

Associazione
INSIEME



A DOMANDA RISPONDE: RAGIONEVOLI DUBBI IN MATERIA DI DEONTOLOGIA

L'ART. 56 DEL CODICE DEONTOLOGICO FORENSE L'ASCOLTO DEL MINORE

8 NOVEMBRE 2021



Avv. Maria Silvia Zampetti

L'ART. 56 DEL CODICE DEONTOLOGICO

1. L'avvocato non può procedere all'ascolto di una persona minore di età senza il consenso degli esercenti la responsabilità genitoriale, sempre che non sussista conflitto di interessi con gli stessi.
2. L'avvocato del genitore, nelle controversie in materia familiare o minorile, deve astenersi da ogni forma di colloquio e contatto con i figli minori sulle circostanze oggetto delle stesse.
3. L'avvocato difensore nel procedimento penale, per conferire con persona minore, assumere informazioni dalla stessa o richiederle dichiarazioni scritte, deve invitare formalmente gli esercenti la responsabilità genitoriale, con indicazione della facoltà di intervenire all'atto, fatto salvo l'obbligo della presenza dell'esperto nei casi previsti dalla legge e in ogni caso in cui il minore sia persona offesa dal reato.
4. La violazione dei doveri e divieti di cui ai precedenti commi comporta l'applicazione della sanzione disciplinare della sospensione dall'esercizio dell'attività professionale da sei mesi a un anno.

L'ART. 56 – PRIMO COMMA


Il consenso degli esercenti la responsabilità genitoriale

L'avvocato non può procedere all'ascolto di una persona minore di età senza il consenso degli esercenti la responsabilità genitoriale, sempre che non sussista conflitto di interessi con gli stessi.

L'ART. 56 – PRIMO COMMA

1) Responsabilità genitoriale nella famiglia unita;
affidamento condiviso nella famiglia in crisi

Nel caso in cui la responsabilità genitoriale spetti ad entrambi i genitori e non vi sia conflitto di interessi fra genitori e figli, per procedere all'ascolto del minore, occorre il consenso di entrambi i genitori



Famiglia unita
Art. 316 c.c.



Affidamento condiviso

L'ART. 316 CODICE CIVILE

Entrambi i genitori hanno la responsabilità genitoriale che è esercitata di comune accordo tenendo conto delle capacità, delle inclinazioni naturali e delle aspirazioni del figlio.

L'ART. 339 TER, TERZO COMMA, CODICE CIVILE

La responsabilità genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione, alla salute e alla scelta della residenza abituale del minore sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice.

L'ART. 339 QUATER, TERZO COMMA, CODICE CIVILE

Il genitore cui sono affidati i figli in via esclusiva, salva diversa disposizione del giudice, ha l'esercizio esclusivo della responsabilità genitoriale su di essi; egli deve attenersi alle condizioni determinate dal giudice.

Salvo che non sia diversamente stabilito, le decisioni di maggiore interesse per i figli sono adottate da entrambi i genitori.

L'ART. 357 CODICE CIVILE

Il tutore ha la cura della persona del minore, lo rappresenta in tutti gli atti civili e ne amministra i beni.

L'ART. 56 – PRIMO COMMA

Il conflitto di interessi fra il figlio e gli esercenti la
responsabilità genitoriale

L'avvocato non può procedere all'ascolto di una
persona minore di età senza il consenso degli
esercenti la responsabilità genitoriale, **sempre che**
non sussista conflitto di interessi con gli stessi.

In caso di conflitto di interessi fra il minore ed i suoi genitori, l'avvocato si deve astenere dal colloquio con il minore, **a prescindere dal consenso dei suoi genitori.**

L'ART. 56 – PRIMO COMMA

Il conflitto di interessi si ricollega alla titolarità, in capo al genitore, di una situazione giuridica idonea a determinare la possibilità che il potere rappresentativo possa essere in contrasto con l'interesse del minore e presuppone che il genitore sia interessato ad un atto di contenuto diverso o ad un esito della lite diverso da quello che avvantaggia il rappresentato.

