

LA PREVIDENZA FORENSE

QUADRIMESTRALE DELLA CASSA DI PREVIDENZA E ASSISTENZA FORENSE

3 settembre-dicembre
2009

IL CNF RISPONDE ALL'AUTORITÀ GARANTE
DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO (AGCM)

IL BILANCIO CONSUNTIVO

I REDDITI DEGLI AVVOCATI DICHIARATI NEL 2008



La deontologia e i processi della famiglia

Relazione presentata a Pisa l'11 settembre 2009 sulle norme deontologiche, con osservazioni e proposte, in materia di famiglia. In appendice sono esposte le proposte delle Camere minorili, con le osservazioni del relatore. Le proposte sono importanti, perché dovrebbero essere oggetto di dibattito del CNF, in vista di modifiche future.

di Remo Danovi

1. Il diritto di famiglia

È stato più volte rilevato che il Codice deontologico forense contiene pochi riferimenti specifici al diritto di famiglia.

Anzi, vi è solo l'art. 51.I, il quale disciplina l'assunzione di incarichi contro ex clienti e stabilisce che *"l'avvocato che abbia assistito congiuntamente i coniugi in controversie familiari deve astenersi dal prestare, in favore di uno di essi, la propria assistenza in controversie successive tra i medesimi"*; e vi è poi l'art. 52.I n. 12, sulle investigazioni difensive, che 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"*.

E ancorché l'art. 60 del codice deontologico (*norma di chiusura*) consenta sostanzialmente di assicurare la completezza del codice, è stato ripetutamente detto che il diritto di famiglia non è adeguatamente compreso nella codificazione, soprattutto trattando temi estremamente delicati e difficili, che riguardano l'essere delle persone (i coniugi, i familiari, i mi-

nori) e non l'avere, cioè i contenuti economici dei rapporti tra le parti. Una maggiore specificazione delle regole deontologiche dovrebbe quindi essere attuata, con attenzione particolare ai conflitti personali e alla tutela dei minori, per individuare le regole di condotta da tenere o da proibire nelle indicate circostanze.

Insomma, dovrebbe compiersi una rielaborazione delle regole, o un aggiornamento, come è avvenuto in questi ultimi anni, visto che il codice deontologico è già stato modificato cinque volte a partire dalla sua approvazione del 1997, con il fine di attualizzare i principi: un fine assolutamente necessario nell'ambito del diritto di famiglia.

2. I casi sanzionati

Per valutare la necessità di un adeguamento delle norme, come si addice a un sistema che si basa essenzialmente sulla giurisprudenza disciplinare, abbiamo preso in esame i casi fino ad ora intervenuti e abbiamo constatato che tutti sono stati sanzionati, con riferimento ai principi generali e alle regole già esistenti.

Non sembrerebbe dunque necessaria una specificazione delle regole e ancor meno un codice di

settore, come risulta evidente dalla analisi dei casi più rilevanti che sono stati fino ad oggi oggetto di procedure disciplinari e sono stati variamente sanzionati.

Infatti:

- vi è l'avvocato che ha manifestato le proprie opinioni politiche contro minori extracomunitari, trascinandoli con violenza sulla pubblica via. È stato condannato penalmente e anche sanzionato con sei mesi di sospensione, con richiamo all'art. 5 del codice deontologico, che punisce ogni violazione di legge (Consiglio naz. forense, 23 dicembre 1998, n. 230, in *Rass. forense*, 1999, 626);
- vi è l'avvocato che ha assunto l'incarico professionale di attivarsi per reperire minori adottabili in paesi stranieri, emettendo la relativa parcella. Anche in questo caso si è fatto richiamo ai doveri di probità e dignità e la condotta è stata sanzionata con quattro mesi di sospensione (Consiglio naz. forense, 11 dicembre 1998, n. 204, in *Rass. forense*, 1999, 625);
- due mesi di sospensione invece sono stati dati all'avvocato che ha trattenuto somme di denaro, avute in ragione del mandato, destinate al mantenimento di un

AVVOCATURA deontologia

bambino (Consiglio naz. forense, 11 dicembre 1998, n. 201, in *Rass. forense*, 1999, 612), e altro grave comportamento è stato oggetto di valutazione nei confronti dell'avvocato che ha fatto vendere alla propria moglie l'abitazione familiare del minore (Trib. Milano, 22 luglio 1993, in *Gius.*, 1994, n. 5, 98). In questi casi vi è stato un particolare abuso dei doveri che incombono all'avvocato verso la parte assistita, doveri che sono disciplinati dagli artt. 35, 36 e 41 del Codice deontologico;

