

Il rapporto fiduciario avvocato\assistito , indipendenza e autorevolezza del difensore

Parte prima - Indipendenza

E' noto che le professioni liberali sono quelle *“praticate sulla base di pertinenti qualifiche professionali, in modo personale, responsabile e professionalmente indipendente nell'interesse dei clienti”*. Coloro che esercitano la libera professione, dunque, e noi avvocati in primis, sono portatori di un valore etico sociale costituzionalmente protetto, qual è la libertà di operatori che mettono al servizio della collettività la propria preparazione professionale.

Il Parlamento Europeo , richiamandosi ai principi di base delle Nazioni Unite ha riconosciuto quali principi basilari delle professioni intellettuali: *” l'indipendenza, assenza di conflitto di interessi e il segreto\confidenzialità professionale quali valori fondamentali della professione legale che come tali rappresentano condizioni di pubblico interesse”*.

L'indipendenza è il primo valore a cui tendere e tutelare. Il preambolo del codice deontologico forense recita: *l'avvocato esercita la propria attività in piena libertà, autonomia ed indipendenza per tutelare i diritti e gli interessi della persona, assicurando la conoscenza delle leggi e contribuendo in tal modo all'attuazione dell'ordinamento per i fini della giustizia....Nell'esercizio della sua funzione l'avvocato...garantisce il diritto della libertà e sicurezza e l'inviolabilità della difesa; assicura la regolarità del giudizio del contraddittorio”*

L'art. 10 del codice deontologico contempla il dovere d'indipendenza: *“nell'esercizio dell'attività professionale l'avvocato ha il dover di conservare la propria indipendenza e difendere la propria libertà da pressioni o condizionamenti esterni. L'avvocato non deve tener conto d'interessi riguardanti la propria sfera personale”*

L'indipendenza dell'avvocato, dunque, è una condizione imprescindibile perché egli possa svolgere, in modo coerente alla sua funzione, i compiti che gli ordinamenti costituzionale e comunitario gli assegnano.

Il diritto-dovere d'indipendenza degli avvocati deve essere valutato in termini estensivi. Esso implica prima di tutto la necessità di un atteggiamento asettico ed equidistante nei confronti dei poteri, delle istituzioni, dei terzi che in qualche modo tentino di coartare la libertà professionale. L'indipendenza dell'avvocato può subire minacce soprattutto in un'epoca di clientelismi che troppo spesso premia la logica compromissoria a scapito della preparazione, competenza e dignità professionale.

A questo proposito devo fare alcune considerazioni senza disattendere l'impegno assunto nei confronti della gentile moderatrice di questo convegno di contenere la mia vis polemica che

mi si scatena ogni qualvolta mi trovo a parlare della prassi e soprattutto della ideologia che caratterizza la giustizia minorile, così come è oggi attuata in Italia. La questione ha una rilevanza pratica e “numerica” stante l’elevato numero di casi che vengono trattati nei TM.

Lo confesso, la critica alla prassi con cui è attuata la giustizia minorile è quasi una mia ossessione, alimentata dalla stesura in atto di un libro che tratta di una dolorosa vicenda giudiziaria emblematica e riassuntiva di tutti i guasti della giustizia minorile, al punto da averlo intitolato, provvisoriamente, “Ai tempi di Erode” .

In concreto, nel nostro ordinamento vige la legge 28 marzo 2001 n.149 che ha previsto l’obbligo di nominare un avvocato al minore e ai genitori nelle procedure di limitazione e di decadenza della potestà e in quelle per la dichiarazione di adottabilità”. Questa legge ha costituito per il nostro sistema processuale un evento di straordinaria importanza inteso come il risultato di una valorizzazione piena e necessaria del contraddittorio nei procedimenti civili minorili.

Fin qui tutto bene. La legge 149 del 2001 sposta la sua attenzione sulla difesa processuale e prevede l’obbligo della nomina di un difensore del minore o dei genitori nella prospettiva di un processo civile più giusto.

Ma se passiamo dal piano dei principi a quello della prassi ci troviamo di fronte a situazioni assai inquietanti.

A prescindere dalla considerazione, di per sé significativa, che la resistenza dei giudici ha fatto sì che la riforma divenisse operativa solo nel 2007, anche se la motivazione formale era la mancanza di norme sui criteri di nomina e di qualificazione professionale dei difensori dei minori, l’esperienza attuale, almeno quella in cui opero, è assai deludente.

