



Consiglio Nazionale Forense



FONDAZIONE DEL CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE

COORDINAMENTO CENTRALE DELLE SCUOLE FORENSI

## Conferenza Nazionale delle Scuole Forensi *I Diritti umani fondamentali nella formazione dell'avvocato*

ROMA, 26 FEBBRAIO 2010

AUDITORIUM DELLA CASSA NAZIONALE DI PREVIDENZA E ASSISTENZA FORENSE  
VIA ENNIO QUIRINO VISCONTI, 8 - 00193 ROMA

**DAVID CERRI**

### **DIRITTI UMANI E CARTE DEI DIRITTI EUROPEE. LA DEONTOLOGIA NELLA DIDATTICA DELLE SCUOLE FORENSI**

1. I diritti umani oggi - 2. Il ruolo della Carta di Nizza ed il riferimento ai diritti umani nella formazione dei giuristi. La Corte di Strasburgo e la Dichiarazione di Interlaken - 3. Il pregiudizio razziale. La figura dell'avvocato - 4. Le Carte europee dei diritti in alcune recenti decisioni - 4a) ...della Corte di Giustizia e della Cassazione - 4b) ...del C.N.F. - 5. Diritti umani e diritto di famiglia. Due casi tipici - 5a) una verifica didattica a proposito dell'art.51, canone I, del Codice Deontologico - 5b) l'avvocato e l'audizione del minore - 6. Conclusioni

#### 1. I DIRITTI UMANI OGGI.

Thomas Bernhard – in “Perturbamento”<sup>1</sup> – fa dire ad un suo personaggio che preferisce leggere i giornali un mese dopo, quando sono ormai “privi di forza distruttiva”.

Discutendo di diritti umani, forse bisognerebbe seguire il consiglio ed anzi estenderlo ai notiziari televisivi.

Se non tutti i giorni, sicuramente molto spesso notizie impressionanti e filmati agghiaccianti invadono le nostre case: non soltanto da quei paesi lontani dai quali con infondata sicumera noi occidentali vorremmo rimanere distaccati, ma anche dalla nostra Europa, e dal nostro stesso paese.

I presenti non sono infatti tempi felicissimi per il rispetto dei diritti umani.

Lo si legge nella relazione dell'intervento, reso nel corso della riunione annuale del C.C.B.E. tenutasi a Copenhagen lo scorso 15 maggio 2009, di Morten Kjaerum, Direttore dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali di Vienna, e dedicata al tema "*L'Agenzia dei diritti fondamentali e i diritti umani nell'U.E.*"<sup>2</sup>, che ci ricorda come aggressioni razziste e contro i “diversi” in genere, ed antisemitismo, siano in aumento nella nostra Europa.

<sup>1</sup> Ce lo ha ricordato di recente Claudio Magris sul Corriere della Sera (15.2.2010). *Perturbamento* è edito in italiano da Adelphi (1981).

<sup>2</sup> Si legge sul sito della Scuola Superiore dell'Avvocatura, [www.scuolasuperioreavvocatura.it](http://www.scuolasuperioreavvocatura.it).

Se ne apprende ulteriore conferma nel recente rapporto annuale della Freedom House<sup>3</sup>, che registra per il quarto anno consecutivo (il peggior periodo degli ultimi 40 anni) un declino del rispetto delle libertà fondamentali nel mondo, mentre l'Italia nel campo delle libertà d'informazione era già stata declassata alla categoria "parzialmente libera" dalla precedente condizione di "libera".

E' recente, infine, l'iniziativa governativa sull'esplosiva situazione delle carceri, che ha determinato il pronunciamento da parte del Consiglio dei Ministri dello Stato di Emergenza Carcerario fino a tutto il 2010.

Naturalmente il "consiglio" è ironico, ed anzi proprio ora grandi spazi di intervento si aprono agli avvocati, per esercitare con dignità e preparazione il loro difficile compito di "custodi dei diritti". Ora più che mai, ché l'entrata in vigore dal 1 dicembre scorso del Trattato di Lisbona ha infatti tendenzialmente conferito alle norme contenute nella Carta di Nizza del 2000 lo stesso valore giuridico dei trattati, confermando che i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali fanno parte del diritto dell'Unione, come principi generali.

## 2. IL RUOLO DELLA CARTA DI NIZZA ED IL RIFERIMENTO AI DIRITTI UMANI NELLA FORMAZIONE DEI GIURISTI. LA CORTE DI STRASBURGO E LA DICHIARAZIONE DI INTERLAKEN.

Il "valore" della novità positiva è ancora oggetto, e lo sarà sicuramente a lungo, di appassionate discussioni.

Sostenere che la Carta – il nostro *Bill of Rights* – è divenuta una *fonte di diritto comunitario primario*, è un'affermazione giusta; ma non è forse più opportuno abbandonare le classificazioni cui siamo abituati (come quella della teoria delle fonti) e rifarsi piuttosto a quello che è stato definito un "*processo osmotico di integrazione interordinamentale, che ha il proprio terreno elettivo laddove maturano le esperienze relative ai diritti*"<sup>4</sup>, così che sarà l'attività in concreta svolta dalla Corte di Giustizia, così nuovamente e pienamente legittimata, a ridefinire l'effettiva espansione dei diritti fondamentali? Anche perché il terzo comma dell'art.6 TUE è stato già interpretato come "*clausola di apertura alle innovazioni giurisprudenziali*"<sup>5</sup>.