– infine, recentemente, è stato punito l'avvocato che nell'esercizio del suo ministero di difensore, in un giudizio di separazione tra coniugi, “nell'interesse della propria assistita abbia intrattenuto colloqui con i figli minori della coppia all'insaputa del padre affidatario e in violazione delle disposizioni specialmente impartite dal giudice nell'interesse dei minori stessi” (Cass., Sez. Un., 4 febbraio 2009, n. 2637, in *Giust. civ.*, 2009, I, 860, a conferma della decisione del Consiglio naz. forense 22 aprile 2008, n. 17). È evidente infatti che anche in questo caso è stato possibile sanzionare il comportamento tenuto sotto il profilo della inosservanza del dovere di probità, come previsto dall'art. 5 del codice deontologico, anche per mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice (art. 388 c.p.).

Altri casi ancora risultano dall'esame della giurisprudenza disciplinare, sempre con riferimento ai rapporti interpersonali tra i coniugi e alla condotta degli avvocati difensori.

Si ricorda ad esempio che una

sanzione grave è stata inflitta all'avvocato che in una separazione tra coniugi (assisteva la moglie) ha approfittato della propria posizione e della fragilità e dello sconforto della cliente, presentandosi nella sua abitazione in ore notturne e intrattenendo con la stessa rapporti sessuali. È stato radiato dall'albo. È un caso accaduto in Belgio (si veda il nostro commento alla decisione, *Il letto dell'analista e la deontologia forense*, in *Foro it.*, 1999, IV, 431, e nel volume *Il pendolo della professione*, Milano, 1999, 53, e ancora nel volume *L'avvocato incolpato*, Milano, 2005, 105), ma ugualmente avremmo potuto sanzionare il suo comportamento applicando la regola generale sul dovere di indipendenza (art. 10 c.d.f.), nonché le regole stabilite dagli artt. 35 e 36 c.d.f. che impongono all'avvocato di mantenere un rapporto di fiducia, insieme con una scrupolosa autonomia.

Ancora evidente e grave è la violazione delle regole commessa da un avvocato in un caso ormai celebre (*Il gatto della moglie del cliente dell'avvocato*, in *Studio Legale*, 1996, n. 1, 2, e nel volume *L'avvocato incolpato*, Milano, 2005, 111). Qui l'avvocato ha accompagnato il cliente nella casa della moglie per ritirare gli effetti personali, secondo gli accordi conseguenti a una separazione. Mentre il cliente provvedeva a questa incombenza (con l'ausilio improprio dell'avvocato), è comparso il gatto della moglie ... e quest'ultima, al proprio rientro a casa, lo ha trovato nel forno a microonde! L'avvocato è stato radiato. La colpa: non ha impedito il realizzarsi di un evento illecito! Anche in questo caso è stato richiamato l'art. 36 del codice

deontologico, che impone all'avvocato di non assecondare la condotta illecita del cliente (e certo nessuno potrebbe pretendere di introdurre nel codice una disposizione più specifica).

Senza contare infine i tanti casi conflittuali che di volta in volta si presentano nelle separazioni personali o consensuali nelle quali gli avvocati assistono entrambi i coniugi e poi assumono successivamente uno specifico incarico nell'esclusivo interesse di uno di loro.

Con le tante varianti possibili. Ad esempio, il professionista prima assume la difesa di uno dei coniugi e poi convoca in studio l'altro, inducendolo a credere di operare anche nel suo interesse per domandargli un cospicuo acconto (Consiglio naz. forense, 8 marzo 2001, n. 36, in *Rass. forense*, 2001, 735). In tutti questi casi è violato proprio l'art. 51 c.d.f., nonché sempre il dovere di lealtà e di indipendenza.

Certo, a volte la linea di confine è sfumata. Se in una causa di separazione personale, ad esempio, un avvocato accompagna il cliente nel domicilio coniugale per assistere alle operazioni di trasloco e non avverte il collega di controparte (una mancanza all'obbligo di colleganza: una violazione minore), la qualificazione della fattispecie dipende da un'approfondita valutazione delle prove; e il comportamento può essere ritenuto anche corretto ove non risulti la volontà di sorprendere la parte avversa, ma l'intento di svolgere al meglio l'incarico defensionale (Consiglio naz. forense, 3 ottobre 2001, n. 180, in *Rass. forense*, 2002, 132).

