

STUDIO GREGO

Prof. Avv. UMBERTO GREGO (1862-1941)
Avv. ENRICO GREGO (1887-1958)
Avv. UMBERTO GREGO (1917-1958)

16121 GENOVA – Via Roma 5/8
Telefoni 010.56.20.55 r.a.

Avv. MAURO GREGO
Avv. ENRICO GREGO
Avv. PAOLA MATRAINI

Telefax 010.56.28.30

E-mail: studio-grego@studio-grego.it

Diritto di famiglia e deontologia professionale

Genova 27 novembre 2008

Il Collega Cesare Fossati, organizzatore di questo incontro, è un garbato amico.

Infatti, invitandomi a “dire la mia”, egli ha sottaciuto che si è rivolto a me, avvocato non proprio giovane, per essere sicuro di ascoltare parole che partano **da lontano nel tempo**.

Ciò perché egli sa bene che, per studiare e approfondire qualsiasi argomento, bisogna essere consapevoli che **“la vita deve insegnare a cogliere il senso del tempo, delle trasformazioni piccole e grandi cui assistiamo** e che, tutte, concorrono a formare la storia”.

Infatti è continuo il passaggio del testimone ed oggi vi offro il mio: di tempo in tempo ci si accorge che i valori degli ideali rimangono il solo punto di riferimento della vita.

Perciò è giusto e inevitabile che io ricordi che **nel 1945**, quando ho iniziato a frequentare lo Studio di mio padre, **molto era diverso anche e proprio in tema di deontologia e in tema di diritto di famiglia**.

Infatti allora non vi erano ancora regole formalizzate di deontologia: soltanto il richiamo all’**educazione** ed all’**onestà**.

Dunque regole “moralì” e non norme di natura giuridica.

E non sempre ciò era sufficiente.

Ed anche nell'ambito del diritto di famiglia le regole erano diverse: ad esempio (come noto) la separazione giudiziale non era consentita per la semplice intollerabilità, ma occorreva l'offesa grave.

Anche per questo motivo ben di sovente **il livello di conflittualità era, tra le parti e tra Colleghi contrapposti, particolarmente esasperato.**

E così da subito ho constatato che **“il processo è un conflitto non risolto e, quindi, l'epilogo di una incomunicabilità”**¹.

Infatti “la parola è agli avvocati dopo che non ci si parla più” e, di sovente, “dopo che gli avvocati hanno preso la parola non si ritorna a parlarsi”².

Dunque ho constatato che gli avvocati possono essere portati non tanto a **salvare** un rapporto intersoggettivo fallito quanto a **trarre sino in fondo le conseguenze di un fallimento.**

E mio Padre, Avvocato, già allora mi predicava che a tutto ciò si deve rimediare con la **specializzazione e con la deontologia**, mezzi che contribuiscono a **ripristinare il dialogo intersoggettivo.**

E poiché la nostra professione è e deve essere fondata sulla **tradizione e sulla innovazione** dobbiamo coltivare la attuale tendenza alla **specializzazione ed alla rivalutazione della deontologia quali mezzi per assicurare l'equilibrio delle forze contrastanti:** ricerca di un risultato obiettivo, adempimento al “servizio” che gli Avvocati devono compiere nello studio e nella preparazione per ottenere la **corretta risposta umana e giudiziaria.**

Autenticità e sincerità possono restituire valore all'attività dell'avvocato, con un **riordinamento e miglioramento della nostra professione dall'interno** per arrivare ad esprimere una **capaci-**

¹ Vedi “Il giurista perduto. Avvocati e identità professionale” di Giovanni Cosi in Quaderni del Notiziario Forense 1987,167

² così L.Lombardi nella presentazione del volume in nota 1.

tà adeguata ai tempi, poiché, fra tutti, “il requisito che non ha confini territoriali è la professionalità”.

Dunque devono sorgere precisi **interrogativi**: come comportarsi in una determinata circostanza, quando astenersi da una certa condotta, quale scelta compiere di fronte ad alternative sul piano giuridico ed etico, astrattamente possibili.

E vi è da **chiedersi se l'attuale codificazione deontologica sia in grado di cogliere tutti gli aspetti particolari delle attività difensive nel delicatissimo campo del diritto di famiglia** e, in particolare, nella **difesa del minore**, oppure se vi sia la necessità di una specifica normativa, più approfondita ed aggiornata. Se, dunque, vi sia la necessità di un **codice deontologico più aggiornato**, addirittura un sotto-codice di settore per il diritto di famiglia per ricomprendere adeguatamente tutti i possibili casi.