Ha scritto il P.P. Carbone nella Relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2010 che "*Il nodo centrale per i giudici nazionali, nel ruolo di "organi giudiziari di base" dello "spazio giudiziario europeo", sarà la definizione, dopo Lisbona, dei rapporti fra Unione Europea, Carta dei diritti e Convenzione europea per i diritti dell'uomo*"<sup>6</sup>; e forse uno dei principali problemi che si porranno è quello del bilanciamento dei diritti fondamentali previsti dalla Carta con altri diritti concorrenti, come invece accade in molte Costituzioni nazionali (v. un solo esempio: diritto di proprietà e art.41 della nostra Costituzione e nella stessa Convenzione europea sui diritti dell'uomo<sup>7</sup>).

Un rilievo particolare al tema non è peraltro soltanto la conseguenza di una simile novità: avrebbe dovuto già essere all'ordine del giorno sulla scorta di importanti indicazioni positive.

A partire da un ovvio riferimento alla Costituzione, la *Dichiarazione sul diritto e la responsabilità degli individui, dei gruppi e degli organi della società di promuovere e proteggere le libertà fondamentali e i diritti umani universalmente riconosciuti*, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione 53/144, 8 marzo 1999, all'art.15 prevede espressamente: "*Lo Stato ha la responsabilità di promuovere e facilitare l'insegnamento dei diritti umani e delle libertà*

<sup>3</sup> I materiali sono consultabili in [www.freedomhouse.org/template.cfm?page=505](http://www.freedomhouse.org/template.cfm?page=505).

<sup>4</sup> RUGGIERI, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

<sup>5</sup> BRONZINI, *I diritti fondamentali nell'ordinamento integrato. il ruolo della Corte di Giustizia*, relazione a seminario CSM 1.2.2010.

<sup>6</sup> Sul sito della Cassazione <http://www.cortedicassazione.it>.

<sup>7</sup> Emblematico il caso di "Punta Perotti", oggetto della sentenza Corte C.E.D.U. 20.01.2009, n. 75909/01/2009 Sud Fondi S.r.l. et altre c. Italie; la decisione si legge in italiano, in [www.anptes.org/bancadati.asp](http://www.anptes.org/bancadati.asp); un commento in G.RAMACCIONI, *Il caso "Punta Perotti": proprietà privata e diritti umani fondamentali*, in *Diritto e formazione*, 2009, in part. 909 ss.

*fondamentali a tutti i livelli educativi e di assicurare che tutti i responsabili della formazione di avvocati, ufficiali preposti all'attuazione della legge (leggi, tra l'altro, forze di polizia), personale delle forze armate e pubblici ufficiali, inseriscano appropriati elementi di insegnamento dei diritti umani nei loro programmi di formazione*".

Ancora gli art.81 lett.h) e 82 lett.c) (ex art.31 del TUE) assegnano all'Unione Europea il compito di sostenere la formazione dei giudici e degli operatori giudiziari nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia civile e penale.

Non è inutile ricordare, poi, che la Raccomandazione del C.C.B.E. del 2007 sugli *outcome* della formazione dell'avvocato europeo indica, sotto la voce delle conoscenze necessarie, quella dei valori e principi del sistema giuridico, "*inclusa la dimensione europea*", e quella "*specificata al di là dei fondamenti del sistema giuridico di base*" tra i quali include espressamente la *human rights law*.

E' infine di pochi giorni fa (19.2.2010) la Dichiarazione di Interlaken, redatta al termine della Conferenza dei 47 Stati membri del Consiglio d'Europa, organizzata dalla Presidenza svizzera del Comitato dei Ministri, con la quale si è inteso ribadire l'impegno degli Stati membri per la tutela dei diritti umani in Europa e la loro determinazione a consentire alla Corte europea dei Diritti dell'Uomo di affrontare il crescente aumento dei ricorsi (al momento circa 120.000)<sup>8</sup>. E solo pochi giorni prima si era registrata la ratifica da parte della Federazione Russa – ultimo tra gli Stati membri – al Protocollo 14 alla C.E.D.U., diretto ad una trattazione più efficiente dei ricorsi.

Tra gli impegni del Piano d'Azione allegato alla Dichiarazione, ai fini che ci interessano sono da segnalare – oltre alla generale sottolineatura degli aspetti processuali, al fine di "sfoltire" la mole di ricorsi, la cui gran parte viene dichiarata inammissibile – gli inviti agli stati membri a:

- incrementare la consapevolezza da parte delle Autorità nazionali degli "standards" della Convenzione
- tener di conto della giurisprudenza della Corte, anche per quanto riguarda le decisioni emanate nei confronti di uno Stato laddove i principi siano applicabili all'interno di altro ordinamento nazionale
- far sì, introducendo eventualmente nuove procedure, che per la tutela dei diritti di cui alla Convenzione sia assicurato un rimedio effettivo di fronte ad un'autorità nazionale.

