

Ruolo dell'avvocato nelle controversie di famiglia in presenza di figli minori:

Morale e deontologia

Avvocato



Dell'ESSERE

- * Sentimenti;
- * Desideri;
- * Paure;
- * Bisogni e Necessità difficilmente esprimibili ed interpretabili



CAPITALE
UMANO

Dell'AVERE

- * Materialità;
- * Interessi di ordine economico



CAPITALE
ECONOMICO

Corte Cost. sent.n.178 del 22.06.2004

- * In riferimento ad un procedimento di adozione e di controllo della potestà genitoriale
- * «...necessità di avvalersi nei procedimenti in questione di professionisti in possesso di competenze adeguate alla particolarità e alla delicatezza della funzione da assolvere»

I Minori, Gli Uomini del Domani

* «Ogni bambino perpetua
l'esistenza di una famiglia e
rappresenta il futuro della
società»

- * Cit. Avv. del Gabon, in un congresso internazionale ricordando la posizione del minore nel **diritto consuetudinario africano**

Approccio

GIURIDICO ACRITICO

- competenza giuridica al servizio delle pretese dell'assistito
- adesivo, immediato, facile
- verifica della proponibilità dell'azione

GIURIDICO MULTIDISCIPLINARE

- capacità di ridefinizione delle richieste del cliente
- valutazione plausibilità e congruità
- capacità di «**fare rete**» con servizi sociali, mediatori familiari, psicologi, consultori, al fine di individuare percorsi alternativi al contenzioso giudiziario (art. 27)

Art. 27 comma 3

- * 3. L'avvocato, all'atto del conferimento dell'incarico, deve informare la parte assistita chiaramente e per iscritto della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione previsto dalla legge; deve altresì informarla dei percorsi alternativi al contenzioso giudiziario, pure previsti dalla legge.

Art. 2 comma 7 L. 162/2014

*7. E' dovere deontologico degli avvocati informare il cliente all'atto del conferimento dell'incarico della possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita.

Codice Deontologico del 1997 in ambito familiare privo di specifiche norme



Necessità di **colmare i vuoti legislativi** tramite
l'applicazione dei **principi generali** :

- * Doveri di lealtà e correttezza (art. 6) ➡ art. 19
- * Doveri di fedeltà (art. 7) ➡ art. 10
- * Doveri di diligenza (art. 8) ➡ art. 12
- * Doveri di segretezza e riservatezza (art. 9) ➡ art. 13
- * Doveri di indipendenza (art. 10) ➡ art. 9
- * Doveri di fiducia (art. 35) ➡ art. 11
- * Autonomia del rapporto professionale (art. 36) ➡ art. 9
- * Conflitto di interessi (art. 37) ➡ art. 24

Nuovo Codice Deontologico

in vigore 16 dicembre 2014 in attuazione della
legge 247/2012



- si è fatto carico all'art.68 della previsione dei possibili profili di **conflitto di interessi** nel caso di assunzione di **incarichi contro una parte già assistita** con specifico riferimento alle controversie familiari

- ha recepito all'art.56 il principio della c.d. «**audizione del minore**» sancito all'art.6

Convenzione di Strasburgo

Art. 68 Assunzione di incarichi contro una parte già assistita

- * 1. L'avvocato può assumere un incarico professionale contro una parte già assistita solo quando sia **trascorso almeno un biennio dalla cessazione del rapporto professionale.** (sospensione da **due a sei mesi**)
- * 2. L'avvocato non deve assumere un incarico professionale contro una parte già assistita quando **l'oggetto del nuovo incarico non sia estraneo a quello espletato in precedenza.**(sospensione **da uno a tre anni**)
- * 3. In ogni caso, è fatto **divieto all'avvocato di utilizzare notizie acquisite** in ragione del rapporto già esaurito. (sospensione **da uno a tre anni**)
- * 4. L'avvocato che abbia assistito congiuntamente **coniugi o conviventi** in controversie di natura familiare **deve sempre astenersi dal prestare la propria assistenza in favore di uno di essi in controversie successive tra i medesimi.** (sospensione **da due e sei mesi**)
- * 5. L'avvocato che abbia **assistito il minore in controversie familiari** deve **sempre astenersi dal prestare la propria assistenza in favore di uno dei genitori in successive controversie aventi la medesima natura, e viceversa.**(sospensione **da uno e tre anni**)