In tutti i casi, comunque, la rassegna giurisprudenziale conferma

che gli episodi segnalati sono stati opportunamente e adeguatamente sanzionati secondo le circostanze.

3. I canoni complementari

Gli esempi che abbiamo riportato sembrano confortare l'idea che il codice deontologico forense abbia un grado di completezza tale da consentire di sanzionare i comportamenti disciplinarmente rilevanti anche nell'ambito familiare (*come d'altronde è avvenuto fino ad oggi!*).

È possibile dunque rispondere all'interrogativo generale, e cioè che l'attuale codificazione deontologica è in grado di cogliere tutti gli aspetti particolari dell'attività difensiva (anche la difesa del minore), e non vi è quindi la necessità di una normativa specifica più approfondita e aggiornata, né *a fortiori* vi è la necessità di un sotto-codice di settore per il diritto familiare.

Peraltro, poiché l'intento della codificazione non è soltanto sanzionatorio ma anche prescrittivo, per indicare la condotta più corretta e quindi migliorare l'attività professionale, può essere utile pensare di introdurre canoni particolari di riferimento nell'ambito del diritto di famiglia, per arricchire le previsioni normative e renderle anche più coerenti e attuali. Si potrebbe dunque pensare di precisare i comportamenti più ricorrenti (ripresi dai vecchi e nuovi obblighi che la difesa della famiglia impone) nell'ambito di ciascuna delle regole generali già esistenti, per mantenere la stessa effettività giuridica.

Il vantaggio sarebbe evidente:

– da un lato rimarrebbero fermi e vincolanti i principi generali (la cui violazione sarebbe sanzionabile);

– d'altro lato, una ricognizione dei principi (applicabili immediatamente ai rapporti familiari) sarebbe utile per individuare, in via di interpretazione delle norme generali, i comportamenti che effettivamente dovrebbero essere rispettati (ovvero sanzionati, in caso di violazione);

– d'altro lato, infine, i comportamenti più ricorrenti in materia di famiglia potrebbero essere inseriti come ulteriori canoni complementari in una prospettabile revisione del codice deontologico.

In effetti, i canoni complementari sono sorti essenzialmente per temperare l'astrattezza dei principi generali con l'individuazione dei comportamenti tipici, da raccomandare o da vietare, per la migliore precisazione delle norme. E ciò non è soltanto un motivo di novità, ma è anche un apprezzabile punto di equilibrio tra la generalità delle norme e la concretezza dei casi concreti, con indubbio vantaggio per l'efficacia della normativa e per la duttilità e flessibilità del sistema.

È dunque in questa struttura, aggiornabile secondo le necessità, che è possibile operare, per la positività dello stesso sistema.

4. Le modifiche e integrazioni proposte

Così ricordata la funzionalità dei canoni complementari, può ammettersi in via di principio che sia utile dettagliare alcune specifiche regole, tutte destinate alle controversie familiari o alla tutela dei minori.

Infatti, nell'ambito del diritto di famiglia, per i valori della persona che sono coinvolti, il comportamento degli avvocati deve essere valutato con particolare riferi-

mento alla specificità della funzione e deve ritenersi che esso debba essere sempre ispirato da un alto grado di sensibilità e dalla volontà e necessità di ricondurre i contrasti all'equilibrio e non all'esasperazione. Tanto più per l'avvocato del minore che deve saper interpretare il reale interesse del proprio assistito e deve saperne decifrare la volontà, instaurando relazione e rapporti con tutti i soggetti che a vario titolo costellano le vicende minorili (i genitori, i consulenti, gli assistenti sociali, i medici, i magistrati, i giornalisti), nella felice sintesi che si richiama all'*ascolto*, alla *assistenza* e alla *rappresentanza*, nel rispetto di tutti i principi già indicati.

D'altra parte, sotto un profilo formale, non si può pretendere di ric collegare alle regole del codice – che sono norme giuridiche, come ormai è riconosciuto – un intento semplicemente enunciativo, poiché proprio le considerazioni che si possono fare sulla potestà disciplinare debbono persuadere che la codificazione delle regole non è la semplice elaborazione di una "carta di comportamenti" (o un programma operativo di una linea difensiva ritenuta necessaria o utile), ma è l'individuazione di precetti cogenti.

È alla luce di queste considerazioni che si devono apprezzare i tentativi concreti di introdurre modifiche alla regolamentazione esistente, con particolare riferimento alle proposte che sono state formulate dalla Unione Nazionale delle Camere Minorili.

