

GLI OBBLIGHI DEONTOLOGICI NELLA NEGOZIAZIONE ASSISTITA IN MATERIA DI FAMIGLIA

(relatore Stefano Ciambotti, avvocato del Foro di Firenze)

I. GLI OBBLIGHI DEONTOLOGICI DELLA NEGOZIAZIONE ASSISTITA IN GENERALE E COME TALI APPLICABILI ALLA NEGOZIAZIONE ASSI- STITA IN MATERIA DI FAMIGLIA.

L'art. 6 del D.L. 132/2014 (in Gazz. Uff. 12/9/2014, n. 212), convertito, con modificazioni, dalla Legge 162/2014 (in Gazz. Uff. 10/11/2014, n. 261), disciplina la negoziazione assistita in materia di famiglia e dispone, al primo comma, che i coniugi possono avvalersi della «*convenzione di negoziazione assistita*» per raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, divorzio (cessazione o scioglimento del matrimonio) e modifica delle condizioni di separazione e di divorzio.

La «*convenzione di negoziazione assistita*» richiamata dalla norma è quella disciplinata dagli artt. 2, 4, 5, 8, 9 e 11 del D.L. 132/2014, che possiamo considerare come una sorta di "modello generale". Il richiamo implica che gli avvocati, anche nella negoziazione assistita in materia di famiglia, devono anzitutto attenersi ai comportamenti previsti da tali norme e dalla cui violazione può derivare una responsabilità disciplinare in virtù sia del CDF sia di quelle stesse norme, che espressamente qualificano alcuni comportamenti come doveri deontologici. In particolare:

- 1) informare il cliente, all'atto del conferimento dell'incarico, della possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita: obbligo previsto dall'art. 2, comma 7, D.L. 132/2014, e la cui violazione implica una responsabilità disciplinare sia ai sensi dello stesso articolo, che espressamente qualifica il comportamento come dovere deontologico, sia ai sensi dell'art. 27, comma 3¹, CDF;

¹ Art. 27 - Doveri di informazione:

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

- 2) certificare l'autenticità delle sottoscrizioni: obbligo previsto dagli artt. 2, comma 6, 4, commi 2 e 3, e 5, comma 2, D.L. 132/2014, e la cui violazione può implicare una responsabilità disciplinare per violazione dell'art. 23, comma 2², CDF, in base al quale l'avvocato deve accertare l'identità del cliente al momento del conferimento del mandato, nonché, in certi casi, per violazione del dovere di verità di cui all'art. 50 CDF;
- 3) attestare la conformità dell'accordo assistito alle norme imperative e all'ordine pubblico: obbligo previsto dall'art. 5, comma 2, D.L. 132/2014, e la cui violazione può comportare una responsabilità disciplinare per violazione dell'art. 23, comma 6, CDF, in base al quale l'avvocato non deve suggerire comportamenti, atti o negozi nulli, illeciti o fraudolenti, nonché, in certi casi, per violazione dell'art. 26, comma 1, CDF, che impone all'avvocato l'obbligo di competenza, e, nell'ipotesi di omissione dell'attestazione, per violazione dell'art. 26, comma 3, CDF, che impone il dovere di compiere gli atti inerenti al mandato;
- 4) non impugnare l'accordo assistito cui hanno partecipato: obbligo previsto dall'art. 5, comma 4, D.L. 132/2014, e la cui violazione comporta una responsabilità disciplinare ai sensi della stessa norma, che espressamente qualifica la violazione come illecito disciplinare, e dell'art. 44 CDF³;
- 5) comportarsi con lealtà: obbligo previsto dagli artt. 2, comma 1, e 9, comma 2, D.L. 132/2014, e la cui violazione comporta responsabilità disciplinare ai sensi dello stesso art. 9, comma 4-bis, nonché ai sensi dell'art. 9 CDF⁴ e del successivo art. 19⁵;
- 6) tenere riservate le «informazioni ricevute»; obbligo previsto dall'art. 9,

² Art. 23 - Conferimento dell'incarico:

«L'avvocato, prima di assumere l'incarico, deve accertare l'identità della persona che lo conferisce e della parte assistita».