C.N.F. Sent. n. 92 del 4 luglio 2002

- * Il professionista che dopo aver assistito entrambi i coniugi in una procedura di separazione, assume la difesa di un coniuge contro l'altro nella fase del divorzio, non pone in essere un comportamento scorretto se l'attività precedente sia mera assistenza ed egli non abbia in concreto utilizzato circostanze conosciute nella fase precedente

Cass. S.U. sent. N.134 del 10.01.2006

* « art. 37 comma terzo, vieta all'avv. che abbia assistito congiuntamente i coniugi in controversie familiari di prestare la propria assistenza in favore di uno di essi in successive controversie tra i medesimi..**obbligo assoluto di astensione....** tale disposizione ha **carattere speciale** rispetto al comma primo.....: nella materia del diritto di famiglia, la valutazione è stata fatta una volta per tutte dalla norma, onde l'interprete è tenuto soltanto ad **accertare il fatto che costituisce il presupposto di quell'effetto, senza indagare se il conflitto abbia carattere reale o meramente potenziale»**

C.N.F. sent. N.26 del 12.05.2010

Benchè l'art.51, canone I, c.d.f. faccia espresso riferimento alla fattispecie in cui un avvocato, dopo aver assistito congiuntamente i coniugi in controversie familiari, assuma successivamente il mandato in favore di uno di essi contro l'altro, analoga esigenza di tutela è ravvisabile nell'ipotesi in cui l'avvocato abbia accettato il mandato dall'altro coniuge per assisterlo nella medesima separazione, con conseguente operatività, anche in tale ultima fattispecie, del medesimo obbligo di astensione dell'avvocato, a prescindere dalla sussistenza di un conflitto di interessi effettivo o meramente potenziale.

Cass. S.U. sent. n. 8057 del 07.04.2014

«.... non è importante stabilire se esista o meno la prova del conferimento della procura, nel giudizio di separazione personale, **quanto se l'Avv. abbia comunque svolto un'attività di assistenza, anche soltanto formale**, in favore di una parte nei cui confronti, per lo stesso oggetto, abbia successivamente assunto iniziative giudiziarie.... il dato fattuale ed assorbente è costituito dalla circostanza che **l'Avv. ebbe a raccogliere la volontà di separarsi dal coniuge ed alle condizioni contenute nel ricorso predisposto per entrambi o anche in favore di entrambi e che egli presenziò all'udienza»**

C. N. F. sent. n. 63 del 2014

CASO: Avv. P.C. propone ricorso per **separazione consensuale**,
Sig.ra A si rifiuta di sottoscrivere la separazione all'udienza presidenziale,
Avv. P.C. mantiene la difesa del solo Sig. B e presenta ricorso per **separazione
giudiziale**;

« ... la sentenza delle **S.U. della Cassazione del 10.01.2006
n.134** e la giurisprudenza conforme a questo Consiglio ha
più volte ribadito come il canone originariamente
previsto dall'art.37,3°c, oggi art.51, 1°c, costituisca una
**forma di tutela anticipata al mero pericolo derivante
anche dalla sola teorica possibilità di conflitto di
interessi.....**



- *Di tal ché per il perfezionamento dell'illecito deontologico, non richiedendosi necessariamente l'uso delle conoscenze acquisite attraverso l'incarico congiunto precedentemente espletato, è sufficiente che l'attività del professionista genericamente indicata dalla norma e non meglio specificata, sia intervenuta in qualsiasi modo nel processo di formazione della volontà comune espressa negli accordi di separazione.»
- * (conforme C.N.F. sent. n.43/14; C.N.F. sent. n. 35/13)

C.N.F sent. N.76 del 2012

CASO: Avv. T. assiste Sig.ra A contro Sig. B, ex convivente, per l' affidamento del figlio, la stessa revoca il mandato all'Avv.T, che dopo neanche due anni si costituisce nello stesso procedimento in difesa del Sig.B.

« La **ratio** della disposizione della prima parte dell'**art.51**, che prescinde anche dal concreto utilizzo di eventuali informazioni acquisite nel corso del precedente incarico, deve essere individuata nella **tutela dell'immagine della professione forense**, ritenendosi **non decoroso né opportuno che un avvocato muti troppo rapidamente cliente**, passando, senza adeguato intervallo temporale, di durata biennale, nel campo avverso.....



*In ogni caso, se pure l'incarico fosse stato diverso, il periodo di tempo trascorso non era sufficiente per assumerlo, considerato che, diversamente da quanto sostenuto dal ricorrente, **il limite biennale costituisce un termine minimo e non massimo**, così come sancito dalla norma del Codice Deontologico Forense, molto chiara e precisa sul punto.»

