Capitolo VIII

Etica e responsabilità professionale nell'ambito del diritto di famiglia

Carlo Ioppoli (*)

Sommario: 1. Introduzione - 2. La famiglia nel diritto vigente - 3. Il codice deontologico per l'avvocato familiarista - 4. Decalogo per l'avvocato familiarista.

1. Introduzione

Il diritto di famiglia ha grande rilevanza nel vivere sociale. Non ci si occupa solo di separazioni e divorzi: ci si occupa di tutto, tra cui adozioni, anche internazionali, sottrazioni di minore, anche internazionali, diritto minorile, diritto penale minorile, bioetica, amministrazioni di sostegno, tutela e curatela: si è, di fatto, professionisti multidisciplinari.

È richiesta al professionista un'attenzione estrema, sia per l'assistito che per gli altri soggetti che sono interlocutori necessari.

Il familiarista è soprattutto un mediatore, un conciliatore, ragiona con persone che spesso sono distrutte dalle vicissitudini familiari, è colui che cerca di riunire ciò che è distrutto nelle passate esperienze di vita, per creare nuovi equilibri.

La materia è particolarmente difficile, delicata e coinvolgente: l'avvocato familiarista è colui che deve avere un rapporto pregnante con certe normative e ci si augura che venga creato un codice deontologico *ad hoc*.

L'avvocato familiarista, inoltre, deve essere, soprattutto, preparato, anche nel processo, e la sua formazione non deve mai finire, poiché è un campo *in fieri*.

Infatti è necessario lo studio, un impegno costante, poiché è un lavoro totalizzante: si deve intervenire anche quando gli altri riposano, poiché tali problemi possono accadere a qualunque ora.

Il ruolo è talmente delicato da raccogliere sottigliezze e confidenze incredibili.

È necessario essere liberi e indipendenti, come è necessario concordare una strategia con il cliente, senza dover farsi prendere dai suoi sentimenti.

La responsabilità è enorme, poiché è il familiarista a firmare gli atti e l'attenzione alla deontologia è ciò che deve caratterizzare un bravo professionista che si occupa di questa materia, al fine di distinguerlo da altri colleghi da un punto di vista della qualità del servizio che deve dare, poiché il rapporto con il cliente è molto delicato.

2. La famiglia nel diritto vigente

Nella costituzione della Repubblica Italiana, vari articoli sono dedicati alla famiglia.

L'articolo 29 sancisce che "*la Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio. Il matrimonio è ordinato sulla eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'unità familiare*".

L'articolo 30 dispone che "*è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio. Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti. La legge assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima. La legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità*".

Infine, l'articolo 31 stabilisce che "*la Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare*

riguardo alle famiglie numerose. Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo".

Dalle predette fonti normative è possibile estrapolare i principi generali che regolano il diritto di famiglia, tra i quali il principio di uguaglianza tra i coniugi, la tutela dell'autonomia della famiglia, la tutela incondizionata dei figli, nati anche al di fuori del matrimonio, e soprattutto l'obbligo a carico di entrambi i genitori di mantenere, istruire, educare la prole.

Tali principi si trovano anche nel codice civile tra i diritti e i doveri dei genitori: si tratta sia di un diritto ma, soprattutto, di un dovere, poiché il solo fatto di procreare attribuisce alla madre e al padre la responsabilità genitoriale. È bene precisare che, a seguito della riforma del diritto di famiglia*, ex* l. n. 219 del 10 dicembre 2012, lo *status* di figlio è divenuto finalmente unico e le terminologie come figlio legittimo, illegittimo, naturale e incestuoso sono sparite dalla letteratura della legge.

3. Il codice deontologico per l'avvocato familiarista

Sebbene non vi sia ancora un codice deontologico *ad hoc* per l'avvocato familiarista, le normative del codice *de quo* hanno valore ancora più pregnante, per la particolarità del rapporto con l'assistito.

Secondo l'articolo 9 del codice deontologico forense "*l'avvocato deve esercitare l'attività professionale con indipendenza, lealtà, correttezza, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo costituzionale e sociale della difesa, rispettando i principi della corretta e leale concorrenza […]*".