La giurisprudenza ritiene che sia configurabile il conflitto di interessi tra genitori e figli “ogni volta che l’incompatibilità delle rispettive posizioni è anche solo potenziale a prescindere dalla sua effettività” e che “la relativa verifica va compiuta in astratto ed ex ante secondo l’oggettiva consistenza della materia del contendere dedotta in giudizio anziché in concreto e a posteriori alla stregua degli atteggiamenti assunti dalle parti nella causa”

Art. 78 c.p.c.

Conflitto di interessi nell’ambito di un giudizio

Art. 320 c.p.c.

Conflitto di interessi patrimoniali

Art. 321 c.p.c.

Conflitto di interessi in senso ampio:
i genitori non possono o non vogliono compiere un atto

L'ART. 56 – SECONDO COMMA

Le controversie familiari e minorili

L'avvocato del genitore, nelle controversie in materia familiare o minorile, deve astenersi da ogni forma di colloquio e contatto con i figli minori sulle circostanze oggetto delle stesse.

L'ART. 56 – SECONDO COMMA

CNF 28 dicembre 2005, n. 246

Conferma la decisione del COA di Udine, che aveva sanzionato l'avvocato del genitore "per essere venuto meno al dovere di dignità e di decoro ed a quello di lealtà, per avere in più occasioni, nel proprio studio ed al di fuori dello stesso - così come affermato e riconosciuto nella "memoria di costituzione ed istanza di modifica delle condizioni di separazione» - intrattenuto colloqui con i minori rispettivamente di anni 4 e ½ e 3 e ½, interrogandoli su questioni attinenti alla causa pendente tra i genitori e ciò facendo nonostante la riconosciuta delicatissima situazione dei minori».

Il caso viene riesaminato una seconda volta dal CNF (v. slide successiva) a seguito di rinvio da parte della Cassazione (Cass. SS.UU. 20565/2006)

L'ART. 56 – SECONDO COMMA

CNF 22 aprile 2008, n. 17

Sanziona l'avvocato che intrattenne, ad insaputa ed in assenza del genitore affidatario, almeno un contatto con i due figli minori della propria assistita, nonostante essi versassero in una delicatissima situazione psicologica, accertata attraverso perizia disposta nel giudizio di separazione tra i coniugi.

Proprio al dichiarato fine di evitare difformi interpretazioni delle ragioni di conflitto tra i genitori, il giudice della separazione aveva prescritto che la frequentazione dei minori dovesse avvenire alla presenza del nonno o della zia e sotto la supervisione di un educatore: tale prescrizione, pur se indirizzata precipuamente ai genitori, era intrinsecamente destinata a spiegare i suoi effetti anche nei confronti di terzi ogniqualvolta essi intendessero intrattenere colloqui aventi ad oggetto la situazione familiare, a tutela dell'interesse morale dei minori stessi, per loro età non ancora capaci di una valutazione personale pienamente attendibile rispetto ad eventi suscettibili di incidere sull'ancora fragile equilibrio e sulla loro vita di relazione. Il comportamento dell'incolpato appare, dunque, connotato da sicura violazione dei principi di lealtà e correttezza.

Confermato da Cass. SSUU 4.2.2009, n. 2637

L'ART. 56 – SECONDO COMMA

CNF 4 maggio 2009, n. 27

La figlia minore dei coniugi in conflitto che, già debilitata dalla patologia che la affliggeva, viene catapultata in prima linea nel contenzioso, portata a conoscenza, in maniera diretta, impropria ed unilaterale, da parte del legale della madre, dei contenuti del conflitto, che si vogliono, dal legale stesso, addirittura esasperare ed incrementare, soprattutto con taglio deteriore rispetto alla figura paterna. I messaggi di posta elettronica diretti alla minore, e che sono stati allegati all'esposto, non lasciano spazio ad incertezze in ordine alle violazioni deontologiche delle quali si è reso responsabile il ricorrente.