³ Art. 44 -Divieto di impugnazione della transazione raggiunta con il collega:

«1. L'avvocato che abbia raggiunto con il collega avversario un accordo transattivo, accettato dalle parti, deve astenersi dal proporre impugnazione, salvo che la stessa sia giustificata da fatti sopravvenuti o dei quali dimostri di non avere avuto conoscenza.

2. La violazione del dovere di cui al precedente comma comporta l'applicazione della sanzione disciplinare della censura».

⁴ Art. 9 - Doveri di probità, dignità, decoro e indipendenza:

«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») (comma 1).

⁵ Art. 19 - Doveri di lealtà e correttezza verso i colleghi e le Istituzioni forensi:

«L'avvocato deve mantenere nei confronti dei colleghi e delle Istituzioni forensi un comportamento ispirato a correttezza e lealtà».

comma 2, D.L. 132/2014, e dalla cui violazione deriva una responsabilità disciplinare sia ai sensi della stessa norma, comma 4-bis, sia ai sensi dell'art. 28 CDF («*Riserbo e segreto professionale*»), il quale prevede come «*dovere, oltre che diritto, primario e fondamentale dell'avvocato*» quello di «*mantenere il segreto e il massimo riserbo sull'attività prestata e su tutte le informazioni che gli siano fornite dal cliente e dalla parte assistita, nonché su quelle delle quali sia venuto a conoscenza in dipendenza del mandato*»;

- 7) non utilizzare le «dichiarazioni rese» e le «informazioni acquisite» nel corso del procedimento in un giudizio avente in tutto o in parte il medesimo oggetto: obbligo previsto dall'art. 9, comma 2, 2° periodo, D.L. 132/2014 e la cui violazione costituisce illecito disciplinare ai sensi della stessa norma;
- 8) trasmettere copia dell'accordo assistito al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati del luogo in cui l'accordo è stato raggiunto, o al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati presso cui è iscritto uno degli avvocati: obbligo previsto dall'art. 11, comma 1, D.L. 132/2014, e la cui violazione implica una responsabilità disciplinare ai sensi dell'art. 71 CDF, che impone all'avvocato di «*collaborare con le Istituzioni forensi per l'attuazione delle loro finalità*».

II. GLI OBBLIGHI DEONTOLOGICI SPECIFICI IN RELAZIONE ALLE CARATTERISTICHE PROCEDURALI.

L'art. 6 cit., rispetto al modello generale, prevede delle particolarità procedurali cui corrispondono altri obblighi deontologici, così come ulteriori obblighi deontologici derivano dallo specifico ambito di operatività della negoziazione assistita familiare.

(i)

L'obbligo della necessaria assistenza di almeno un avvocato per parte.

Il comma 1 dell'art. 6 D.L. 132/2014 evidenzia la prima differenza procedurale rispetto al modello generale di negoziazione, consistente nella presenza obbligatoria di almeno un avvocato per parte, mentre nella negoziazione generale ne può bastare uno.

L'avvocato deve rappresentare ciò alla parte assistita al momento del conferimento dell'incarico.

Tale obbligo deontologico discende dall'art. 27, comma 3, CDF, già richiamato con riferimento al dovere d'informazione previsto dall'art. 2, comma 7, D.L. 132/2014, in quanto l'obbligo dell'avvocato d'informare la parte assistita, al momento del conferimento dell'incarico, dei «*percorsi alternativi al contenzioso giudiziario, pure previsti dalla legge*», può dirsi correttamente adempiuto non con la semplice elencazione degli istituti vigenti con funzione deflattiva del contenzioso, ma evidenziandone le peculiarità, in modo da consentire alla parte assistita di scegliere lo strumento più rispondente alle proprie esigenze.

(ii)

Gli obblighi del tentativo di conciliazione e conseguenti.

L'art. 6 cit. prevede, al comma 3, che «*Nell'accordo si da' atto che gli avvocati hanno tentato di conciliare le parti e le hanno informate della possibilità di esperire la mediazione familiare e che gli avvocati hanno informato le parti dell'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori*».