Si può notare, sin da subito, come il comma 1 citato, già faccia riferimento al rilievo costituzionale dell'avvocato e della difesa.

Ciò che deve essere assolutamente rispettato da parte di chi si occupa di diritto di famiglia è l'indipendenza. L'avvocato non deve essere mai socio del cliente, parte dell'attività del cliente, deve essere totalmente separata dal punto di vista economico.

Il familiarista deve trovare un giusto equilibrio tra autonomia e fedeltà, in nome dell'indipendenza. Deve ponderare le richieste del cliente in modo più particolare rispetto a ogni altro tipo di settore. Non deve fomentate il conflitto, la qual cosa può accadere in caso di identificazione tra il cliente e l'avvocato, non deve essere coinvolto a livello emotivo. Invero, l'indipendenza particolarmente importante richiesta a un familiarista è funzionale al perseguimento dell'interesse della parte assistita.

Ciò significa, dunque, non riversare negli atti tutto ciò che viene raccontato dall'assistito per le emozioni del momento per il semplice motivo che, con il rispetto di tale norma deontologica, si lavora esclusivamente per l'interesse del cliente, in modo da evitare la distruzione dei legami familiari, bene che si deve sempre cercare di tutelare sino alla fine.

E l'indipendenza richiesta al familiarista è di gran lunga più delicata e fondamentale rispetto a tutte le altre branche del diritto.

I doveri di comportamento sono essenziali. Egli deve essere in grado di riportare il proprio assistito in una giusta tutela, non deve favorire una eccessiva litigiosità, poiché si va ad alimentare il conflitto, il quale non può che andare a rendere più delicata la posizione del cliente.

L'avvocato familiarista ha obblighi di informazione ben definiti sin dall'inizio della gestione della pratica: si ha il conferimento dell'incarico con accettazione dello stesso da parte del legale e con la sottoscrizione del preventivo in forma scritta da parte del cliente a partire dal 29 agosto del 2017, preventivo comunque aggiornabile nel caso del sopraggiungimento di questioni particolarmente gravose; in tale caso si deve dimostrare la gravosità del lavoro effettuato attraverso spiegazioni dettagliate e l'utilizzo di un linguaggio comprensibile ed appropriato alla fattispecie concreta, per ovviare a qualsiasi eventuale asimmetria culturale e conoscitiva.

Secondo il successivo articolo 10 "*l'avvocato deve svolgere la propria attività con coscienza e diligenza, assicurando la qualità della prestazione professionale […]*"; anche con questo articolo si da rilievo al potere sociale e costituzionale della difesa.

In tale materia i rilievi pubblicistici vengono esaltati e resi rilevanti rispetto ad altri settori. L'avvocato familiarista deve dar voce alla domanda di giustizia dei propri assistiti, quasi come l'avvocato fosse uno "psicologo" e come tale, deve essere giustamente distaccato.

All'avvocato compete un compito di contenimento delle emozioni e dei sentimenti dell'assistito, in specie nel momento in cui vi sono figli minori. La tutela dei minori deve sempre essere prioritaria, è un principio generale dell'ordinamento e deve essere la "stella polare" del familiarista, come si argomenterà *infra.*

L'articolo 23 del codice deontologico stabilisce che "*l'avvocato non deve consigliare azioni inutilmente gravose, né suggerire comportamenti, atti o negozi nulli, illeciti o fraudolenti*".

Una delle prime regole che deve essere osservata dall'avvocato familiarista è garantire, dunque, il buon equilibrio tra la propria autonomia e la fedeltà al cliente.

È necessario che il familiarista crei un rapporto quasi simbiotico col proprio assistito al fine di riuscire a scindere il problema giuridico da quello sentimentale ed emozionale che preoccupa quest'ultimo, sempre mantenendo la propria indipendenza.

Ciò significa che il professionista, grazie allo studio continuo e alla pratica, possa ridefinire le richieste del proprio cliente, valutando e ponderando la loro congruità e possibilità rispetto al contesto giuridico e fattuale della fattispecie concreta.

