consenso dell'esercente la potestà sulle stesse, diversamente - comma 2 stessa norma - dovendo lo psicologo informare l'autorità tutoria della necessità di osservare il minore senza il consenso dell'altro genitore, era da intendere come regola a detta eccezione, e non nel senso che spettasse al professionista decidere se chiedere o meno il consenso all'altro genitore; 3) quindi, nel caso di affidamento esclusivo ad un genitore naturale, diversamente dal caso di affidamento congiunto, era necessario il consenso dell'altro per le prestazioni professionali sul minore, pur sussistendo la titolarità di entrambi della potestà genitoriale ed il diritto - dovere di vigilare sull'educazione e sull'istruzione impartita dall'affidatario, salvo il caso di necessità della minore;

4) nella specie nulla era stato dedotto dalla C., né aveva informato dell'osservazione psicologica sulla minore l'autorità tutoria, espletata durante una visita al padre e non nell'interesse di costei, ma quale C.T.P. del padre nel procedimento conflittuale tra questi e la madre affidataria per ottenerne l'affidamento;

pertanto sussisteva la violazione contestata; 5) dalla relazione del 7 marzo 2000 emergeva che la C. era consapevole che il decreto di affidamento esclusivo della minore alla madre era esecutivo e il punto non era stato impugnato, mentre la terza osservazione non era in continuità con le prime due, non avendo scopo terapeutico.

Ricorre per cassazione C.P. cui resiste il Consiglio dell'Ordine degli psicologi della Toscana.

La ricorrente ha depositato memoria.

## MOTIVI DELLA DECISIONE

1.- Con il primo motivo la C. deduce: "Violazione e falsa applicazione del regolamento della procedura disciplinare del consiglio dell'Ordine degli psicologi della Toscana sia nel testo vigente approvato dal C.N. dell'ordine nell'adunanza del 21 febbraio 1998 e adottato dal CO. degli psicologi della Toscana in data 4 aprile 2001 e poi integrato ed emendato in data 6 luglio 2001. Artt. 7 e 8 in particolare; che in quello previgente nel testo risultante dalla delibera del CO. della Toscana del 9 settembre 1998. Art. 6 in particolare; omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione su punto decisivo della controversia (art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5)".

Nella versione originaria il regolamento adottato con Delib. 21 febbraio 1998 dal CO. degli psicologi della Toscana stabiliva la monocraticità della funzione istruttoria, affidata al consigliere istruttore che comunicava all'inculpato la richiesta della sanzione e svolgeva la relazione dinanzi al consiglio senza partecipare alla decisione. Invece nella versione dal 2001 l'istruttore riferisce al consiglio dell'ordine perchè decida se archiviare o aprire il dibattimento, ed il Presidente, sentito il consiglio, formula gli addebiti da contestare all'inculpato e propone la sanzione, mentre l'istruttore partecipa alla decisione del Consiglio (art. 8).

Nella fattispecie l'istruttore ha formulato la contestazione, proposto la sanzione e partecipato alla Camera di consiglio esprimendo altresì il voto e quindi è stato applicato sia il vecchio che il nuovo regime. La prova di resistenza della decisione è ininfluente perchè l'istruttore ha partecipato anche alla discussione, contrariamente alla ratio del procedimento precedente secondo il quale alla Camera di consiglio non dovevano partecipare persone non terze e quindi la decisione è comunque illegittima, ed infatti la prova di resistenza può operare soltanto nei casi in cui la valutazione non è discrezionale, ma vincolata, diversamente comportando una fonte di perturbazione del processo logico - valutativo attraverso la discussione. Il legislatore ha dunque presunto iuris et de iure il pregiudizio nel vietare nel nuovo regolamento la proposta della sanzione da parte dell'istruttore e poichè questi invece ha chiesto la sanzione dell'avvertimento e poi ha partecipato alla fase di deliberazione, non vi è spazio per valutarne, per ragioni metagiuridiche, il concreto pregiudizio, ma riscontrata la violazione di legge la decisione va dichiarata illegittima.

Il motivo è infondato.