Art. 68 co. 4 c.d. e art. 9 L.n. 162/14

- * L'Avvocato ha assistito la parte nella N.A. conclusasi senza il raggiungimento dell'accordo



- * **OBBIGO DI LEALTA' E RISERBO** sulle informazioni apprese in sede di N.A.



- * Se Avvocato assiste parte anche in successiva fase giudiziale, come avviene nei casi di separazione e divorzio = **VIOLAZIONE DEONTOLOGICA**

Art. 56 Ascolto del Minore

1. L'avvocato non può procedere all'ascolto

• senza il consenso degli esercenti la responsabilità genitoriale, sempre che non sussista conflitto di interessi con gli stessi

2. L'avvocato del **genitore**, nelle controversie in materia familiare e minorile **deve astenersi**

da ogni forma di colloquio e contatto con i figli minori sulle circostanze oggetto delle stesse

* 3. L'avvocato **difensore nel procedimento penale**,
per :

- conferire con persona minore
- assumere informazioni dalla stessa
- richiederle dichiarazioni scritte

deve → **invitare formalmente gli esercenti la responsabilità genitoriale,**

con indicazione della **facoltà di intervenire all'atto**,
fatto salvo **l'obbligo della presenza dell'esperto nei casi previsti dalla legge e**

in ogni caso quando il minore sia persona offesa dal reato.

* 4. Violazione dei commi precedenti, comporta
sospensione da **sei mesi ad un anno**

Inadeguatezza del vecchio codice, deficit di tutela per il minore in relazione a:

- * **Convenzione di Strasburgo** del 25 gennaio 1996 per i diritti del minore, ratificata in Italia con L. n.77 del 20.03.2003
- * **Convenzione di New York** del 20 novembre 1989 sull'esercizio dei diritti del fanciullo, ratificata con L. n.176 del 27.05.1991.

ART. 315 BIS C.C. co.3

3. Il figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano.

ART. 336 BIS C.C

- * Il minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di eta' inferiore ove capace di discernimento e' ascoltato dal presidente del tribunale o dal giudice delegato nell'ambito dei procedimenti nei quali devono essere adottati provvedimenti che lo riguardano.
- * Se l'ascolto e' in contrasto con l'interesse del minore, o manifestamente superfluo, il giudice non procede all'adempimento dandone atto con provvedimento motivato.
- * L'ascolto e' condotto dal giudice, anche avvalendosi di esperti o di altri ausiliari.
- *

Cass. S.U. sent. n. 22238 del 21.10.09

CASO: separazione personale ed affidamento minori

« **L'audizione dei minori**, già prevista nell'art. 12 della Convenzione di NY, è divenuta un adempimento necessario, nelle procedure giudiziarie che li riguardano, ed in particolare in quelle relative al loro affidamento ai genitori, ai sensi dell'art.6 della Convenzione di Strasburgo, salvo che l'ascolto possa essere in contrasto con gli interessi superiori del minore.



- * Costituisce, pertanto, **violazione del principio del contraddittorio e dei principi del giusto processo il mancato ascolto** che non sia sorretto da espressa motivazione sull'assenza di discernimento che ne può giustificare l'omissione, in quanto il minore è **portatore di interessi contrapposti** e diversi da quelli del genitore, in sede di affidamento e diritto di visita e, per tale profilo, è qualificabile come **parte in senso sostanziale»**

Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Udine decisione del 13.04.2004:

Sanzionò con la **sospensione per tre mesi** dall'esercizio della professione forense l'Avv. M., al quale era stata addebitata una **violazione dei doveri di dignità, decoro e lealtà professionali** per avere egli, nel corso di un giudizio di separazione coniugale in cui difendeva la Sig.ra B.E., **intrattenuto colloqui con i figli minorenni** di costei, su **questioni attinenti alla causa di separazione**, benché detti figli fossero in assai tenera età e fossero state disposte dal giudice specifiche restrizioni in ordine alla loro frequentazione.