È assolutamente necessario che il fine sia quello di poter riallacciare il più possibile i rapporti familiari.

Invero, nel caso in cui il professionista fomentasse i conflitti *inter partes* (così identificandosi con il proprio cliente), potrebbe compromettere definitivamente i già precari rapporti familiari.

L'articolo 56 del codice deontologico forense parla del minore, che deve essere protagonista indiscusso di certe fattispecie che possono arrivare al familiarista.

In caso di reati che coinvolgono la famiglia, tra i quali l'omesso versamento del mantenimento (*ex* art. 570 c.p.), sia con riguardo ai più gravi reati tra i quali il maltrattamento in famiglia, i reati sessuali, lo *stalking*, etc., qualora sia il minore la persona offesa, il dovere di informazione diviene ancora più importante.

Sia il minore che il coniuge, quali persone offesa, devono essere informati in modo più profondo sui possibili sviluppi processuali ed extraprocessuali.

In tali casi vi è un grave carico emotivo in capo alle vittime: la persona offesa deve essere accolta senza esprimere valutazioni, in specie nei casi più gravi.

Spesso per tanti di loro, che ritrattano varie volte, si tratta di ricominciare da capo e rappresentare alle vittime ancora ed ancora una volta la possibilità di rivolgersi ai servizi territoriali (servizi antiviolenza, supporto psicologico, collocamento extra familiare).

La tutela del minore non è solo tutela dei suoi diritti soggettivi, ma anche della sua sfera esistenziale, al fine di garantire un sano sviluppo della propria personalità.

È per tale motivo che spesso è necessario rivolgersi ad altri esperti, quali medici, psicologi che devono coadiuvare l'attività del familiarista. L'interesse del minore è ritenuto dal nostro ordinamento, ma anche dai trattati internazionali, come un interesse superiore.

Basti pensare alla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, il cui articolo 3, par. 1, stabilisce che "*in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente*", e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea il cui articolo 24, par. 2, prevede che "*in tutti gli atti relativi ai bambini […] l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente*".

Sul tema, interessante è il richiamo alla sentenza del Consiglio Nazionale Forense n. 38/2019.

Nel caso di specie, veniva condannato l'avvocato che aveva ricevuto un minore accompagnato dalla di lui madre, nei confronti della quale era stato pronunciato provvedimento di decadenza dalla potestà genitoriale, comunicando direttamente al di lui padre la volontà del minore stesso di trasferirsi presso la residenza materna, senza prendere preventivamente contatto con l'avvocato del padre. In

particolare, la madre rappresentava che tutti i figli erano stati oggetto di attenzioni di tipo sessuale da parte del marito.

L'avvocato sosteneva di non aver avuto l'obbligo di chiedere il consenso del padre alla luce delle gravi notizie che aveva ricevuto. Secondo il Consiglio Nazionale forense, tuttavia, a prescindere dal fatto che le accuse avessero trovato o meno accoglimento, il professionista avrebbe dovuto agire ben diversamente.

Secondo la sentenza, infatti, il codice deontologico avrebbe comunque vietato all'avvocato "*dal procedere all'ascolto del minore (vieppiù data la delicatezza e scabrosità dei fatti dallo stesso esposti) e di arrestare lo stesso in limine, attivando semmai i rimedi di legge (nomina di un curatore speciale che lo rappresentasse ex art. 78 c.p.c. e che, se non avvocato egli stesso, autorizzasse l'ascolto)*". Dunque, la sentenza intendeva affermare che la situazione ipotizzata, sebbene avrebbe consentito al professionista di non rapportarsi con il minore, "*avrebbe comunque imposto al medesimo - pena comunque la sussistenza dell'illecito deontologico contestato di avere autonomamente proceduto all'ascolto del minore - di non avviare il colloquio col minore o di interromperlo in limine*".