Ed infatti il provvedimento impugnato è fondato su due rationes decidendi, ciascuna di loro idonea a sorreggere il decisum: a) insussistenza della nullità della delibera con cui è stata irrogata la sanzione disciplinare poiché la maggioranza dei voti per la decisione adottata sussiste anche non considerando il voto espresso dal consigliere istruttore; b) esclusione della lesione degli interessi sottesi alla disciplina contenuta nel regolamento del 2001 - ritenuto applicabile nella fattispecie - perché è stato il Consiglio dell'Ordine a decidere l'apertura del procedimento disciplinare e a formulare il capo di imputazione e non già il consigliere istruttore, con la conseguenza da un lato che la sua proposta di irrogare la sanzione dell'avvertimento non ha pregiudicato l'accertamento della violazione interesse tutelato dalla norme procedurali che gli vietano di aprire il procedimento, formulare il capo di imputazione e deliberare al riguardo - dall'altro che perciò egli ha legittimamente svolto la relazione e partecipato al voto. Le due ragioni, autonome, della decisione, sono state impuginate invocando precedenti che hanno statuito l'inapplicabilità della regola della c.d. prova di resistenza nelle decisioni giurisdizionali e chiedendo pertanto di dichiarare l'illegittimità della decisione del consiglio dell'Ordine essendo state violate le norme del regolamento del 2001 che non consentono a colui che ha proposto la sanzione di partecipare alla decisione.

Senonché tali precedenti sono irrilevanti nella fattispecie perché, essendo il procedimento disciplinare di natura amministrativa (Cass. 4188/2004), sono inapplicabili le norme sulla composizione dei collegi giudicanti dettate per i procedimenti giurisdizionali (S.U. 15404/2003), e quindi le censure contenute nel motivo vanno respinte.

2.- Con il secondo motivo la C. deduce: "Violazione e falsa applicazione di legge in relazione agli artt. 155, 316, 317, e 317 bis c.c.. Violazione e falsa applicazione dell'art. 31 del codice di deontologia degli psicologi approvato con deliberazione C.N. ordine psicologi del 27-8 giugno 1997. Omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia (art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5)".

Poiché secondo la norma del testo di deontologia degli psicologi del 1997 - art. 31 - le prestazioni professionali a minori sono "generalmente" subordinate al consenso di chi esercita su di esse la potestà genitoriale, si pone il quesito di stabilire, se, nel caso in cui il minore, nell'ambito della famiglia naturale, è affidato ad un genitore e viva però in forza del medesimo provvedimento tre giorni alla settimana con l'altro genitore, sia sufficiente il consenso di quest'ultimo, o del genitore affidatario o di entrambi per l'esecuzione delle predette prestazioni professionali.

La Corte di merito da per scontato che l'art. 155 cod. civ., secondo il quale il coniuge cui siano affidati i figli ha l'esercizio esclusivo della potestà, sia applicabile anche nel caso di genitori naturali, mentre la Corte Costituzionale, in relazione alla possibilità di assegnare la casa familiare al genitore affidatario del figlio riconosciuto, ha escluso l'applicabilità dell'art. 155 c.c., comma 3, in caso di convivenza sottolineandone la differenza con il caso di matrimonio.

Di conseguenza, nel caso di famiglia naturale, si applica l'art. 317 bis c.c., secondo il quale l'esercizio della potestà spetta al genitore con il quale il figlio convive e nella fattispecie il padre conviveva con la figlia per tre giorni su sei e comunque per l'art. 316 c.c., la potestà non cessa quando i figli vengono affidati ad uno dei genitori naturali perché entrambi ne sono titolari, mentre l'affidamento interferisce soltanto sulla relativa modalità di esercizio. Alla luce di tali disposizioni è dunque da valutare se la richiesta di osservazione psicologica di minore può provenire dal genitore non affidatario, atteso che essa può anche essere strumentale per osservare se il minore viene educato - anche in base a componenti psicologiche - ed istruito dall'altro genitore, e sul punto il provvedimento nulla dice. Dunque la potestà comune permane anche nel caso di affido esclusivo ed è un quid pluris rispetto al dovere di vigilare sull'educazione ed istruzione della minore. E se per la stessa Corte di merito nel caso di affidamento congiunto non vi è la necessità del consenso dell'altro genitore per visite non invasive, come quella psicologica, altrettanto deve ritenersi nel caso di affidamento esclusivo per la residua potestà genitoriale spettante all'altro genitore volendo la norma, anche dell'art. 31 del codice deontologico, escludere soltanto la possibilità di visite senza il consenso del titolare della potestà e quindi, non avendo la Corte preso in esame le visite non invasive, vi è anche difetto di motivazione, essendo peraltro irrilevante per l'interpretazione delle norme la conflittualità tra i genitori, nella specie neppure accertata. Inoltre, se la norma vuole tutelare i minori da prestazioni non consentite dal genitore affidatario, allora l'alternativa comunicazione di esse all'autorità tutoria è illogica e contraddittoria.