Da questa norma si evincono tre obblighi a carico degli avvocati:

- 1) informare preventivamente la parte assistita della necessità di eseguire quegli atti e di annotarne l'adempimento nell'accordo assistito al fine di evitare effetti pregiudizievoli per quest'ultimo;
- 2) eseguire gli atti, quindi tentare di conciliare le parti e informarle della possibilità di esperire la mediazione familiare e dell'importanza per il minore di trascorrere tempi adeguati con ciascuno dei genitori;
- 3) dare atto dell'adempimento nell'accordo assistito.

Questi adempimenti richiamano il generale «*dovere di diligenza*» cui deve uniformarsi l'avvocato nello svolgimento della sua attività professionale, previsto dall'art. 12 CDF, e la loro omissione concreterebbe, quanto all'obbligo d'informazione sub 1), la violazione dell'art. 27, comma 7⁶, CDF, e, quanto all'obbligo d'informazione sub 2) e di annotazione sub 3), la violazione dell'art. 26, comma 3⁷, CDF.

⁶ Art. 27 - Doveri di informazione: «*Fermo quanto previsto dall'art. 26, l'avvocato deve comunicare alla parte assistita la necessità del compimento di atti necessari ad evitare prescrizioni, decadenze o altri effetti pregiudizievoli relativamente agli incarichi in corso*» (comma 7).

⁷ Art. 26 - Adempimento del mandato: «*Costituisce violazione dei doveri professionali il mancato, ritardato o negligente compimento di atti inerenti al mandato o alla nomina, quando derivi da non scusabile e rilevante trascuratezza degli interessi della parte assistita*» (comma 3).

(iii)

Gli obblighi di trasmissione.

Altra caratteristica della negoziazione familiare è costituita dagli obblighi di trasmissione dell'accordo assistito, posti a carico dei difensori delle parti.

I commi 2 e 3 dell'art. 6 D.L. 132/2014 prevedono, infatti, che l'accordo assistito sia trasmesso prima al Procuratore della Repubblica e in seguito, ottenuto il nullaosta o l'autorizzazione, all'Ufficiale di Stato Civile competente affinché annoti l'accordo nei registri dello Stato Civile (art. 6, commi 2 e 3, D.L. 132/2014).

Anche questi adempimenti richiamano il generale «*dovere di diligenza*» previsto dall'art. 12 CDF e la loro violazione (tardiva trasmissione) integrerebbe l'illecito disciplinare di cui all'art. 26, comma 3, CDF, riportato nella nota 2.

III. GLI OBBLIGHI DEONTOLOGICI SPECIFICI IN RELAZIONE ALL'AMBITO DI OPERATIVITÀ.

L'ambito di operatività della negoziazione in esame, rappresentato da controversie di natura familiare, sebbene limitate ai soli casi di separazione personale, divorzio e modifica delle condizioni di separazione e di divorzio, richiama anzitutto l'obbligo deontologico di cui all'art. 68 CDF; pone, inoltre, il problema dell'ascolto del minore, tema cui il CDF ha dedicato l'art. 56.

(i)

L'art. 68 CDF.

L'art. 68 del CDF prevede:

- al comma 4, l'obbligo dell'avvocato, il quale «*abbia assistito congiuntamente coniugi o conviventi in controversie di natura familiare*», di astenersi dal prestare la propria «*assistenza*» in favore di uno di essi in controversie successive tra i medesimi, pena la sospensione dall'esercizio dell'attività professionale da due a sei mesi;
- al comma 5, l'obbligo dell'avvocato, il quale abbia assistito un minore in controversie familiari, di astenersi «*dal prestare la propria assistenza in favore di uno dei genitori in successive controversie aventi la medesima natura, e viceversa*», pena la sospensione dall'esercizio dell'attività professionale da uno a tre anni.