In effetti, una prima richiesta di modificazione riguarda la competenza specifica che gli avvocati devono avere nel trattare i procedimenti familiari o minorili. Qui

AVVOCATURA deontologia

già esistono i principi trasfusi nell'art. 12 (*dovere di competenza*) e 13 (*dovere di aggiornamento professionale*), e vi è in particolare una previsione di competenza stabilita nell'art. 12.II (era ed è un atto di fiducia verso l'avvocato *presumendosi* la competenza specifica dello stesso). La proposta intenderebbe aggiungere un canone richiedendo specificamente la competenza a svolgere l'incarico in materia di famiglia.

A me sembra che ciò sia già previsto nella regola, e d'altra parte ogni settore specifico del diritto (il diritto d'autore, il diritto del lavoro, ad esempio) potrebbe pretendere il medesimo inserimento. È pertanto sufficiente, a mio avviso, eliminare il II canone e la presunzione ivi prevista e porre in positivo la regola generale: "*L'avvocato deve accettare incarichi che sappia di poter svolgere con adeguata competenza*".

Invece, mi sembrerebbe opportuna la puntualizzazione degli obblighi in materia di formazione permanente poiché si fa riferimento anche a materie extra-giuridiche, e ciò con un secondo comma dell'art. 13, ma preferibilmente con un III canone complementare: "*In particolare, l'avvocato di famiglia e del minore realizza la propria formazione permanente anche attraverso l'approfondimento delle discipline specialistiche finalizzate a far maturare una idonea sensibilità rispetto alla materia trattata*".

Ancora si sono prospettate particolari cautele da imporre nei rapporti con la stampa (art. 18 c.d.f.): anche in questo caso potrebbe essere condivisa l'idea di introdurre un IV canone complementare all'art. 18, imponendo all'avvocato

un particolare comportamento di equilibrio, distacco e tutela della riservatezza del minore.

Infine, e più in generale nelle controversie di famiglia, soprattutto quando sono coinvolti i minori, può essere accettabile l'idea di introdurre uno specifico articolo (ad esempio, l'art. 36-*bis*) che raccolga tutte le disposizioni, prescrivendo in particolare che l'avvocato debba ricercare sempre soluzioni il più possibile condivise (è quanto previsto ad esempio anche nel Codice deontologico europeo all'art. 3.7: "*L'avvocato ... deve consigliare il cliente in ogni momento sulla opportunità di trovare un accordo e/o una diversa soluzione per la definizione della lite*").

A completamento poi della regola si possono indicare specifici canoni per imporre all'avvocato dei genitori di non avere rapporti diretti con i figli minori, che non devono essere coinvolti nella lite dei genitori; e d'altra parte l'avvocato del minore deve tutelare pienamente i diritti e gli interessi del minore che gli sono stati affidati astenendosi dall'assumere la difesa di un genitore in controversie successive. Così l'art. 36-*bis* può essere specificato con l'introduzione di questi canoni complementari.

5. Rigore, professionalità e specializzazione

È dunque possibile prevedere che il codice deontologico possa essere aggiornato con l'introduzione delle nuove disposizioni dedicate al diritto della famiglia e al diritto minorile, atte a regolare i comportamenti specifici degli avvocati in tali settori, ed è bene quindi che le proposte in tal senso formulate possano essere ulteriormente approfondite, per

arrivare a una larga condivisione, come è sempre avvenuto quando si è trattato di procedere alle modifiche del codice e delle regole.

Nel frattempo occorre ricordare ancora una volta che, al di là della codificazione formale, è necessario sempre l'impegno collettivo dell'avvocatura per difendere i principi esistenti e assicurarne il rispetto.

Ciò può avvenire richiamando particolarmente questi punti:

- da un lato l'applicazione delle norme deontologiche deve essere rigorosa;
- d'altro lato, non è soltanto la *deontologia* che deve essere invocata, quale mezzo di tutela degli interessi protetti, ma è anche la *professionalità*, per dare continuità ed eccellenza alle prestazioni rese.

Sono proprio queste le considerazioni finali, dalle quali discende direttamente un'ultima conseguenza: è necessario assicurare la possibilità di riconoscere un *titolo di specializzazione*, e quindi imporre uno statuto particolare, che possa qualificare una particolare formazione ed esperienza conseguita dagli avvocati che attendono al diritto di famiglia. Nel loro interesse ma in quello soprattutto dei cittadini che ad essi si rivolgono.