### 3. IL PREGIUDIZIO RAZZIALE. LA FIGURA DELL'AVVOCATO

Non a caso ho iniziato con una citazione dello scrittore austriaco probabilmente più "provocatore" del dopoguerra, che ha fatto della sua opera romanzesca, teatrale e poetica una lunga e satirica battaglia intorno all'eredità nazista; colui che richiesto di scrivere un'opera per ricordare i cinquant'anni dall'*Anschluss*, in un primo momento rifiutò, sostenendo che sarebbe stato più opportuno per la ricorrenza appendere su ogni negozio una volta posseduto da ebrei un cartello con la scritta *Judenfrei* (e poi scrisse il dramma in versi "*Heldenplatz*", che destò se possibile ancor maggior scandalo, con il suo "*ci sono più nazisti a Vienna oggi, che nel '38*"<sup>9</sup>).

Proprio l'antisemitismo ed il razzismo in linea più generale sono fenomeni oggi più visibili, e proprio partendo da una ricerca sull'impatto delle leggi razziali sugli avvocati italiani la categoria sta rivisitando la sua storia contemporanea, facendo seguito all'invito che Guido Alpa rivolse alle istituzioni forensi dopo il riconoscimento della Giornata della Memoria<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Si legge all'indirizzo [http://www.coe.int/t/dc/files/events/2010\\_interlaken\\_conf](http://www.coe.int/t/dc/files/events/2010_interlaken_conf).

<sup>9</sup> ...neppure tenero con la nostra categoria: in *Gelo* (Einaudi, 1966) il personaggio del pittore Strauch, osservato clinicamente da uno studente di medicina che si finge studente di giurisprudenza, dice: "*Un avvocato è uno strumento del diavolo. In generale, è un idiota diabolico, che fa affidamento sulla stupidità di gente molto più stupida di lui, e, per Dio, ci riesce sempre*".

<sup>10</sup> Sia consentito il rinvio alla pubblicazione degli atti del convegno pisano del 20.2.2009, *Le leggi razziali e gli avvocati italiani. Uno sguardo in provincia*, Edizioni PLUS-Pisa University Press, 2010, a cura di chi scrive.

Parlare di diritti umani per gli avvocati – italiani e non solo – è allora anche “farsi i conti in tasca”, criticamente.

Ed è evidente che è la deontologia – ed il sistema disciplinare, senza il quale la prima è nulla – il campo di una prima diretta verifica del rispetto dei diritti fondamentali alla professione. Non solo, quindi, “curare” il rispetto dei diritti umani, aiutando i clienti a tutelarli, ma “rispettarli” in prima persona nell’esercizio della professione.

Chi è infatti l’avvocato ?

Praticamente in ogni ordinamento professionale è considerato come un “buon cittadino” (il Canadian Code of Professional Conduct afferma esplicitamente che “*le sue responsabilità sono più grandi di quelle di un privato cittadino*”; il Preambolo del Codice Deontologico Europeo del C.C.B.E. (2006) riafferma che la funzione dell’avvocato non si limita alla fedele esecuzione di un mandato nell’ambito della legge, ma richiede che egli vigili sul rispetto dello stato di diritto e delle regole della società democratica). E’ giusto quindi affermare riveste anche in Italia la figura di un operatore sociale, con una funzione ed una responsabilità etiche che trascendono il suo mero interesse economico personale<sup>11</sup>.

Ruolo dei diritti umani e responsabilità sociale dell’avvocato diventano perfettamente complementari.

Nuovo ruolo degli Ordini e quindi della deontologia; consapevolezza della responsabilità sociale della categoria, e constatazione di una risposta ancora scarsa della giurisprudenza in termini di effetti sul processo delle violazioni deontologiche, sono allora tre elementi che a mio parere dovrebbero indurre, nell’immediato, ad una valutazione dell’efficienza complessiva del nostro sistema disciplinare come possibile “rimedio” alle distorsioni derivanti dai comportamenti spregiudicati di alcuni colleghi.

Se la valutazione allo stato non potrebbe, da un lato, che essere scoraggiante, essendo ben noto lo scarso interesse che molti Consigli sembrano dedicare ai profili disciplinari, e che si traduce in un numero esiguo di procedimenti (ed ancor minore di sanzioni di qualche rilievo), dall’altro va segnalato che esistono invece significative ed incoraggianti novità nella giurisprudenza disciplinare del C.N.F., sulle quali mi soffermerò poco più avanti; mentre non dimentichiamo che la formulazione attuale dell’art.7 del Codice deontologico (Dovere di fedeltà) prevede espressamente al II canone che “*L’avvocato deve esercitare la sua attività anche nel rispetto dei doveri che la sua funzione gli impone verso la collettività per la salvaguardia dei diritti dell’uomo nei confronti dello Stato e di ogni altro potere*”.

Non soltanto: ci dobbiamo attendere qualche novità anche dalla giurisprudenza ordinaria, finora contrassegnata da una scarsa considerazione delle violazioni deontologiche che si riflettono sulle vicende processuali.

#### 4. LE CARTE EUROPEE DEI DIRITTI IN ALCUNE RECENTI DECISIONI.

##### 4a) ...DELLA CORTE DI GIUSTIZIA E DELLA CASSAZIONE

Mi riferisco a quest’ultimo proposito a recenti decisioni che per così dire “implementano” una riflessione già fatta propria dalla Corte Costituzionale (cfr. per es. sentenze n. 348 e n. 349 24.10.2007<sup>12</sup>) secondo la quale, in caso di antinomia fra disposizione o norma statale e norme convenzionali internazionali, il Giudice ha il dovere di verificare se tale contrasto non sia risolvibile in via ermeneutica, di una “*interpretazione conforme al diritto internazionale*” e ricorrendo al Giudice costituzionale solo qualora non sia possibile svolgere tale adeguamento ermeneutico<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Sull’avvocato come “buon cittadino”, citando il Codice canadese, si intrattengono HAZARD-DONDI, in *Etiche della professione legale*, Bologna, Il Mulino, 2005, p.329 ss.