È un obbligo deontologico che ha carattere prioritario rispetto a quello

d'informazione di cui all'art. 2, comma 7, D.L. 132/2014. L'avvocato, che si trovasse in una delle condizioni indicate dalla norma, infatti, fin dal primo contatto con la parte che chiede assistenza, deve subito rappresentarle il motivo deontologico che gli impedisce di prestare l'attività difensiva e astenersi dall'accettare l'incarico; questo prima ancora d'informarla circa i procedimenti alternativi alla giurisdizione, in quanto obbligo che sorge al momento del conferimento dell'incarico, ovvero dopo che l'avvocato avrà valutato la sussistenza o meno di casi astensione.

Da tenere presente che il significato di «assistenza» non deve intendersi limitato alla sola attività difensiva e di rappresentanza tecnica, effettiva o formale che sia stata (a quest'ultimo riguardo v.si Cass. Civ., Sez. Unite, 8057/2014), ma comprende anche l'attività di mera assistenza, come la semplice consulenza prestata in vista di una controversia familiare.

(ii)

L'ascolto del minore.

L'ascolto del minore nell'ambito del procedimento di negoziazione assistita familiare è una tra le questioni più rilevanti e discusse in seguito all'entrata in vigore di questo nuovo istituto.

In particolare, si discute sull'applicabilità o meno alla negoziazione assistita familiare del 2° comma dell'art. 56, che regolamenta le ipotesi relative alle controversie in materia familiare o minorile (separazione, divorzio, contenzioso in famiglia di fatto, azioni ablativo o sospensive della responsabilità genitoriale, ecc.), facendo divieto assoluto all'avvocato del genitore di avere contatti e colloqui con i figli minori sulle circostanze oggetto delle stesse.

La questione nasce dal fatto che, da una parte, il D.L. 132/2014 ha tipizzato il procedimento di negoziazione assistita, prevedendo anche specifici doveri deontologici in capo ai difensori, e tuttavia nulla ha previsto con riferimento all'ascolto del minore; dall'altra, c'è il dubbio che l'art. 56 CDF sia applicabile al nuovo istituto, in quanto disposizione inserita all'interno del Titolo IV, dedicato ai «doveri dell'avvocato nel processo», ed è concettualmente difficile considerare la negoziazione assistita al pari di un "procedimento giurisdizionale", data l'opposta finalità di "degiurisdizionalizzazione".

L'opinione prevalente -e pienamente condivisibile- è che il divieto si applichi anche nell'ambito del procedimento di negoziazione assistita familiare, in quanto divieto comunque finalizzato alla tutela del diritto del minore di

esprimersi senza condizionamenti nelle questioni che lo riguardano, come quelle familiari, condizionamenti che il minore inevitabilmente subirebbe se ad ascoltarlo, invece, fossero soggetti che, pur con tutte le cautele adottate, avrebbero comunque interesse alle sue parole (v.si Gaetano Napolitano, *Il codice deontologico e la sua applicazione nelle misure di definizione alternativa dei processi, con particolare riguardo a separazione e divorzi*, articolo del 26/9/2015, pubblicato su movimentoforense.it; Stefano Borsacchi, *La legge n. 162 del 10 novembre 2014 e le "novità" della deontologia dell'avvocato protagonista della negoziazione assistita nella separazione e nel divorzio*, in *Negoziazione assistita nella separazione e divorzio*, cap. XIII, Maggioli Editore, aprile 2016, I^a edizione).

D'altra parte, il fatto che l'art. 56 sia stato inserito all'interno del Titolo IV, dedicato ai «*doveri dell'avvocato nel processo*», non è di ostacolo a questa conclusione in considerazione del motivo per cui ciò è avvenuto.

Non bisogna dimenticare, infatti, che la norma è stata introdotta per la prima volta nel Codice Deontologico Forense, entrato in vigore il 16/12/2014, dopo una serie di novità legislative in materia apportate prima con la Legge 219/2012 e poi con il D.Lgs. 154/2013.