Confermato da Cass. SSUU 18 febbraio 2010, n. 3880

Avv. Maria Silvia Zampetti

L'ART. 56 – SECONDO COMMA

L'ASCOLTO DEL MINORE E GLI OBBLIGHI
DEONTOLOGICI DELL'AVVOCATO
Firenze, 8 novembre 2021

segue CNF 4 maggio 2009, n. 27

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 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.**

Confermato da Cass. SSUU 18 febbraio 2010, n. 3880

L'ART. 56 – SECONDO COMMA

CNF 13 maggio 2019, n. 38

Al momento dell'incontro col minore e dell'ascolto dello stesso, l'incolpato (legale della madre) aveva piena conoscenza che il giovane era collocato presso il padre che ne era affidatario. Il ricorrente ha sostenuto che tutti e tre i figli fossero stati da sempre fatti oggetto delle insane attenzioni sessuali del padre, per concludere che l'avvocato "non deve certo avere il consenso del padre violentatore" per ascoltarli ed aiutarli; e, quindi, in sostanza, per inferirne che non sarebbe stato tenuto, stante la riferita condotta delittuosa del padre in danno del figlio minore, a mettersi in contatto col genitore affidatario ed ottenerne il consenso per ascoltarlo.

....SEGUE.....

Confermato da Cass. SSUU 25 marzo 2020, n. 7530

Avv. Maria Silvia Zampetti

Ma accedere a tale tesi da una parte, imporrebbe, inammissibilmente, di sovvertire le **risultanze degli accertamenti eseguiti in ambito penale** (ove tutte le accuse mosse a [TIZIO] sono state acclarate **infondate**, con l'effetto addirittura di essersi proceduto nei confronti della moglie, ispiratrice delle stesse, per **calunnia**, emettendosi poi nei suoi confronti sentenza di improcedibilità ex art. 425 c.p.p, “stante l'assoluto difetto d'imputabilità dell'agente determinato da **vizio totale di mente**”: cfr. sentenza del GUP di Treviso n. 498/2008); e, dall'altra parte, che **l'esistenza dell'ipotizzata situazione di “conflitto di interessi”, se vera e reale, avrebbe comunque vietato, sul piano deontologico, all'avv. [RICORRENTE] dal procedere all'ascolto del minore** (viepiù data la delicatezza e scabrosità dei fatti dallo stesso esposti 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).

L'ART. 56 – SECONDO COMMA

CRITICA DELLA DOTTRINA

Dal tenore rigoroso e assoluto di questo secondo comma si deve dedurre che mai, neanche con il consenso di entrambi i genitori, un avvocato che si sta occupando di una controversia familiare o minorile possa prendere contatto o colloquiare con i figli minori.

Una interpretazione così rigorosa potrebbe forse avere risvolti di eccessiva latitudine se si pensa che una controversia familiare può anche consistere nella divisione di un patrimonio ereditario, o in un patto di famiglia, o ancora in una procedura di scioglimento di un fondo patrimoniale in cui non è escluso che possa essere doveroso acquisire anche il punto di vista del figlio minore magari nella auspicabile prospettiva di una soluzione concordata della controversia. E d'altro lato non si vede quale pregiudizio possa derivare al minore da un colloquio al quale prestino consenso o presenzino i genitori tendente all'acquisizione del suo punto di vista in questo tipo di controversie. Sembra pertanto doveroso circoscrivere l'interpretazione della disposizione assicurando la necessaria tutela del minore, che costituisce la ratio della norma, alle sole controversie che contrappongono tra loro i due genitori (per esempio in sede di separazione, divorzio o affidamento di un figlio minore) o che concernono un conflitto tra il figlio minore e i suoi genitori o uno di essi (come nelle procedure ablativo o limitative della responsabilità genitoriale)''

Gianfranco Dosi, Lessico di diritto di famiglia, voce «Ascolto del minore»

L'ART. 56 – TERZO COMMA

L'ascolto del minore nel penale

L'avvocato difensore nel procedimento penale, per conferire con persona minore, assumere informazioni dalla stessa o richiederle dichiarazioni scritte, deve invitare formalmente gli esercenti la responsabilità genitoriale, con indicazione della facoltà di intervenire all'atto, fatto salvo l'obbligo della presenza dell'esperto nei casi previsti dalla legge e in ogni caso in cui il minore sia persona offesa dal reato.

REGOLE DI COMPORTAMENTO DEL PENALISTA NELLE INVESTIGAZIONI DIFENSIVE

Art. 10, comma 1 - Per conferire, chiedere e ricevere dichiarazioni scritte o assumere informazioni da documentare dalla persona offesa dal reato i soggetti della difesa procedono mediante un invito scritto.