<sup>12</sup> In *Giur. cost.*, 2007, 5, 3475, con note di commento.

<sup>13</sup> Per tutti i commenti v. anche soltanto N.PIGNATELLI, *La dilatazione della tecnica della “interposizione” (e del giudizio costituzionale)*, e A.RUGGIERI, *La C.E.D.U. alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-*

La stessa Corte è tornata sul tema con la sentenza n. 179 del 10.6.2009 che ha dichiarato inammissibile una questione di legittimità costituzionale dell'art.336 del codice civile sollevata dal Tribunale per i minorenni di Ancona, che aveva dubitato della legittimità costituzionale – in riferimento agli articoli 3, 30 e 31 della Costituzione – della norma nella parte in cui non prevede che il Tribunale, «*in caso di urgente necessità di tutela del minore e di mancato esercizio di azione di potestà da parte dei genitori, dei parenti entro il IV grado o del PM, possa d'ufficio nominare curatore al minore affinché tale organo valuti la proposizione di azione a tutela di quest'ultimo*»; l'inammissibilità consegue infatti alla mancata verifica da parte del giudice dell'incidenza delle disposizioni contenute nella Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176, e la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei minori adottata a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata e resa esecutiva in Italia con legge 20 marzo 2003, n. 77, «*dotate di efficacia imperativa nell'ordinamento interno e quindi recanti una disciplina integrativa rispetto alla previsione dell'art. 336 cod. civ., col quale vanno coordinate*».<sup>14</sup>

L'operazione suggerita dalla Corte dovrebbe essere grandemente facilitata ove si reputasse, come già ricordato, che la Carta di Nizza sia divenuta una fonte di diritto comunitario primario; ed ora a confortarci sono la Corte di Giustizia, con la decisione 19.1.2010 causa C 555/07 Küçükdeveci<sup>15</sup>, secondo la quale il giudice nazionale investito di una controversia tra privati deve disapplicare la norma nazionale che, rientrando nell'ambito di applicazione del diritto dell'unione – nella fattispecie il principio di non discriminazione – egli ritenga non compatibile con tale principio, senza necessità di richiedere la pronuncia pregiudiziale (ciò che, peraltro, gli è pur possibile); ed ancor più recentemente la Corte Costituzionale, con la sentenza n.28 del 25.1.2010<sup>16</sup>, per la quale «*La legge più mite pertanto retroagisce, secondo il principio del favor rei, che caratterizza l'ordinamento italiano e che oggi trova conferma e copertura europea nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (cosiddetta Carta di Nizza), recepita dal Trattato di Lisbona, modificativo del Trattato sull'Unione europea e del Trattato che istituisce la Comunità europea, entrato in vigore il 1° dicembre 2009*».

Una tra quelle decisioni del giudice nazionale cui ho accennato si pone «a monte» della nostra riflessione, e ne è un presupposto. Mi riferisco a Cass., sez. un., 20-12-2007, n. 26810<sup>17</sup>, secondo la quale «*In materia di responsabilità disciplinare degli avvocati, le norme del codice disciplinare forense costituiscono fonti normative integrative del precetto legislativo che attribuisce al consiglio nazionale forense il potere disciplinare, con funzione di giurisdizione speciale appartenente all'ordinamento generale dello stato, e come tali sono interpretabili direttamente dalla corte di legittimità*», così componendo (speriamo non provvisoriamente) un contrasto interpretativo.

Più direttamente *in medias res* è invece la n.35149, depositata il 10.9.2009, della sez.VI penale della Cassazione, che ha rimesso in termini un imputato che non aveva tempestivamente proposto impugnazione a causa della grossolana incompetenza del suo difensore, comportamento quest'ultimo ben apprezzabile deontologicamente: la Corte – è questo è il profilo decisamente interessante nella materia che ci occupa – richiama la giurisprudenza C.E.D.U. secondo la quale il giudice nazionale «*ha il dovere di restaurare i diritti processuali fondamentali dell'imputato quando le carenze difensive siano manifeste e siano segnalate alla sua attenzione...; e al giudice*

---

*astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico, in Forum dei Quaderni Costituzionali, www.forumcostituzionale.it.*

<sup>14</sup> Oltre che in [www.corte-costituzionale.com](http://www.corte-costituzionale.com), anche in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), tra gli altri siti. Più avanti ancora sulla tutela dei diritti del minore sub § 4b).

<sup>15</sup> In [eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu).

<sup>16</sup> In [www.corte-costituzionale.com](http://www.corte-costituzionale.com).

<sup>17</sup> In *Diritto e formazione*, 2009, 107, con nota redazionale, ed in *Foro it.*, 2009, I, 3168, con nota di SCARSELLI, *La responsabilità civile del difensore per violazione della norma deontologica*; ancora SCARSELLI a margine della decisione in *La violazione della norma deontologica e le (possibili) ricadute in punto di responsabilità civile per gli avvocati*, in *Diritto e formazione*, n.1/2010, in corso di pubblicazione.

nazionale è fatto obbligo di applicare la norma interna in modo conforme alla C.E.D.U., alla luce della giurisprudenza della Corte europea”<sup>18</sup>.