Il motivo è infondato.

L'art. 317 bis cod. civ., secondo il quale "Se il riconoscimento è fatto da entrambi i genitori, l'esercizio della potestà spetta congiuntamente ad entrambi i genitori qualora siano conviventi", in tal caso rinvia all'art. 316, mentre "Se i genitori non convivono l'esercizio della potestà spetta al genitore con il quale il figlio convive", determinava, nell'applicazione anteriore alla L. n. 54 del 2006, come nella fattispecie, la cessazione dell'esercizio della potestà congiunta dei genitori naturali alla cessazione della loro convivenza. Peraltro dal provvedimento impugnato emerge che l'addebito dell'illecito attiene alla terza osservazione psicologica, effettuata dalla C. dopo che era stato disposto l'affidamento esclusivo della minore alla madre, che pertanto non conviveva più alternativamente tra la stessa e il padre, ed è stata effettuata non ai fini della vigilanza dell'altro genitore sulla educazione o istruzione della figlia, bensì per ottenere l'affidamento della stessa, stante il disaccordo dei genitori al riguardo.

Pertanto correttamente la Corte di merito ha respinto il reclamo avverso la decisione di primo grado che aveva escluso l'insussistenza dell'illecito disciplinare di cui all'art. 31 del codice deontologico - secondo cui "Le prestazioni professionali a persone minorenni o interdetto sono generalmente subordinate al consenso di chi esercita sulle medesime la potestà genitoriale o la tutela - interpretando tale disposizione alla luce dell'art. 317 cod. civ., razione temporis applicabile, e le censure vanno conseguentemente rigettate.

3.- Con il terzo motivo, a cui va riconosciuta priorità logico - giuridica, la C. deduce: "Insussistenza dell'illecito disciplinare. Violazione e falsa applicazione dell'art. 31 del codice di deontologia degli psicologi, approvato con deliberazione C.N. ordine psicologi del 27-8 giugno 1997. Omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia (art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5)".

Corretta interpretazione dell'art. 31 del codice deontologico: "Le prestazioni professionali a persone minorenni o interdetto sono generalmente subordinate al consenso di chi esercita sulle medesime la potestà genitoriale o la tutela. Lo psicologo che, in assenza del consenso di cui al precedente comma, giudica necessario l'intervento professionale, nonché l'assoluta riservatezza dello stesso, è tenuto ad informarne l'autorità tutoria dell'instaurarsi della relazione professionale".

Detta norma non si riferisce alle osservazioni psicologiche, ma alle prestazioni terapeutiche per le quali, per ragioni logiche, vi è l'esigenza di tutelare la minore avverso interferenze che secondo principi generalissimi sono lecite. Ed infatti, in mancanza del consenso, sussistendone i presupposti, lo psicologo deve comunicare all'autorità tutoria "l'instaurarsi della relazione professionale", non ravvisabile nella seduta di osservazione psicologica che non ha carattere curativo e attraverso la quale non si instaura una relazione professionale.

Ed infatti il precitato art. 31 può essere interpretato innanzi tutto nel senso che il primo comma non costituisce un'ipotesi congiunta al secondo comma poichè, avendo portata generale, si riferisce a tutte le prestazioni professionali, in relazione alle quali lo psicologo può ritenere non necessario, nel caso concreto, il consenso del genitore affidatario per la sporadica osservazione psicologica - come nel caso di specie - mentre il secondo comma si riferisce alla specie delle relazioni professionali, per le quali è necessario informare l'autorità tutoria se non si ottiene il consenso del genitore affidatario, non richiesto perchè non è il caso di specie.

In secondo luogo può essere interpretato, come ha fatto la Corte di appello, congiuntamente il comma 1 e 2, con la conseguenza che le disposizioni si riferiscono alla relazioni professionali e non anche alla singola osservazione, come nella specie, che non instaura la relazione.