È questo l'obiettivo che spetta agli organi forensi realizzare al più presto.

Occorre dunque, nell'ambito della famiglia, una grande attenzione; occorre approfondire i principi e rispettarli, e farli rispettare, valutando con serenità il complesso delle circostanze e mantenendo sempre l'equilibrio dovuto anche alla controparte e ai terzi, in ossequio alle regole esistenti, senza

dimenticare il principio della doppia fedeltà (fedeltà verso il cliente, ma anche fedeltà verso l'ordinamento), che è uno dei fondamenti della nostra attività e lo è

ancor più per chi opera per mitigare i conflitti tra le parti. Insomma, tante specifiche competenze, ma anche un'ampia qualificazione professionale, che

impongono all'avvocato una attenzione e una sensibilità particolari per dare a chi ne abbia bisogno il miglior sostegno possibile.

APPENDICE

A – Proposte di modifica del codice deontologico forense

PROPOSTE DELL'UNIONE NAZIONALE CAMERE MINORILI	OSSERVAZIONI (Avv. REMO DANOVI)
Art. 12. DOVERE DI COMPETENZA III – <i>“L'accettazione di un incarico in materia di famiglia e nei procedimenti ove sono coinvolti soggetti minori richiede la competenza a svolgere quell'incarico”</i>	(Eliminare il comma II e modificare in positivo la regola)
Art. 12-bis. DOVERE DI PROMUOVERE LA CONCILIAZIONE NEI PROCEDIMENTI DI FAMIGLIA <i>“L'avvocato in tutti i procedimenti di famiglia che coinvolgono i minori privilegia soluzioni il più possibile condivise tra i genitori nel rispetto dell'interesse dei minori. L'avvocato privilegia l'accesso del proprio assistito a procedure di mediazione familiare”</i>	(Introdurre Art. 36-bis. OBBLIGHI PARTICOLARI NEI PROCEDIMENTI DI FAMIGLIA) (con modifiche)
Art. 13. DOVERE DI AGGIORNAMENTO PROFESSIONALE 1 – comma 2 <i>“L'avvocato di famiglia e del minore realizza la propria formazione permanente anche attraverso l'approfondimento di discipline socio psicopedagogiche finalizzato a maturare una idonea sensibilità rispetto alla materia trattata”</i>	(Inserire come canone III dell'art. 13) III “... discipline specialistiche finalizzate a far maturare ...”
Art. 18-bis. RAPPORTI CON LA STAMPA E PROCEDIMENTI FAMILIARI E MINORILI <i>“Nel corso di procedimenti concernenti minori l'avvocato è tenuto a tutelare l'anonimato del minore per non incidere sull'armonico sviluppo della sua personalità, evitando sensazionalismi e qualsiasi forma di speculazione, astenendosi dall'esprimersi pubblicamente e dal rilasciare interviste relative al procedimento salvo che per effettuare smentite o rettifiche a notizie già diffuse pubblicamente”</i>	(Inserire come canone IV dell'art. 18) (eliminare “per non incidere sull'armonico sviluppo della sua personalità”)
Art. 51. ASSUNZIONE DI INCARICHI CONTRO EX CLIENTI 1.1 <i>“L'avvocato che abbia assistito il minore in controversie familiari deve astenersi dal prestare in favore di uno dei genitori la propria assistenza in controversie successive di natura familiare”</i>	(Inserire come canone IV dell'art. 36-bis)
Art. 52-bis. RAPPORTI CON I FIGLI DELLA PARTE ASSISTITA <i>“L'avvocato del genitore in procedimenti in materia familiare o minorile deve evitare di avere ogni forma di colloquio con i figli minori del proprio assistito sulle circostanze oggetto del procedimento. L'avvocato del genitore inviterà il proprio assistito a non coinvolgere il minore nel conflitto familiare e ad astenersi dal rammostrarli qualsiasi atto processuale. L'avvocato del genitore deve astenersi dall'assumere la difesa del figlio della parte assistita nello stesso e in successivi procedimenti in materia familiare o minorile”</i>	(Inserire quali canoni complementari I, II, III, dell'art. 36-bis)
Art. 56. RAPPORTI CON I TERZI Dopo il primo comma inserire: <i>“L'avvocato dei genitori e del minore deve intrattenere con tutti i soggetti e professionisti che a vario titolo si occupano del minore, rapporti improntati a correttezza, lealtà e spirito di collaborazione reciproci”</i>	(Eliminare. È già compreso nella regola dell'art. 56)