Ricordiamoci che una “funzione essenziale delle norme deontologiche è quella volta ad integrare le norme processuali, contribuendo a migliorare il processo”.

Infatti è pacifico che **“la capacità della professione forense di stabilire canoni accettabili di condotta professionale è essenziale per il mantenimento della integrità e della efficienza del sistema giudiziario”.**

“Il ruolo della deontologia non è sussidiario o secondario rispetto alle regole processuali ma complementare ad esso: la deontologia è parte attiva nella identificazione dei comportamenti da tenere nell'ambito del processo”³.

³ In Danovi: “Dovere di verità e dovere di lealtà nella deontologia forense”, in “Saggi sulla deontologia e professione forense” Milano 1987,95 e 103 e ancora “Diritto forense e law of lawyering nel processo” in Riv.dir.proc. 1994,504 e in La giustizia in parcheggio, Milano, 1996,69.

Precisati questi principi, è da rilevare che il **Codice deontologico forense**⁴ è formato da 60 articoli di “regole generali” nel cui ambito sono enunciati i canoni complementari che specificano i comportamenti più ricorrenti nell’ambito delle regole espresse⁵.

Ciò posto è facile rilevare che **pochi sono i riferimenti specifici al diritto di famiglia.**

Anzi, vi sono soltanto l’art.37 II che disciplina il conflitto di interessi e l’art.52 I sulle investigazioni difensive.⁶

Due soli canoni, dunque: consegue che si potrebbe ritenere la insufficienza del codice deontologico a considerare tutti gli svariati casi che riguardano i rapporti interpersonali nell’ambito familiare.

Ma ritengo si debba considerare che il codice deontologico non intende esprimere una esasperata casistica di tutti i possibili comportamenti (come negli USA) ma rappresenta una sintesi, una indicazione di principi e comportamenti in via generale che hanno consentito sino ad oggi di valutare la condotta degli avvocati secondo i principi generali improntati dal dovere di:

⁴ Approvato il 17 aprile 1997 e modificato il 16 ottobre 1999 ed il 26 ottobre 2002. Il primo testo (o proposta) di “Codice deontologico forense” risale al 1984 basato sulle decisioni già intervenute ed elaborate dagli organi disciplinari o giudiziari (Danovi, Milano 1984).

Nel novembre del 1995 il Consiglio nazionale forense ha nominato una “Commissione per la redazione del Codice deontologico”(Rassegna forense 1996,685, e 1997, 309 e 575).

⁵ La Cassazione ha riconosciuto che le norme deontologiche hanno **natura giuridica** (Cass.sez.un. 6 giugno 2002 n.8225 in Rass.forense 2003,130. In Cass.sez.un.23 marzo 2004, n.5776 è specificato quanto segue: “secondo un indirizzo che si va delineando nella giurisprudenza di questa Corte, nell’ambito della violazione di legge va compresa anche la violazione delle norme dei codici deontologici degli ordini professionali, trattandosi di norme giuridiche obbligatorie valevoli per gli iscritti all’albo ma che integrano il diritto oggettivo ai fini della configurazione dell’illecito disciplinare”.

Una conferma della giuridicità dell’ordinamento disciplinare sta nel fatto che la violazione delle norme deontologiche comporta *sanzioni giuridiche* espressamente previste dall’ordinamento a conclusione di un *procedimento giurisdizionale* (nella seconda fase), con il controllo finale delle Sezioni unite della Cassazione in sede di legittimità (tra l’altro per violazione di legge). Non vi sarebbe questo procedimento giurisdizionale se si fosse rimasti nell’ambito dell’applicazione di una norma morale.

⁶ La norma impone al difensore che intenda “*conferire, chiedere dichiarazioni scritte o assumere informazioni dalla persona offesa dal reato...nel caso di persona minore*” di comunicare l’invito “*anche a chi esercita la potestà dei genitori con facoltà di intervenire all’atto*”.

probità, dignità, decoro (art.5,6);
 fedeltà (art.7);
 diligenza (art.8);
 segretezza e riservatezza (art.9);
 indipendenza (art.10);
 difesa (art.11);
 competenza (art.12);
 formazione ed aggiornamento professionale (art.13);
 verità (art.14);
 oltre le regole per i rapporti con i Colleghi (art.22 e segg.);
 con la parte assistita (art.35 e seguenti), con le controparti, i Magistrati e i terzi in genere (art.48 e seguenti).

E non ritengo si debba prendere in considerazione la necessità della elaborazione di un nuovo codice di comportamento o di un sub-codice di settore, ma si dovrebbero semplicemente precisare i comportamenti più ricorrenti.