Art. 10, comma 3 - La disposizione del comma 1 si applica anche quando si intende chiedere e ricevere una dichiarazione scritta o assumere informazioni da documentare da una persona minore. L'invito è comunicato anche a chi esercita la potestà dei genitori, con l'avviso della facoltà di intervenire all'atto. In caso di persona minore infraquattordicenne, ferme restando le disposizioni precedenti, per l'assunzione di informazioni o la richiesta di rendere dichiarazioni, il difensore potrà avvalersi della presenza di un esperto all'uopo nominato quale consulente della difesa.

L'ausilio dell'esperto

Art. 351 c.p.p.comma 6 Nei procedimenti per i delitti previsti dagli articoli 572, 600, 600-bis, 600-ter, 600-quater, 600-quater.1, 600-quinquies, 601, 602, 609-bis, 609-quater, 609-quinquies, 609-octies, 609-undecies e 612-bis del codice penale, **la polizia giudiziaria**, quando deve assumere sommarie informazioni da persone minori, si avvale dell'ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile, nominato dal pubblico ministero.

Art. 391 bis c.p.p. 5-bis. Nei procedimenti per i delitti di cui all'articolo 351, comma 1-ter, **il difensore**, quando assume informazioni da persone minori, si avvale dell'ausilio di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile.

Le conseguenze

Art. 391 bis c.p.p. comma 6. Le dichiarazioni ricevute e le informazioni assunte in violazione di una delle disposizioni di cui ai commi precedenti non possono essere utilizzate. La violazione di tali disposizioni costituisce illecito disciplinare ed è comunicata dal giudice che procede all'organo titolare del potere disciplinare.

L'ART. 56 – TERZO COMMA

CNF 27 maggio 2013, n. 78

Sanziona l'avvocato per essere venuto meno ai doveri di probità, lealtà e correttezza per aver sentito la minore B. B., di anni 6, ai sensi dell'art. 391 bis c.p.p. senza avvertire il padre e gli assistenti sociali affidatari del Comune di P. secondo le formule di rito previste dall'ordinamento relativamente alle investigazioni difensive.

La colposa negligenza posta in essere, investendo soggetto minore, come tale particolarmente suggestionabile e bisognoso di tutela, e violando i principi processuali dettati in tema di esame del minore, attenta alla genuinità della prova raccolta e conseguentemente integra grave violazione dei principi di lealtà e correttezza che non può che essere sanzionata con la sospensione dall'esercizio della professione.

Il divieto di audizione senza il consenso dei genitori non trova applicazione, invece, per il curatore speciale del minore che ha come proprio "cliente" il minore e che quindi è certamente abilitato al colloquio con lui anche senza l'acquisizione del consenso dei genitori.

L'ART. 56 – QUARTO COMMA

Le sanzioni

La violazione dei doveri e divieti di cui ai precedenti commi comporta l'applicazione della sanzione disciplinare della sospensione dall'esercizio dell'attività professionale da sei mesi a un anno.

L'ART. 56 DEL CODICE DEONTOLOGICO

Gli autori specializzati nel diritto di famiglia e nel diritto minorile, fra i quali in primis Gianfranco Dosi, sottolineano che le norme previste dall'art. 56 codice deontologico “non dovrebbero trovare applicazione nel caso in cui un minore si rivolga ad un avvocato per esercitare un diritto in sede giudiziaria, per esempio per proporre una querela o chiedere di avviare un procedimento di disconoscimento (art. 244 ult. co. c.c.) o per avere informazioni su una procedura di interruzione della gravidanza o di tutela della persona. Insomma, non dovrebbe sussistere un divieto di audizione da parte dell'avvocato tutte le volte in cui la legge garantisce al minore la possibile soddisfazione diretta di un suo diritto”.

Gianfranco Dosi, Lessico di diritto di famiglia, voce «Ascolto del minore»

Avv. Maria Silvia Zampetti



L'ASCOLTO DEL MINORE E GLI OBBLIGHI
DEONTOLOGICI DELL'AVVOCATO
Firenze, 8 novembre 2021

GRAZIE PER L'ATTENZIONE!

Avv. Maria Silvia Zampetti