E’ noto a tutti il ruolo che i Servizi sociali svolgono nell’ambito dei procedimenti *de potestate* e di adozione. Ad essi è demandato, in primo luogo il compito di effettuare una sorta di diagnosi del disagio o dell’abuso. Si tratta in sostanza della “ricostruzione del fatto” che in ogni processo, civile o penale che sia, attiene alla fase fondamentale dell’istruttoria, vale a dire della ricerca della verità e delle prove che la avvalorano. Ma questa “ricostruzione” nel processo minorile si risolve in una unilaterale lettura della vicenda, senza che l’audizione degli interessati sia verbalizzata e spesso sottoscritta dagli stessi, quando, addirittura non avvenga neppure. Ad essi, inoltre, non è dato di allegare prove o fatti oggettivi, personalmente o tramite il proprio legale.

L’avvocato, invero, entra in gioco di solito quando il Tribunale ha emesso il decreto provvisorio essendo solo in questo momento riconosciuta alla parte la facoltà di munirsi di un difensore. La cultura giuridica che sta alla base di questa prassi o, meglio, di questa

strutturazione del procedimento minorile, dipende dall'idea che la "ricostruzione" del fatto consisterebbe in fasi del tutto interne all'osservazione e all'indagine psico-sociale che non contemplano la presenza dei difensori, né quale obbligo normativo giuridico, né quale opportunità. Questa opinione si fonda su di un preconcetto assai diffuso: la funzione del legale è ritenuta fonte di "turbamenti o influenze" che impedirebbero agli operatori del Servizio di comprendere la situazione reale, ottenere informazioni precise e genuine... redigere la cosiddetta "relazione" che sarà poi riversata nel fascicolo.

Al legale, dunque, è riconosciuta una limitata competenza, non ad esercitare la difesa tecnica, ma una sorta di assistenza, la cui efficacia cede inevitabilmente di fronte alla posizione di favore e di credibilità attribuita dal giudice alle allegazioni del Servizio che non vengono inficiate da qualunque apporto della difesa (o assistenza legale che dir si voglia).

Siffatto modo di ragionare risente di una cultura giuridica su cui si fonda la prassi dei Tribunali per i Minorenni ancora lontana dai canoni di civiltà giuridica del "giusto processo". Non si è ancora imposta la nuova visione del giudice minorile quale figura di terzo chiamato a decidere nel confronto tra una pluralità di soggetti (genitori, tutori, operatori sociali). Significativo in proposito è il pensiero di un giudice del Tribunale per i Minorenni di Roma, Magda Brienza: *"... l'attività giudiziaria che si riferisce ai minori è così particolare (in quanto priva dell'essenziale carattere della 'terzietà' propria della giurisdizione) da meritare forse la definizione, che a prima vista può apparire paradossale, di 'Servizio sociale giudiziario'"*.

La definizione è certamente paradossale e la categoria forense potrebbe indicare un'impressionante serie di casi di "mala giustizia" minorile, di situazioni drammatiche, proprio perché è mancato il dialogo, il confronto tra i diversi protagonisti del processo e, in ultima analisi, un sano contraddittorio che è il fulcro del giusto processo. In altri termini il Tribunale minorile, come ogni altro organo giurisdizionale dovrebbe pervenire ad una decisione che certamente deve essere una "sintesi della complessità" ma attuata utilizzando le categorie giuridiche.

In questo, per così dire, clima culturale si inserisce la questione della figura e del ruolo del difensore dei minori, nominato d'ufficio dal giudice minorile. Da un giudice, si badi bene, sprovvisto per definizione del requisito della terzietà, da un giudice che, per troppo aspetti ancora residuali, agisce con i poteri e la mentalità tipica del procedimento inquisitorio. Il giudice minorile, in altri termini si pone, al contempo organo giudicante e portatore dell'interesse superiore del bambino, che nella generalità dei casi è individuato sulla base di una lettura ideologica o soggettiva dal giudice stesso o dal Servizio sociale, spesso in un dialogo orale tra di loro, di modo che la voce del genitore viene disattesa, quando addirittura neppure audita. Negare la problematica così come individuata dal Servizio è la peggiore delle

colpe che aggrava la diagnosi iniziale. Emerge, dunque, il macroscopico conflitto d'interesse posto che chi ha fatto la diagnosi iniziale difficilmente potrà ammettere spontaneamente senza la verifica in contraddittorio di aver eventualmente errato.

Da qui discende il rischio, più concreto di quanto si pensi, che il difensore del minore non abbia l'indipendenza necessaria. Se vuole continuare ad essere nominato deve adeguarsi alla linea che nel caso concreto seguono il giudice ed i Servizi sociali o, come spesso accade, essere solo un *nomen*, un ectoplasma. Nell'esperienza concreta, almeno per quanto riguarda la realtà in cui opero, non a caso, il giudice nomina come difensori gli avvocati, sempre gli stessi, che, nella migliore delle ipotesi, sono in stretti rapporti con i Servizi sociali i quali hanno predisposto corsi di formazione, a numero limitato, per inserire nell'elenco degli avvocati dei minori da nominare solo quelli che danno garanzia di affidabilità.