La necessità primaria è costituita dal fatto che, nell'ambito del diritto di famiglia, **“a causa dei valori della persona”** che sono coinvolti, il comportamento degli avvocati deve essere ispirato da un **“alto grado di sensibilità e dalla necessità e volontà di ricondurre i contrasti all'equilibrio e non all'exasperazione”**.

Dunque non è soltanto la deontologia dell'avvocato che deve essere invocata ma soprattutto la professionalità dell'avvocato:

la prima assicura una sanzione per i comportamenti non corretti,

“la seconda assicura la continuità e l'eccellenza delle prestazioni, presupposti indispensabili per agire nell'ambito del diritto di famiglia”.

Ricordiamoci infatti e sempre che, soprattutto in questo ambito, un avvocato non esperto può fare dei disastri.

Infatti è proprio tutto **ciò che non si conosce** e che **non si approfondisce** che può servire per avvicinarsi alla giustizia.

Vi è dunque la necessità (ormai riconosciuta) di assegnare all'Avvocato che opera in questo settore un "titolo di specializzazione", con la creazione di un elenco particolare.

Ciò non soltanto nell'interesse degli avvocati, ma anche e soprattutto dei cittadini che a loro si rivolgono.

Questo è l'obbiettivo che spetta agli Organi Forensi realizzare.⁷

Al tempo stesso, senza elaborare un nuovo codice deontologico forense, fermi restando i principi generali, si dovrebbe effettuare una **ricognizione dei principi applicabili ai rapporti familiari** con la individuazione - quale interpretazione delle norme generali - dei comportamenti dovuti.⁸

*** * ***

Di fronte alla "*specialità*" del diritto di famiglia esiste la "*iper specialità*" del **diritto minorile** che impone all'avvocato **una specifica formazione ed esperienza ed una competenza multidisciplinare.**

L' "Avvocato del minore" è una figura ancora non compiutamente realizzata anche se la legge 149 del 2001 in tema di difesa processuale del minore è stata salutata come evento di straordinaria importanza nella prospettiva di un giusto processo pur nelle continue

⁷ Si veda il disegno di legge presentato il 1° dicembre 2006 dal Governo per il riordino dell'accesso alle professioni intellettuali, per la riorganizzazione degli Ordini, Albi e Collegi professionali, ecc..

Il 19/9/2008 il Consiglio Nazionale Forense ha determinato i "primi punti saldi della riforma dell'ordinamento professionale", con la decisione di "**disciplinare le specializzazioni** che dovranno essere conseguite con modalità che saranno concordate con gli Ordini e Associazioni più rappresentative. Un apposito regolamento prevederà l'**elenco delle specializzazioni** riconosciute, i percorsi formativi e professionali".

⁸ In tema di specializzazione si veda anche il "Resoconto della riunione 20/9/2008 del Coordinamento nazionale dell'Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia- Avvocati di famiglia" (Via Nomentana 257 - 00161, Roma tel 336.6022479) . Vedi Rivista bimestrale Avvocati di famiglia. Sito associativo: "osservatoriofamiglia.it" ed anche "assistenza@osservatoriofamiglia.it".

proroghe all'entrata in vigore e la persistente mancanza di una normativa di attuazione.

Si è discusso sul pieno riconoscimento del minore quale parte del processo (con diritto di essere rappresentato processualmente da un difensore) o sul ridimensionamento dei suoi diritti concedendogli soltanto un curatore speciale.

Tenuto conto del diritto comunitario e delle convenzioni internazionali (che citano esplicitamente i "diritti" del minore) si può dire completato il processo di progressivo riconoscimento del diritto soggettivo del minore e di superamento del concetto di "interesse del minore", anche se in modo non soddisfacente.

Avvocato del minore non è, dunque, chi in ambito civilistico difenda uno dei coniugi e, indirettamente, ritenga di difendere anche la prole.

E' Avvocato del minore colui che difende essenzialmente ed esclusivamente il minore stesso: per una questione di status di adottabilità o di potestà genitoriale, per un'imputazione o quale parte offesa nel processo penale, per la richiesta di un risarcimento del danno biologico⁹.

Ed il vero e "formale" "Avvocato del minore" "**non deve essere preparato soltanto sul terreno tecnico-giuridico.** Anzi la sola preparazione tecnica può non costituire un elemento favorevole, giacchè coloro che sono chiamati ad assistere un minore devono

⁹ Sino alla legge 149/2001 l'ordinamento prevedeva la figura del curatore speciale del minore e la prassi era orientata verso la nomina di curatori nell'ambito degli avvocati, tenuto conto che le funzioni del curatore dovevano spesso essere esercitate anche processualmente.