C.N.F. sent. N. 17 del 22.04.08

*il Giudice della separazione aveva prescritto che la frequentazione dei minori dovesse avvenire alla presenza del nonno o della zia e sotto la supervisione di un educatore, e tale **prescrizione, pur se indirizzata ai genitori, era intrinsecamente destinata a spiegare i suoi effetti anche nei confronti di terzi**, ogniqualvolta essi intendessero intrattenere colloqui aventi ad oggetto la situazione familiare, a tutela dell'interesse morale dei minori stessi, per loro età non ancora capaci di una valutazione personale pienamente attendibile rispetto ad eventi suscettibili di incidere sull'ancora fragile equilibrio e sulla loro vita di relazione.»

* Confermata dalla Cass. S.U. n.2637 del 04.02.09

L. 162/14 / Art. 56 co.1 c.d.

- * Facoltà dell'Avvocato di ascoltare il minore
previo consenso degli esercenti la
responsabilità genitoriale



- * **Avvocato del minore NON AVVOCATO
DEL GENITORE NELLA CONTROVERSIA
FAMILIARE**

* Avvocato del genitore nei
procedimenti di negoziazione
assistita



Art. 56 co.2 c.d.

DIVIETO DI ASCOLTARE E AVERE CONTATTI CON
IL MINORE SULLE QUESTIONI DELLA
SEPARAZIONE O DIVORZIO, in mancanza di una
figura terza (Giudice + ausilio dell'esperto)

Decalogo dell'Avvocato Aiaf

o) Prerequisito: competenza e aggiornamento;

1) **Dovere di informazione**, che si sostanzia nella **presa in incarico delle questioni giuridiche problematiche del cliente** con l'obiettivo di fornire una **possibile soluzione alla luce del dettato normativo e degli orientamenti giurisprudenziali**, intendendo svolgere primariamente un'opera di mediazione;

2) **Dovere di non fomentare il conflitto**, per tale ragione, prima di dar corso ad un procedimento, è opportuno **contattare la controparte invitandola a confrontarsi stragiudizialmente** con l'assistenza di altro legale per cercare una soluzione concordata; promuovendo a tal fine, con spirito di trasparente collaborazione, incontri e scambio di ogni documentazione atta a **favorire l'intesa**.

* 3) **Dovere di salvaguardare le relazioni familiari** ancora possibili, in particolar modo attivarsi per **tutelare primariamente gli interessi della prole**, nel tentativo di **preservare entrambe le figure genitoriali**, stimolando nei genitori la consapevolezza che, malgrado i loro dissensi, non cesseranno di essere tali e come tali dovranno continuare a comportarsi nell'esercizio dei loro diritti-doveri al fine di una corretta valutazione delle esigenze morali e patrimoniali correlate al rapporto con i figli.

4) Dovere di non aiutare il genitore collocatario nell'ostacolare i rapporti dei figli con il genitore non collocatario con intento punitivo verso quest'ultimo.

5) Dovere di non aiutare il cliente ad eludere gli obblighi economici nei confronti di figli e coniuge, informando il confronto processuale, al puntuale rispetto del giusto processo e del contraddittorio affinché sia garantito un corretto esercizio del diritto alla difesa.

Al fine di **tutelare e garantire l'interesse del minore**, è indispensabile riservare allo stesso ulteriori cautele che si possono sostanziare nel:

- 1) **Preservare la famiglia del minore** e non utilizzare il minore a fini strumentali;
- 2) **Dovere di non ascoltare i figli del proprio assistito** ai fini di una captatio benevolentiae;
- 3) **Ascoltare i minori**, se necessario, sempre e **soltanto in contesti protetti**;
- 4) **Dovere di astenersi dalle audizioni dei minori** quando non sia necessario;
- 5) **Dovere di non fomentare “fantasie magiche”** del minore sulla soluzione dei propri problemi;
- 6) **Dovere di non fomentare nei genitori “fantasie strumentali” di maltrattamento o abuso sessuale**, ma contemporaneo dovere di verifica professionale in tal senso.

* «l'avvocato è – o dovrebbe essere – colui che consiglia e difende il cliente solo e quando è indipendente da qualsiasi interesse o influenze diversi o esterni, dà la sua opera con dedizione e soltanto se ha tempo e la competenza necessaria, non suggerisce furberie, ma il rispetto delle leggi, è dolorosamente inflessibile con chi – anche collega – devia, è prima e soprattutto leale e onesto. In ciò risiede il carisma e quindi l'autorevolezza di un professionista consapevole del suo ruolo: cioè non solo e non tanto nel suo talento, nella sua preparazione, nella sua superiore capacità di associazione di idee, ma nell'onestà delle sue proposizioni e del suo comportamento”

* **Cit. Francesco Galgano**



desanti@lawlab.it