Come noto, queste novelle hanno modificato notevolmente la disciplina dell'ascolto del minore, introducendo, tra l'altro, due importanti disposizioni di carattere generale:

- l'art. 315 bis c.c., introdotto con la L. 219/2012, con il quale per la prima volta è stato riconosciuto al minore che abbia compiuto gli anni dodici anni, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, un generale diritto «*di essere ascoltato in tutte le procedure e le questioni che lo riguardano*»;

- l'art. 336 bis c.c., disposizione anch'essa di carattere generale introdotta dal D.Lgs. 154/2013, con cui sono state disciplinate le modalità di ascolto del minore nei procedimenti che lo riguardano al fine di tutelare il suo diritto; da qui l'affidamento dell'ascolto a un soggetto terzo, ossia il Giudice, il quale può avvalersi di esperti, e la non presenza dei genitori (anche se parti processuali), dei difensori delle parti, del curatore speciale del minore (se nominato) e del Pubblico Ministero, salvo che ci sia l'autorizzazione del Giudice.

Dunque, il Consiglio Nazionale Forense, quando ha tipizzato le condotte che violano l'interesse pubblico al corretto esercizio della professione forense - e ciò in conseguenza del Legge professionale 247/2012, che ha appunto

imposto la tipizzazione delle condotte-, ha dovuto prendere atto non solo dei vari comportamenti degli avvocati riguardanti l'ascolto dei minori che fino a quel momento erano stati sanzionati pur in mancanza di una norma deontologica *ad hoc*, ma anche della mutata normativa in tema di ascolto del minore e del profilo particolare e delicato delle dinamiche processuali in materia di famiglia e minori, tale da indurre un approccio deontologico più rigoroso rispetto a quello imposto all'avvocato nei rapporti con soggetti adulti. Ed ecco la previsione di una serie di obblighi sull'ascolto del minore con l'art. 56, inserito nel Titolo IV -dedicato ai «*doveri dell'avvocato nel processo*»- non per limitare il suo perimetro di applicazione, bensì per presidiare l'indirizzo normativo che vuole l'ascolto del minore all'interno di un procedimento e da parte di un soggetto terzo, ossia il Giudice e/o l'esperto.

Chiarito ciò, è difficile credere -per dirla con Borsacchi (v.si op. cit.)- che gli avvocati della negoziazione assistita possano procedere all'ascolto del minore senza le garanzie procedurali imposte dalla legge e quindi che non si applichi il divieto di cui al comma 2 dell'art. 56 CDF.

Ancora Borsacchi, nell'op. citata, sostiene che gli avvocati negoziatori, nel caso insorgessero difficoltà per comporre una questione inerente un minore (collocamento, affidamento, diritto di visita, ecc.), tale da necessitare il suo ascolto, dovrebbero interrompere la negoziazione e rimettere la controversia di fronte al Giudice affinché proceda all'ascolto del minore, piuttosto che nominare un esperto.

BIBLIOGRAFIA

- Relazione Illustrativa del Codice Deontologico Forense (approvato dal Consiglio Nazionale Forense nella seduta del 31 gennaio 2014);
- Stefano Borsacchi, *La legge n. 162 del 10 novembre 2014 e le "novità" della deontologia dell'avvocato protagonista della negoziazione assistita nella separazione e nel divorzio*, in *Negoziazione assistita nella separazione e divorzio*, cap. XIII, Maggioli Editore, aprile 2016, I^a edizione;
- Laura Maria Cosmai (Magistrato presso il Tribunale di Milano), *L'ascolto del minore nella negoziazione assistita*, approfondimento del 26/10/2015, pubblicato su ilfamiliarista.it;
- Adelchi D'Ippolito, Paola Dalla Valle, *La negoziazione assistita nella crisi coniugale*, ed. Giuffrè, 2015;
- Marcella Fiorini, *Guida pratica alla negoziazione assistita*, su Cassazione.net, 2014;
- Federico Lume, Silvana Sica, *La negoziazione assistita nella separazione e nel divorzio. Il divorzio breve*, ed. La Tribuna, 2015;
- Gaetano Napolitano, *Il codice deontologico e la sua applicazione nelle misure di definizione alternativa dei processi, con particolare riguardo a separazione e divorzi*, articolo del 26/9/2015, pubblicato su movimentoforense.it;
- Rita Rossi, *Divorzio breve e negoziazione assistita: tutte le novità*, collana Officina del Diritto, Il civilista, ed. Giuffrè, 2015.