A tutela degli interessi dei minori, devono essere esplicitati gli obblighi dell'avvocato che assiste il minore, anche in veste di curatore speciale, e i limiti dei suoi rapporti con i genitori dei minori e altri terzi.

Per questi avvocati dovrebbero valere a maggior ragione le norme deontologiche che vincolano qualsiasi avvocato che tratta questioni in cui sono coinvolti i minori, ed in particolare :

l'avvocato del minore assiste il minore in piena indipendenza; gli fornisce una assistenza e consulenza legale; non si sostituisce al suo pensiero, ma lo aiuta a discernere e a far conoscere il suo pensiero.

l'avvocato riceve il minore solo, senza la presenza dei genitori e di altre persone che lo accompagnano, salva domanda contraria del minore stesso e in assenza di evidenti rischi o di conflitto di interessi;

l'avvocato che assista il minore ha il dovere di preservare per quanto possibile la sua famiglia d'origine; di proteggere il minore da ogni pregiudizio, durante il procedimento, e di vigilare e adoperarsi per il rispetto dei suoi interessi e della sua dignità; di adoperarsi affinché il procedimento che coinvolge il minore si svolga con celerità, e con modalità organizzative che tengano conto della sua età, del suo grado di maturità, e delle sue esigenze; di creare e intrattenere un rapporto di fiducia con il minore, e di cessare l'incarico quando questo rapporto viene meno.

L'indipendenza nei confronti del cliente.

La prima lezione che un giovane avvocato dovrebbe imparare è che la nostra professione è libera in un duplice senso: liberi i clienti di scegliere a chi affidarsi, ma liberi gli avvocati di

decidere se assumere o meno un patrocinio o di rinunciare qualora in coscienza ritenga di non poter assecondare i desideri del proprio cliente.

In un recente scambio di corrispondenza tra Cesare Rimini e Pietro Ichino originata dall'accusa di quest'ultimo alla categoria forense di non fare l'interesse dei propri clienti ma il loro personale consigliando la protrazione del conflitto anzichè la transazione, l'accordo, la pacificazione, è emerso il solito luogo comune a danno degli avvocati i quali ispirerebbero il loro operato al principio; "causa che pende, causa che rende".

E' il solito luogo comune, come tutti in gran parte falso e solo in parte veritiero. Nessuno nega che vi possano essere colleghi che agiscono in tal maniera. Ma è più probabile che la critica risenta di un'atavica disistima nei confronti della categoria forense. In uno dei primi volumi della Civiltà Cattolica si legge un resoconto della Assemblea della Pallacorda nella fase prodromica della Rivoluzione Francese. Si legge che si era riunito *"il Terzo Stato, vale a dire la parte più turbolenta e corrotta della Nazione. Annoverava 640 deputati di cui ben 400 erano avvocati"*.

Questa disistima è dura a morire ed è un onere in più per la nostra categoria smentirla con una prassi corretta ed eticamente fondata. Soprattutto là dove, come nella famiglia in crisi, gli interessi dei protagonisti, i figli soprattutto, esigono che l'avvocato per primo si astenga dall'usare armi che rischiano di distruggere ciò che di buono è rimasto ed operi per a pacificazione. Se il cliente non lo segue, se vuole fare della sua figura professionale uno strumento per "vincere" ad ogni costo sull'altro, è il momento, per l'avvocato, di rivendicare la sua indipendenza

Questo elementare principio che taluno ha riassunto nel motto dei vecchi studi: porta socchiusa per entrare, spalancata, per uscire".

PARTE SECONDA – AUTOREVOLEZZA

L'autorevolezza che etimologicamente significa autorità morale, prestigio, influenza, per l'avvocato è, per certi aspetti, il rovescio della medaglia della sua indipendenza. Perché un avvocato sia autorevole è necessario che segua alcuni canoni etico-professionali che si possono così sintetizzare

1) Autorevolezza significa che nell'assumere l'incarico abbia l'obiettivo di aiutare la parte a confrontare le proprie aspettative/pretese con il dettato normativo e con gli orientamenti giurisprudenziali, offrendo soluzioni che meglio la preservino dal disagio che sta vivendo, aiutandola anche a comprendere le ragioni dell'altra parte, svolgendo in tal modo una prima opera di mediazione, forte del suo prestigio e della sua influenza sulla parte assistita.