Secondo il seguente articolo 57 del codice in oggetto "*1. L'avvocato, fatte salve le esigenze di difesa della parte assistita, nei rapporti con gli organi di informazione e in ogni attività di comunicazione, non deve fornire notizie coperte dal segreto di indagine, spendere il nome dei propri clienti e assistiti, enfatizzare le proprie capacità professionali, sollecitare articoli o interviste e convocare conferenze stampa. 2. L'avvocato deve in ogni caso assicurare l'anonimato dei minori […]*".

L'articolo *de quo* è una norma da coniugarsi con il dovere sancito in seno all'articolo 18 del medesimo codice, secondo il quale "*nei rapporti con gli organi di informazione l'avvocato deve ispirarsi a criteri di equilibrio e misura, nel rispetto dei doveri di discrezione e riservatezza; con il consenso della parte assistita […]*".

Altro principio cardine della professione è quello di assicurare l'anonimato del minore, rappresentate un obbligo di attivarsi affinché quest'ultimo non possa essere in alcun modo identificato.

In tal senso è importante richiamare la sentenza resa dal Tribunale di Milano, in data 23 giugno 2016, secondo la quale "*deve ritenersi che l'avvocato del padre o della madre, nei procedimenti minorili, abbia comunque l'obbligo di assumere un comportamento "protettivo" dei minori coinvolti: non solo in virtù del contratto di patrocinio stipulato con il cliente (che ha "effetti protettivi" verso i fanciulli coinvolti) ma anche per la propria funzione da attribuire al difensore nelle cause familiari: nelle dinamiche avversariali (formate dalle posizioni attorea e di convenuto), i figli sono in posizione "neutrale" e gli avvocati, assumendo la difesa dei loro genitori, si impegnano a proteggerli e ad operare anche nel loro interesse. Nel processo di famiglia, dunque, l'avvocato è difensore del padre o della madre; ma certamente è anche difensore del minore. Per l'effetto, nella doverosa assistenza del padre o della madre, l'avvocato deve sempre anteporre l'interesse primario del minore e, in virtù di esso, arginare la micro-conflittualità genitoriale, scoraggiare litigi strumentali al mero scontro moglie-marito, proteggere il bambino dalle conseguenze dannose della lite. In particolare, assumendo una posizione "comune" a difesa del bambino e non assecondando diverbi fondati su situazioni prive di concreta rilevanza*".

Uno dei doveri primari del familiarista, che si distingua da altri colleghi è quello di tutelare il più possibile il minore, alla luce dei citati trattati internazionali e dell'ordinamento italiano.

Secondo l'art. 65 del *Codice Deontologico Forense*, comma 1, 2: "*l'avvocato può intimare alla controparte particolari adempimenti sotto comminatoria di azioni, istanze fallimentari, denunce, querele o altre iniziative, informandola delle relative conseguenze, ma non deve minacciare azioni o iniziative sproporzionate o vessatorie. L'avvocato che, prima di assumere iniziative, ritenga di invitare la controparte ad un colloquio nel proprio studio, deve precisarle che può essere accompagnata da un legale di fiducia*".

Dunque, l'avvocato deve tutelare gli interessi del cliente, ai sensi dell'articolo 9 del medesimo codice, ma il bravo familiarista deve evitare *in primis* la distruzione dei rapporti familiari, in special modo nel caso di presenza di minori.

Ad esempio, la strumentalizzazione dei minori è un comportamento antigiuridico, così come favorire comportamenti di alienazione genitoriale e la produzione di denunce che si sanno esser false. Tali condotte, sono del tutto contrarie agli interessi del cliente e se ne potrà rispondere anche dal punto di vista deontologico.

Si ricorda, all'uopo, la sentenza del Consiglio Nazionale Forense n. 77/2015, secondo la quale l'art. 48 del codice deontologico (ora art. 65) "*ha come ratio quella di contemperare le esigenze di difesa dell'assistito con il necessario rispetto della libertà di determinazione della controparte. Infatti, sebbene possa il difensore intimare alla controparte di adempiere sotto comminatoria di sanzioni, istanze o denunce, tale condotta non può assumere il carattere di minaccia di azioni o iniziative sproporzionate e vessatorie*". Nel caso di specie, in una controversia di diritto di famiglia, l'avvocato rappresentava alla parte l'esistenza nel suo *computer* di video e foto a contenuto erotico, non correlata in alcun modo alla vertenza in essere del proprio assistito.