Oggi i procedimenti di adottabilità devono svolgersi con l'assistenza legale del minore, dei genitori o degli altri parenti. Essi devono essere espressamente invitati a nominare un difensore, in difetto deve essere loro nominato un **difensore d'ufficio: assoluta novità nel panorama processuale civilistico.** Questo orientamento tende a favorire la costruzione di una nuova competenza nell'avvocatura. Si vedano le "Proposte per una normativa di attuazione dell'obbligo di difesa del minore" elaborate dall'Osservatorio per la giustizia civile di Milano, contenenti la previsione (nell'art.1) della istituzione presso ogni Consiglio dell'Ordine di un "**elenco di avvocati per le procedure minorili.**"

Sui problemi di attuazione si veda la "nota" 5 giugno 2008 protocollo N°750/08 del Presidente del Tribunale per i minorenni di Torino Dott.Fulvio Villa.

avere acquisito una preparazione specifica e pluridisciplinare che preveda anche competenze di **psicologia e sociologia** per la comprensione del minore nelle varie fasi dello sviluppo evolutivo e per penetrare all'interno delle dinamiche familiari”¹⁰.

E “quando in un procedimento è presente direttamente o indirettamente un minore i comuni modelli di comportamento professionale non appaiono né sufficienti né adeguati”¹¹

Siamo in un settore dell'attività professionale nel quale hanno prevalenza i profili di responsabilità etica e sociale della funzione del difensore.

La tutela del minore costituisce uno dei principi fondamentali della società civile ed un terreno sul quale per soggezione psicologica, interposizione di soggetti portatori di diversi interessi si accentuano i profili di discrezionalità e quindi di responsabilità dell'avvocato.

L'ascolto, l'assistenza e la rappresentanza del minore, con l'infinita casistica dei problemi di valutazione, sono dunque un problema nel problema, la cui soluzione sta in quello che può chiamarsi “il sapere extragiuridico dell'avvocato”.¹²

Si consideri il caso dell'avvocato che agisce **contro** il minore (nel conflitto tra il diritto di difesa dell'accusato e il diritto alla salute psicofisica del minore persona offesa) con tutte le problematiche in ordine alla assunzione della testimonianza del minore ed alla tecnica di interrogatorio¹³.

¹⁰ Mariani Marini in “Deontologia e responsabilità sociale: l'Avvocato del minore” in Rassegna forense 2003,741, E 751)

¹¹ Si veda D.Pulitanò “Etica della professione di avvocato nella giustizia minorile” reperibile in www.dirittoefamiglia.it

¹² In tema di interpretazione e applicazione della legge 54/2006 in tema di **ascolto del minore** si veda il **protocollo elaborato dall'Osservatorio per la giustizia civile di Milano contenente in dettaglio le modalità della audizione.**

¹³ C.Panseri: *Aspetti deontologici del ruolo del giudice, del pubblico ministero, del difensore e del perito nel processo penale minorile* in A.A.V.V., *Difendere, valutare e giudicare il minore: Il processo penale minorile*, Milano, Giuffrè 2001,281.

“La connotazione pedagogica, piuttosto che repressiva, è comune a sistemi giuridici anche lontani dal nostro: ad esempio nel diritto consuetudinario del Gabon il bambino è considerato bisognoso di cure e non di pene (F.Ondo Nze).

L'Avvocato del minore deve saperne decifrare la volontà ed interpretarne il reale interesse, deve sapere instaurare relazioni e rapporti con tutti i soggetti che agiscono nelle vicende minorili (i genitori, i consulenti, gli assistenti sociali, i medici, i magistrati, i giornalisti) in quella sintesi costituita della capacità di ascolto, assistenza, rappresentanza.

Dunque, anche **per il cosiddetto diritto minorile valgono le stesse proposte effettuate per il diritto di famiglia** in generale: applichiamo il massimo rigore deontologico, la professionalità e la formazione specialistica.