La S.C., sez. II, con la decisione n. 8941 del 15-04-2009<sup>19</sup>, affermando che “La condizione, apposta ad una disposizione testamentaria, che subordini l’efficacia della stessa alla circostanza che l’istituto contragga matrimonio, è ricompresa nella previsione dell’art. 634 c.c. ed è, pertanto, illecita, in quanto contraria al principio della libertà matrimoniale tutelato dagli art. 2 e 29 cost.”, ha motivato che “il diritto di contrarre matrimonio, che discende direttamente, oltre che dal citato art. 2 Cost., anche dall’art. 29 Cost., è espressamente enunciato nell’articolo 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948 e nell’articolo 12 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, resa esecutiva in Italia con la L. 4 agosto 1955, n. 848 (ed, oggi, anche dall’art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000)”.

Ancor più recentemente, Cass., III sez., 2.2.2010 n.2352, ha affermato che “La filonomachia della corte di cassazione include anche il processo interpretativo di conformazione dei diritti nazionali e costituzionali ai principi non collidenti ma promozionali del Trattato di Lisbona e della carta di Nizza che esso pone a fondamento del diritto comune europeo”<sup>20</sup>.

4b) ...DEL C.N.F.

Esaminando quindi le novità nella giurisprudenza del C.N.F., si possono notare aperture a considerazioni più ampie in un quadro normativo deontologico che ha lungo privilegiato i riferimenti a canoni consolidati – e certamente non da abbandonare – come quelli di dignità e decoro, di indipendenza ed autonomia, diligenza e competenza.

Ce lo suggerisce in particolare la decisione n.27/2009 del 28.9.2008/4.5.2009<sup>21</sup>, relatore Borsacchi. Si tratta di un caso nel quale il legale era stato incolpato principalmente per aver assistito in giudizio di separazione personale una cliente nonostante fosse amico e legale anche del marito<sup>22</sup>, venendo meno, tra l’altro, al dovere di segretezza e riservatezza, e soprattutto per aver posto in essere nel corso del mandato comportamenti invasivi della sfera privata della cliente e della figlia minore, affetta da disturbi psichici di natura alimentare, screditando totalmente la figura del padre. Assolto sotto il primo profilo per carenze probatorie, la decisione si segnala per la motivazione della conferma della validità della decisione dell’Ordine territoriale che aveva sanzionato il legale, motivazione di cui val la pena riportare un brano:

*Quello dell’avvocato che si impegna professionalmente nel campo dei rapporti di famiglia, soprattutto quando quest’ultimi coinvolgono, come spesso avviene, i minori, è un compito oltremodo delicato che deve particolarmente ispirarsi ai principi della responsabilità etica e sociale della funzione del difensore. La tutela del minore costituisce, infatti, da un lato uno dei principi fondamentali delle società civili (art.3 c.1 Convenzione ONU 1989 sui diritti del fanciullo, ratificata e resa esecutiva con la legge 27.5.1991 n.176; Convenzione europea sull’esercizio del diritto dei minori di Strasburgo del 25.1.1996, ratificata con la legge 20.3.2003 n.77; Convenzione dell’Aja sulla protezione dei minori 19.10.1996; cfr. anche la legge 149/2001) e, dall’altro, un terreno sul quale per asimmetrie informative, soggezione psicologica, interposizione di soggetti portatori di diversi interessi, si accentuano i profili di discrezionalità e quindi di responsabilità dell’avvocato. Una responsabilità più stringente, che trascende, se così si può dire, la nozione di*

<sup>18</sup> In [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it).

<sup>19</sup> In *Foro it.*, 2009,I, 2674, con nota di PAONE.

<sup>20</sup> Attualmente si può leggere nell’Osservatorio Olympus della Facoltà di Giurisprudenza di Urbino, <http://www.uniurb.it/olympus/>.

<sup>21</sup> In *Diritto e formazione*, 2009, 593-594. La massima recita: *Viola i doveri di correttezza e indipendenza il professionista che, impegnato nel campo dei rapporti di famiglia, pone in essere condotte professionali tendenti al coinvolgimento di minori nel giudizio, disattendendo i principi della responsabilità etica e sociale della funzione del difensore, finalizzati alla superiore salvaguardia della posizione del minore.*

<sup>22</sup> Profilo sul quale mi soffermerò più avanti.

*normale responsabilità professionale e le stesse comuni regole deontologiche (che richiedono una più rigorosa osservanza, ad iniziare proprio dal dovere di segretezza e riservatezza di cui all'art.9 del cod. deont.) nella superiore salvaguardia della posizione del minore che, all'interno delle procedure che coinvolgono i di lui genitori, resta ancora e sempre la più "fragile" e rischia di essere piegata ad esigenze altrui ed estranee ai suoi stretti e prevalenti interessi".*

Ritroviamo quindi nella decisione, oltre ai "consueti" riferimenti deontologici (i doveri di dignità e decoro, quello di riservatezza) l'importante richiamo alle convenzioni internazionali sulla salvaguardia dei diritti dei minori ed alla C.E.D.U., nonché l'esplicita menzione della *responsabilità etica e sociale della funzione del difensore*.