È, pertanto, più che necessario, contemperare le esigenze di tutela dell'assistito con il decoro, la lealtà e la probità che devono caratterizzare la professione: si deve dar voce alla domanda di giustizia del cliente cercando di essere il più oggettivi possibili, rispetto alle richieste dell'assistito, contenendo le sue emozioni, e rendendolo edotto circa le varie soluzioni possibili.

Secondo l'art. 68 del codice deontologico, comma 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".*

Tale principio ha un valore ancora più pregnante per il familiarista: all'uopo, importante appare richiamare la sentenza del Consiglio Nazionale Forense n. 125/2019, secondo la quale l'articolo *de quo* (*id est* art. 51 nel Codice previgente): *"vieta al professionista, che abbia congiuntamente assistito i coniugi in controversie familiari, di assumere successivamente il mandato per la rappresentanza di uno di essi contro l'altro. Tale previsione costituisce una forma di tutela anticipata al mero pericolo derivante anche dalla sola teorica possibilità di conflitto d'interessi, non richiedendosi specificatamente l'utilizzo di conoscenze ottenute in ragione della precedente congiunta assistenza; pertanto, la norma de qua non richiede che si sia espletata attività defensionale o anche di rappresentanza, ma si limita a circoscrivere l'attività nella più ampia definizione di assistenza, per l'integrazione della quale non è richiesto lo svolgimento di attività di difesa e rappresentanza essendo sufficiente che il professionista abbia semplicemente svolto attività diretta a creare l'incontro delle volontà seppure su un unico punto degli accordi di separazione o divorzio".*

Ciò che al Consiglio Nazionale Forense premeva evidenziare, era che, nei casi in cui l'avvocato debba risolvere conflitti tra coniugi, non può ricevere mandato dall'altro coniuge, sebbene non avesse effettuato altre attività, al fine di una tutela anticipata, al fine di non mettere in pericolo gli interessi del cliente. Per la tutela di ognuno, l'avvocato deve essere perfettamente estraneo alla fattispecie, poiché *"la pubblica ricaduta negativa derivante dall'aver assunto la difesa di una della due parti originariamente assistite contro l'altra, è tra quella che maggiormente screditano l'immagine professionale della intera avvocatura, oltre che ledere la parte privata"*. Ed ecco, nuovamente, un riferimento al decoro della professione, principio che deve condurre l'attività di ogni professionista, in specie quella del familiarista.

Tale disposizione, in tema di diritto di famiglia, opera per sempre, non solo dopo passati i due anni come in tutte le altre materie, ed è da considerarsi speciale.

Già con il vecchio Codice in vigore, si esprimevano in tal senso le Sezioni Unite, con sentenza n. 134/2006: nel caso di specie, un collega veniva sanzionato in quanto nella qualità di avvocato ha prima assistito due coniugi in un giudizio di separazione non conclusosi con omologa, aveva poi assunto la difesa del marito nel giudizio di separazione personale. Contro la sentenza del Consiglio Nazionale Forense, dunque, ricorreva per Cassazione assumendo quest'ultimo avesse ritenuto

sufficiente l'accertamento della mera condotta e non aveva richiesto anche il requisito dell'elemento soggettivo e non si era rilevato un conflitto reale, ma solo potenziale. Secondo la Suprema Corte, *"evidentemente, proprio per le caratteristiche della materia familiare, la norma pone per l'avvocato un obbligo assoluto di astensione, a prescindere se il conflitto è reale o solo potenziale. La norma è chiara ed ha una sua ratio dal momento che nella materia del diritto di famiglia sono in gioco interessi alti, collegati alla dignità della persona, che meritano il massimo della tutela possibile. Nel contesto dell'articolo 37 [del vecchio Codice, N.d.A.], il principio contenente l'obbligo assoluto di astensione si pone come speciale e prevalente rispetto a quello contenuto nel primo comma, che non può trovare quindi applicazione. La valutazione, nella materia del diritto di famiglia, è stata fatta una volta per tutte dalla norma, per cui all'interprete compete solo "accertamento del fatto che costituisce il presupposto per quell'effetto".* La specialità di tale dettame, dunque, può dirsi assodata.