In entrambi i casi la violazione del codice deontologico non sussiste.

In base alla terza interpretazione invece, seguita dalla Corte di appello, per tutte le prestazioni professionali, anche per quelle sporadiche, è necessario il consenso del genitore affidatario, ma tale lettura è sfavorevole all'imputato e non avrebbe senso per qualsiasi prestazione professionale, mentre lo assume per la relazione prolungata, anche per dare il tempo all'autorità tutoria di vietarla. L'instaurarsi della relazione è da escludere anche se nella specie si è trattato di osservazione di completamento, espletata nell'esclusivo interesse della minore, che era quello di restare tre giorni con il padre e tre con la madre, contrariamente all'opposta opinione del consulente di parte della madre, e poichè tale interesse non è stato considerato dalla Corte di merito, il provvedimento deve essere annullato.

Il motivo è infondato.

Infatti, posto che l'art. 317 bis c.c., u.c., consentiva al genitore che non esercitava la potestà soltanto il potere di vigilare sull'istruzione, sull'educazione e sulle condizioni di vita del figlio minore, e che la Corte di appello ha accertato che la C. non ha sottoposto la minore ad osservazione psicologica su incarico del Tribunale dei Minori per risolvere la contesa tra i genitori sulle decisioni al riguardo da adottare o adottate, bensì quale C.T.P. del padre nella contesa per l'affidamento della comune figlia, va osservato che mentre l'interpretazione adottata dalla Corte di merito sulle disposizioni contenute nell'art. 31 del codice deontologico si rispecchia nella disposizione contenuta nell'art. 317 bis cod. civ., u.c., surrichiamato, le diverse prospettate interpretazioni delle medesime disposizioni si risolvono nella mera riproposizione delle tesi di merito e conseguentemente le relative censure vanno respinte.

4.- Con il quarto motivo deduce: "Ancora sul merito. Insussistenza dell'illecito disciplinare. Violazione e falsa applicazione dell'art. 31 del codice di deontologia degli psicologi approvato con deliberazione C.N. ordine psicologi del 27-8 giugno 1997 sotto ulteriore profilo. Violazione e falsa applicazione dei principi generali in materia di illecito disciplinare. Omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione su punto decisivo della controversia (art. 360 c.p.c., nn. 3 e 5)".

In merito all'elemento soggettivo della C., la Corte di merito ha affermato che essa conosceva l'affido della minore alla madre, ma non risulta che il padre le avesse anche comunicato che il relativo decreto, in deroga ai principi generali, aveva efficacia immediata, ovvero che essa ne avesse preso direttamente visione. Ed infatti la sua qualifica professionale non le consentiva di conoscere concretamente tutti i provvedimenti adottati dal Tribunale, anche quelli provvisoriamente esecutivi, come invece ritenuto dalla Corte di merito, mentre quanto alla concreta attuazione del decreto di cui secondo la Corte di merito la C. era a conoscenza, con esso non era modificata la permanenza della minore, come avveniva prima dell'affido esclusivo, tre giorni al padre e tre giorni alla madre.

In ogni caso la difficile interpretazione dell'art. 31, riconosciuta anche dal Consiglio dell'ordine, avrebbe dovuto escludere l'applicazione della sanzione e su tale punto nulla la Corte di merito ha motivato.

Il motivo è inammissibile.

Ed infatti mediante il medesimo la ricorrente tende a dare una diversa interpretazione agli accertamenti di fatto richiamati nella parte narrativa del provvedimento impugnato - pag. 5, secondo cpv. - secondo i quali: ".. da quanto era dato desumere dalla relazione in data 7 marzo 2000 - e cioè quella che ha configurato l'illecito disciplinare - la C. era comunque consapevole del fatto che il decreto di affidamento esclusivo della minore alla madre aveva avuto concreta attuazione".

5.- Concludendo il ricorso va respinto.

La ricorrente va condannata a pagare le spese del giudizio di cassazione.

## **P.Q.M.**

La Corte rigetta il ricorso; condanna la ricorrente a pagare le spese del giudizio di cassazione pari ad Euro 1.700,00 di cui Euro 1.500,00 per onorari, oltre spese generali e accessori di legge.

Così deciso in Roma, il 18 novembre 2009.

Depositato in Cancelleria il 11 febbraio 2010