Si va oltre quindi principi già affermati a proposito dell'ingerenza diretta dell'avvocato di famiglia nel rapporto con i minori – la stessa decisione richiama C.N.F. n.17 del 22.4.2008<sup>23</sup> – con riferimento ai canoni della lealtà e della correttezza, del dovere di "lontananza" e di non coinvolgimento personale nel rapporto con i clienti<sup>24</sup>, per sottolineare con fermezza che i parametri di giudizio devono oggi ricercarsi anche al di fuori dei meri confini positivi della normativa deontologica (o, per dir meglio, devono cercarsi anche nella normativa generale obbligatoria per il giudice nazionale, ne sia l'origine interna od internazionale).

Un simile e nuovo punto di vista si potrebbe porre a confronto con non lontane decisioni dello stesso C.N.F. – come la n.57 del 30.5.2007<sup>25</sup> – per la quale *"E' compito del professionista comunicare ai propri clienti tutti gli atti ad essi indirizzati, pertanto è deontologicamente corretto il comportamento del professionista che comunicando alla propria cliente il provvedimento del giudice, abbia indirettamente messo a conoscenza la propria assistita, perché scritto nell'atto stesso, dell'indirizzo dell'istituto presso cui la figlia era ospitata contravvenendo al divieto posto dal giudice di rapporti tra la minore e il genitore"*; la consueta "assolutezza" ingannatoria della massima nasconde, peraltro, che l'errore determinante in quel caso era stato compiuto del Tribunale dei Minorenni, che aveva inserito nelle relate di notifica del provvedimento anche le indicazioni sull'Istituto.

## 5. DIRITTI UMANI E DIRITTO DI FAMIGLIA. DUE CASI TIPICI

E' il diritto di famiglia infatti uno dei campi dove si può meglio "misurare" la correttezza dell'approccio del professionista alla luce del rispetto dei diritti fondamentali<sup>26</sup>.

Poiché oggi parliamo di didattica, in quest'ottica si tratta di immaginare, e porre ad un uditorio che vogliamo pensare esser costituito dai frequentanti le nostre Scuole, un caso in cui, per rispettare i diritti umani di una persona, l'avvocato deve o non deve tenere un certo atteggiamento.

Procediamo per gradi.

### 5A) UNA VERIFICA DIDATTICA A PROPOSITO DELL'ART.51, CANONE I, CODICE DEONTOLOGICO.

Prendiamo dapprima uno dei casi più frequentati dalla giurisprudenza disciplinare, quello che concerne il profilo della violazione dell'art.51 del codice deontologico che prevede dal 2006, al

---

<sup>23</sup> *"Integra sicura violazione dei principi di lealtà e correttezza, e come tale va sanzionato con la sospensione dall'esercizio della professione forense per la durata di mesi tre, il comportamento del professionista che in più occasioni, nel proprio studio ed al di fuori dello stesso, abbia intrattenuto, ad insaputa ed in assenza del genitore affidatario, colloqui con i due figli minori della propria assistita, nonostante essi versassero in una delicatissima situazione psicologica, accertata con perizia disposta nel giudizio di separazione tra i coniugi"*. La massima si legge in *Diritto e formazione*, 2009, 594.

<sup>24</sup> Per meglio comprendere il caso più recente, l'avvocato nella ricerca di un rapporto sentimentale con la cliente si era spinto anche ad assumere un improprio ruolo di vero e proprio "terapeuta" nei confronti della minore anoressica.

<sup>25</sup> In *Rassegna forense*, 2008, II, 157.

<sup>26</sup> Per tutti v. A.MARIANI MARINI, *Etica professionale e responsabilità sociale dell'avvocato di famiglia*, in *Diritto e formazione*, 2009, 745 ss.

canone I, l'espresso divieto per l'avvocato che abbia assistito congiuntamente i coniugi in controversie familiari, di prestare, in favore di uno di essi, la propria assistenza in controversie successive. Si ricordino soltanto le più recenti decisioni del C.N.F., come le n. 104 dell'11-11-2009, n.116 e 117 del 14-10-2008 (e già prima della modifica tra le altre la n. 105 del 13-09-2005, la n. 139 del 12-6-2003<sup>27</sup>) che affermano come un simile comportamento sia deontologicamente rilevante, perché lesivo del dovere di fedeltà e lealtà a cui ciascun professionista è tenuto.

Cass., sez. un., 10-01-2006, n. 134<sup>28</sup>, a proposito del precedente testo dell'art.37, III c., del Codice Deontologico, che disponeva analogamente (ma con una diversa collocazione sistematica, sotto la voce *Conflitto di interessi* e non sotto quella *Assunzione di incarichi contro ex-clienti*) aveva affermato che *“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 codice citato, il principio contenente l'obbligo assoluto di astensione si pone come speciale e prevalente rispetto a quello contenuto nel comma 1, che non può trovare quindi applicazione”*. La decisione aggiunge che *“La valutazione, nella materia del diritto di famiglia, è stata fatta una volta per tutte dalla norma, per cui all'interprete compete solo l'accertamento del fatto che costituisce il presupposto per quell'effetto”*.