4. Decalogo per l'avvocato familiarista

Si può parlare di un "decalogo" per l'avvocato familiarista:

1) *Ascoltare* con empatia e cercando di comprendere bene la realtà familiare e le ragioni della crisi tra marito e moglie. Quindi, se ci sono delle *chances* di riconciliazione, invitare il proprio assistito a riflettere sull'opportunità di invitare il coniuge ad una mediazione familiare, a scopo di riconciliazione. Se, al contrario, non emerge alcuna possibilità di esito riconciliativo, spiegare quali sono le "regole del gioco", mettendo in guardia da subito sui comportamenti da non tenere.

2) *Suggerire la separazione consensuale*, che è possibile nella maggioranza dei casi, eccetto che la gravità della situazione sia tale da rischiare di perdere inutilmente del tempo.

3) *Dissociarsi dalle cause strumentali*, chiarire sempre in partenza che non si è disponibili a portare avanti iniziative strumentali, aventi cioè il fine di danneggiare l'altra parte (es. false denunce o scorciatoie come gli ordini di protezione antiviolenza quando non ne ricorrano seriamente i presupposti).

4) *Considerare con attenzione tutti i risvolti della situazione concreta*, perché ogni caso ha caratteristiche sue proprie e inconfondibili, e merita una valutazione *ad hoc* (ricordiamo sempre l'*incipit* del bellissimo romanzo "Anna Karenina" che recita "*tutte le famiglie felici sono uguali, quelle infelici lo sono a modo loro*").

5) *Utilizzare sempre uno stile conciliante* nelle missive che annunciano all'altro coniuge l'intenzione del proprio assistito di separarsi per far capire che nessuno vuole fare la guerra e consigliare al proprio assistito di preannunciare a voce l'arrivo della raccomandata.

6) *Valutare le richieste di affidamento esclusivo* e non accettare di chiederlo tranne che in situazioni estreme in cui risulti o sia estremamente verosimile la inadeguatezza genitoriale dell'altro (non dimenticando, mai, comunque, che queste situazioni sono del tutto residuali e limitate). Per le stesse ragioni non assecondare la pretesa del proprio assistito di riservare all'altro genitore tempi limitanti di convivenza con il figlio e, anzi, far comprendere che il tempo con entrambi ha la medesima irrinunciabile valenza.

7) *Dare impulso all'affidamento condiviso* in tutti i suoi aspetti, con l'evitare di ragionare ancora in termini di genitore prevalente e di diritto di visita, favorire il mantenimento diretto e/o la suddivisione per capitoli di spesa, richiamare il proprio assistito se questi non favorisce il rapporto con l'altro genitore, e via dicendo.

8) *Essere imparziali e obiettivi* e non trasferire sul caso i propri vissuti di genitore perché rischiano di fare perdere l'imparzialità e l'obiettività.

9) *Credere nell'utilità di trattative pro separazione consensuale* cui prendano parte non i soli avvocati, ma anche i coniugi personalmente e attivamente. L'esperienza insegna che questo è un metodo vincente e spesso risolutivo. L'avvocato perderà un po' di tempo in più forse, ma ne vale la pena.

10) *A separazione conclusa, proporre al proprio assistito momenti futuri di verifica sul "come vanno le cose"*. Non è detto che l'interessato lo ritenga utile ma potrebbe farlo sentire rafforzato da una presenza discreta e rassicurante.

Appare di *praeclara* evidenza come i doveri del familiarista assumano connotati particolarmente speciali, alla luce del codice deontologico forense.

L'attività dell'avvocato familiarista è molto appassionante, piena, eclettica e multidisciplinare: per questo il vero familiarista deve sempre distinguersi dagli altri, perché studiando e facendo esperienza ne ha tutte le facoltà.

***** *Avvocato cassazionista del Foro di Roma,*
presidente ANFI (associazione avvocati familiaristi italiani)