2) Per un avvocato della famiglia e dei minori è d'obbligo farsi carico di fare emergere in via prioritaria le esigenze della prole, nel tentativo di salvaguardare entrambe le figure genitoriali, stimolando nei genitori la consapevolezza che, malgrado i loro dissensi, non cesseranno di essere tali e come tali dovranno continuare a comportarsi nell'esercizio dei loro diritti-doveri al fine di una corretta valutazione delle esigenze morali e patrimoniali correlate al rapporto con i figli.

3) Prima di dar corso ad un procedimento contattare la controparte invitandola a confrontarsi stragiudizialmente con l'assistenza di altro legale per cercare una soluzione concordata. Promuovere a tal fine, con spirito di trasparente collaborazione, incontri e scambio di ogni documentazione atta a favorire l'intesa.

4) Farsi comunque carico di avvalersi di una competenza interdisciplinare servendosi, d'accordo con l'altra parte, di consulenti pubblici e/o privati per una migliore identificazione degli interessi delle parti e della prole, evitando di ricorrere unilateralmente a consulenze o perizie di parte.

5) Esaurita la possibilità di raggiungere un'intesa, nel caso in cui si debba promuovere un'azione giudiziaria, cercare di contenere l'atto introduttivo ed eventualmente la comparsa di risposta, evitando di acuire irrimediabilmente il conflitto, al fine di consentire una ripresa di tentativi di definizione conciliativa della vertenza, da privilegiare anche provocando l'intervento ad hoc del Giudicante.

6) In merito all'obbligo di informazione l'avvocato ha il dovere di informare il cliente sulle diverse procedure alternative di soluzione del conflitto. In particolare, nei procedimenti di famiglia e minorili, l'avvocato dovrebbe avere l'obbligo di informare il proprio assistito sulle procedure finalizzate al raggiungimento di una soluzione concordata, mediante la negoziazione, il processo collaborativo, la mediazione familiare.

Vorrei però esprimere un'avvertenza e non per il gusto di fare il bastian contrario : spesso mi è capitato di dovermi occupare di accordi di separazione personale, in cui gli avvocati si sono applicati con le modalità di cui s'è detto, che non hanno resistito lo spazio di un mattino, di modo che il fuoco della contesa, che appariva definitivamente spento, si è acceso più devastante di prima.

Ho avuto modo di riflettere sulle cause di questo fenomeno, identificabili spesso nell'interesse dell'avvocato di non stare a patire le tensioni che inevitabilmente lo coinvolgono, ragione per cui adopera la sua influenza per consigliare le parti, spesso da lui solo rappresentate, a raffazzonare un accordo e così passare rapidamente all'incasso della parcella. Io la penso diversamente ricollegandomi alla ragionevolezza delle encicliche papali secondo le quali "la vera pace può avvenire solo nella verità e nella giustizia" . Senza

indulgere al principio dei Romani del”*si vis pacem para bellum*” è però vero che ogni irenismo, ogni pacifismo acritico, non può portare ad una pace solida e duratura che dovrebbe essere lo scopo a cui deve tendere l’attività di giustizia della quale gli avvocati sono protagonisti e non semplici comprimari.

Vorrei anche precisare che l’autorevolezza di cui deve dare prova l’avvocato non dipende solo da una sua personalità intrinseca, dal grado di preparazione, dalla capacità di accoglienza del cliente, dalla saggezza e lungimiranza con la quale tratta il caso. Questa autorevolezza gli deve anche essere riconosciuta *ab externo*, dai giudici prima di tutto. Essi devono valorizzare il ruolo degli avvocati i quali, quando operano correttamente, sono i primi mediatori ed operatori di pace.

Per fortuna sono lontani i tempi in cui, all’udienza presidenziale, la fase più importante, determinante oserei dire, perché in Italia nulla è di più definitivo del “provvisorio”, ed alla regola non sfuggono nemmeno i provvedimenti presidenziali urgenti, gli avvocati non erano ammessi. La norma processuale risentiva di una cultura paternalistica, quando cioè un coniuge in crisi si rivolgeva al parroco, al M.Ilo dei Carabinieri o al farmacista del paese per avere da loro l’aiuto per mettere a posto i cocci di una famiglia in crisi. Ancor oggi, sempre più raramente, si assiste alla pretesa del Presidente di obliterare tutto quanto è stato raccolto e documentato dagli avvocati e disattendere sulla base delle sommarie informazioni assunte il loro operato.

Qualche volta è capitato di accompagnare i coniugi in udienza per l’omologa dell’accordo di separazione ed uscire con la coda tra le gambe perché il Presidente, sulla base di un’affrettata valutazione, l’ha disattesa. Non è questo un bel modo per dar autorevolezza all’avvocato agli occhi del proprio cliente.

Concludendo autorevolezza ed indipendenza sono gli strumenti che consentono di leggere la realtà e questa è il primo dovere di ogni avvocato.

Salvatore Di Grazia