E' interessante notare come Cons. naz. forense 4 luglio 2002, n. 92<sup>29</sup>, avesse stabilito che il comportamento del professionista che, dopo avere assistito entrambi i coniugi in una procedura di separazione, aveva assunto la difesa di un coniuge contro l'altro nella fase del divorzio, non sarebbe stato deontologicamente scorretto, se l'attività precedente fosse stata di mera assistenza ed egli non avesse in concreto utilizzato circostanze conosciute nella fase precedente.

Mi sembra, in altre parole, che al cuore della questione stia la considerazione del dovere di fedeltà e di quello di segretezza, che stanno “a monte” sia dell'art.37 I c., *“Sussiste conflitto di interessi anche nel caso in cui l'espletamento di un nuovo mandato determini la violazione del segreto sulle informazioni fornite da altro assistito, ovvero quando la conoscenza degli affari di una parte possa avvantaggiare ingiustamente un altro assistito”*, che dell'art.51: *“ In ogni caso è fatto divieto all'avvocato di utilizzare notizie acquisite in ragione del rapporto professionale già esaurito”*.

Ora, un tipo di verifica didattica potrebbe consistere nel porsi il quesito: se non esistesse un Codice Deontologico, e/o se non avesse il valore normativo che anche la nostra Cassazione gli riconosce, sarebbero deducibili eguali conseguenze pratiche anche dal solo richiamo alle Carte europee (senza cioè volutamente considerare, a questi limitati scopi, neppure le norme costituzionali nazionali) ?

Penso proprio di sì (ovviamente non pongo una questione meramente interpretativa: ripeto che si tratta di un “gioco” didattico).

Nella Carta di Nizza un primo riferimento va all'art.7 (Rispetto della vita privata e della vita familiare) secondo il quale *“Ogni individuo ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle sue comunicazioni”*), che trova conferma nell'art.8 C.E.D.U. (*“Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza”*).

Un secondo, immediatamente successivo non solo dal punto di vista espositivo ma anche logico, va all'art.8 (Protezione dei dati di carattere personale) il cui primo comma recita *“Ogni individuo ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che lo riguardano”*, ed il secondo *“Tali dati devono essere trattati secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o a un altro fondamento legittimo previsto dalla legge”*.

Infine, il richiamo all'Art.47 (Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale) comporta la sottolineatura del 3 c., per il quale *“Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare”*, laddove è senz'altro un principio generale - qui sottinteso ma riconosciuto in tutte

<sup>27</sup> Tutte le decisioni ove non diversamente segnalato sono reperibili sul sito del C.N.F.

<sup>28</sup> In *Foro it.*, 2006, I, 419,

<sup>29</sup> In *Rass. forense*, 2002, 895.

le legislazioni nazionali -che tale assistenza debba essere prestata, se vogliamo usare un unico termine riassuntivo, “*lealmente*”.

Il “catalogo” peraltro non finisce qui: ove siano coinvolti minori, è alle conseguenze che si deve guardare; l’art.24 (Diritti del bambino) prevede il diritto del bambino a che il suo “*interesse superiore*” sia “*considerato preminente*”, ed a “*intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse*”: a prescindere, quindi (e salvo ovviamente il caso di cui alla riserva finale relativa al suo proprio interesse) dalla controversia tra i genitori, la quale però potrebbe essere così influenzata dall’uso di notizie apprese dal legale nel corso di precedente procedimento tra le parti da condurre a risultati abnormi in tema di affidamento e/o di regolamentazione delle visite, non necessariamente tutelanti quell’ “*interesse superiore*”.

C’è da porsi responsabilmente il problema se tale limitazione possa condurre ad esiti contrari alla *ratio* delle norme ricordate, ed in particolare delle ultime; facciamo il caso del legale che ha assistito i coniugi nella separazione e viene richiesto poi di assistenza da uno dei soltanto dei due, e che ha appreso nel corso del precedente incarico dell’esistenza di una grave malattia mentale, di non evidente manifestazione, della possibile nuova “controparte” che sconsiglierebbe un affidamento esclusivo in suo favore e neppure uno condiviso, ed imporrebbe una regolamentazione attenta dei contatti, nell’interesse del minore. Siccome vogliamo rimanere pratici, direi che in tal caso: a) sarebbe singolare che di tale situazione non si fosse già tenuto conto nella separazione, e quindi non fosse, cioè, emersa in qualche modo, tale da esser inevitabilmente presente anche nel nuovo procedimento (altrimenti altri profili di responsabilità sarebbero dovuti sorgere, e per il medesimo motivo, a carico del legale); b) non sarebbe sicuramente una conoscenza esclusiva del legale, ma *in primis* dell’altro coniuge, libero di trasmetterla quindi a nuovo difensore. Ma la considerazione più importante è forse quella che anche in questo caso si sarebbe trattato di un conflitto tra principi affermati dalla stessa Carta, che avrebbe potuto e dovuto essere composto operandone un bilanciamento nel caso concreto: ciò che, appunto, ci evita di fare l’art.51 del Codice Deontologico grazie all’assolutezza del suo primo canone.

#### 5b) L’AVVOCATO E L’AUDIZIONE DEL MINORE.

Ora il procedimento inverso, partendo però direttamente dall’ultima riflessione, sul minore.