*** * ***

APPENDICE GIURISPRUDENZIALE

- 1) R.Danovi, *“Il gatto della moglie del cliente dell’avvocato”* in *Studio legale* 1996, nn.1,2. L’avvocato ha accompagnato il cliente nella casa della moglie (per ritirare effetti personali nell’ambito di una separazione personale) e non ha impedito il realizzarsi di un grave evento illecito: viene sanzionato con la **radiazione** per violazione dell’art.36 del codice deontologico che impone all’avvocato di non assecondare la condotta illecita del cliente. L’avvocato è stato radiato (vedi anche il commento in *“L’Avvocato incolpato: casi clinici di deontologia forense”* di R.Danovi, Giuffrè 2005)
 - 2) In relazione alla norma che impone all’avvocato di mantenere con il cliente un rapporto di fiducia, di autonomia e di indipendenza si può citare il caso dell’avvocato che ha approfittato della propria posizione per sfruttare la fragilità e lo sconforto della cliente (che si era a lui affidata per una pratica di divorzio)
-

presentandosi nella sua abitazione in ore notturne intrattenendo con lei relazioni sessuali. L'avvocato è stato **radiato** dall'albo. (Caso accaduto in Belgio, con pronuncia del Consiglio dell'Ordine di Bruxelles 31.8.1998: in *Foro it.* 1999.IV,431 e in "*L'Avvocato incolpato, casi clinici di deontologia forense*" R.Danovi, Giuffrè 2005 contenente numerose citazioni riferite al principio di "*non profittare del rapporto con il cliente*" così come applicato negli USA.

- 3) Consiglio nazionale forense 11 dicembre 1998, 204, in *Rass.forense*, 1999, 625: "*pone in essere un comportamento disciplinare rilevante perché lesivo della dignità e decoro dell'intera classe forense l'avvocato che assuma l'incarico professionale di attivarsi per il reperimento di un minore adottabile e per il predetto incarico emetta la relativa parcella (E' stata confermata la sanzione della sospensione per mesi quattro)*" e *idem* 23 dicembre 1998, n.230, in *Rass.forense* 1999, 626.
- 4) Consiglio nazionale forense, 8 marzo 2001, in *Rass.forense*, 2001, 735: "*pone in essere un comportamento deontologicamente rilevante il professionista che, in una causa di separazione, dopo aver assunto la difesa di un coniuge, convochi in studio l'altro coniuge chiedendogli un cospicuo acconto e inducendolo a credere che la sua attività fosse svolta nell'interesse di entrambi. (Nella specie in considerazione della assoluzione per il primo capo di imputazione le sanzioni della censura e della sospensione per due mesi sono state sostituite e ridotte all'unica sanzione della censura)*".
- 5) In tema di conflitto d'interessi (art.37.II del Codice deontologico: *l'avvocato che abbia assistito congiuntamente i coniugi in controversie familiari deve astenersi dal prestare la propria assistenza in controversie successive tra i medesimi in favore di uno di essi*") si vedano anche Consiglio nazionale forense, 13 maggio 2002, n.45 in *Rass.forense* 2002, 616, Consiglio nazionale forense 11 settembre 2001, n.166 in *Rass.forense* 2002,

129; Consiglio nazionale forense 30 dicembre 1997, n.163, in Rass.forense, 1998,373.

- 6) Consiglio nazionale forense, 11 dicembre 1998, n.201, in Rass.forense, 1999,612: *“Pone in essere un comportamento lesivo della dignità e prestigio dell’intera classe forense l’avvocato che trattiene somme di danaro avute in ragione del proprio mandato, ancor più quando le predette somme siano destinate al mantenimento del minore” (Nella specie per l’annullamento di un capo di incolpazione la sanzione della sospensione è stata ridotta da mesi quattro a due)”*
- 7) Nell’ambito dei rapporti fra Colleghi si può ricordare un caso che io ritengo “al limite” : l’avvocato che, in una causa di separazione personale, accompagna il cliente nel domicilio coniugale per assistere alle operazioni di trasloco senza avvertire il collega di controparte (mancanza all’obbligo della colleganza). La qualificazione della fattispecie è stata effettuata con una approfondita valutazione delle prove ed il detto comportamento è stato ritenuto corretto non essendo risultata la volontà di sorprendere la parte avversa ma l’intento di svolgere al meglio l’incarico professionale (Consiglio nazionale forense 3 ottobre 2001, n.180 in Rass.forense 2002,132).
- 8) Cass.20 settembre 2001 n.37667: in relazione all’art.9 del Codice Deontologico (dovere di segretezza e riservatezza) è il caso di considerare l’atteggiamento degli organi di informazione in vicende che coinvolgono soggetti minorenni e la estensione del così detto diritto di cronaca come specificato dalla Cassazione: *“con le opportune cautele è possibile raccontare anche fatti che attengono a soggetti minorenni a condizione che i fatti siano veri e che venga rispettata la così detta continenza, ovvero la sobrietà nel riportare le notizie”*.

*** * ***

Mauro Grego