Ipotizziamo il caso dell’avvocato che sia richiesto dal proprio assistito di prendere contatto diretto con il figlio minore, magari in vista di un’audizione ai sensi dell’art.155 *sexies c.c.*

I principi generali sanciti dalla Carta di Nizza sono in sintesi tre (art.24):

- diritto del bambino alla protezione ed a essere ascoltato nelle questioni che lo riguardano
- preminenza della considerazione del suo interesse in tutti gli atti relativi, pubblici o privati
- diritto a regolari rapporti con i genitori (salvi i casi in cui ciò sia contrario al suo interesse).

La scarna norma citata (“*Poteri del giudice e ascolto del minore. — 1. Prima dell’emanazione, anche in via provvisoria, dei provvedimenti di cui all’art. 155, il giudice può assumere, ad istanza di parte o d’ufficio, mezzi di prova. Il giudice dispone, inoltre, l’audizione del figlio minore che abbia compiuto gli anni dodici e anche di età inferiore ove capace di discernimento*”) deve quindi essere interpretata secondo tali principi, ed il primo destinatario di tale sforzo ermeneutico è proprio il difensore.

Difensore, però, che ha a disposizione altri strumenti normativi di origine internazionale cui uniformare la sua condotta, alcuni dei quali già divenuti direttamente applicabili nell’ordinamento nazionale - Convenzione ONU 1989 sui diritti del fanciullo, ratificata e resa esecutiva con la legge 27.5.1991 n.176; Convenzione europea sull’esercizio del diritto dei minori di Strasburgo del 25.1.1996, ratificata con la legge 20.3.2003 n.77 - ed altri non ancora, come la Convenzione dell’Aja sulla protezione dei minori 19.10.1996; tutti strumenti che abbiamo già visto ricordare dall’innovativa pronuncia del C.N.F. del 2009.

Ebbene, mi sembra che l'art.24 della Carta consacri, senza più ormai alcuna perplessità, quella linea interpretativa volta a vietare il contatto tra professionista forense e minore, già solidamente affermata dalla giurisprudenza anteriore del C.N.F. in applicazione dei principi di dignità, decoro e lealtà (è il caso della cit. decisione n.17 del 22.4.2008).

E' interessante, tra l'altro, constatare come si stiano instaurando "prassi virtuose" in punto di ascolto del minore, tese a valorizzarne la tutela.

E' il caso del Protocollo elaborato dall'Osservatorio sulla giustizia civile di Milano <sup>30</sup>, che prevede (art.5) che l'audizione si svolga unicamente alla presenza del minore, del Giudice titolare della procedura, dell'eventuale ausiliario e, in caso di nomina, del difensore del minore o del curatore del minore, non parendo opportuna "*al fine di evitare condizionamenti*" la presenza delle parti e dei difensori; ma prevedendosi – direi ovviamente – che prima dell'audizione i legali possano sottoporre al giudice i temi e gli argomenti sui quali ritengono opportuno sentire il minore: una considerazione dettata quindi dalla riflessione su quelle "*asimmetrie informative*", sulla "*soggezione psicologica*" sulle quali la più volte ricordata sentenza n.27/2009 del C.N.F. si era soffermata.

## 6. CONCLUSIONI

Le conclusioni...devono trarle gli avvocati ed i giudici nell'esperienza quotidiana.

Credo che l'impegno europeo al rispetto dei diritti umani sia stato ben delineato nella ricordata Dichiarazione di Interlaken, con l'invito agli Stati a diffondere in primo luogo tra gli operatori del diritto la consapevolezza di quei principi e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, mentre quel suggerito "rimedio effettivo" all'interno dell'ordinamento nazionale dovrà trovarsi soprattutto nella opera pratica dei giuristi (prima ed indipendentemente, cioè, dei ricorsi alla Corte) mediante un'interpretazione conforme alle Convenzioni ed ora in particolare alla Carta di Nizza, grazie all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

E' allora indubbio che il primo passo in quella direzione, per cui oggi stiamo lavorando, sia per gli avvocati proprio la formazione professionale, nei cui corsi per l'accesso (così come, peraltro, anche in quelli di aggiornamento) la trattazione dei diritti umani potrà comportare le modalità didattiche proprie di quelle che altrove<sup>31</sup> ho brutalmente definito "macroaeree sconosciute" che (legate alle altre aeree "conosciute" - già frequentate sin dai corsi universitari - da caratteristiche comuni quali la prevalente attenzione alle *abilità* <sup>32</sup>, la interdisciplinarietà, l'approccio casistico) si possono sinteticamente condensare in tre fasi: una premessa espositiva ed illustrativa che spesso costituirà per gli allievi la prima occasione di contatto con quella data tematica; l'invito all'approfondimento di studio in base ad agili indicazioni bibliografiche; il momento più innovativo, infine - maturati questi presupposti conoscitivi - della *sperimentazione*, mediante le esercitazioni, i laboratori, e le simulazioni.

---

<sup>30</sup> Consultabile sul sito dell'ordine milanese, <http://www.ordineavvocatimilano.it>.

<sup>31</sup> Per es., nella Relazione alla Prima Conferenza Nazionale delle Scuole Forensi, Roma 12.6.2009, ora in D.CERRI, *Giustizia civile e formazione forense*, Edizioni PLUS-Pisa University Press, 2009, p.123 ss.

<sup>32</sup> L'ormai ovvio riferimento alla distinzione tra *saperi* ed *abilità* rimanda all'opera di G.PASCUZZI ed in particolare a *Giuristi si diventa. Come riconoscere e apprendere le abilità proprie delle professioni legali*.