

## *Le cause di famiglia : interesse del minore e deontologia dell'avvocato*

*Luigi Rovelli<sup>1</sup>*

1 – Nelle controversie di natura familiare la peculiarità è sovente costituita dal fatto che il conflitto si svolge tra due soggetti, i coniugi in via di separazione o già separati, che disputano - attribuendosi reciprocamente caratteristiche comportamentali che rendono l'altro meno idoneo a partecipare all'affidamento dei figli minori d'età - intorno all'esercizio della “responsabilità genitoriale”.

La novellazione intervenuta in anni recenti mira opportunamente a ridurre gli spazi per conflittualità esasperate; ma, inevitabilmente, permane la possibilità che l'affidamento non sia bigenitoriale quando il coaffidamento ad uno dei coniugi sia “contrario all'interesse del minore”.

Se uno dei genitori si rivolge al proprio avvocato indicando le ragioni che a suo avviso rendono il coaffidamento “contrario all'interesse” del figlio o dei figli minori, quale deve essere il comportamento deontologicamente corretto del difensore? Il difensore in tali occasioni può conoscere o essere messo a conoscenza dal cliente stesso di situazioni, fatti, comportamenti inerenti spesso ad una sfera per così dire intima, sfavorevoli alla controparte, ma anche talvolta per il proprio cliente, in relazione alla posta in gioco in questo tipo di giudizi?

Come dovrà comportarsi l'avvocato se si tratta di circostanze sfavorevoli ma facilmente dimostrabili dalla controparte? Dovrà contestare comunque quelle circostanze, limitarsi ad una condotta di mera reticenza o di dissimulazione?

Si tratta di questioni delicate, di non facile soluzione, da risolvere caso per caso, pur sempre nel quadro della ricerca della miglior tutela della parte assistita; questioni che coinvolgono i doveri dell'avvocato verso il proprio cliente in vario modo emergenti nelle vicende che originano nelle cause aventi ad oggetto rapporti di famiglia. Queste connotano in maniera peculiare le scelte che, nel corso del giudizio si pongono al difensore in

---

<sup>1</sup> Luigi Rovelli, già Presidente aggiunto della Corte di Cassazione

ordine alla “amministrazione di verità” di cui è pur venuto a conoscenza; anche di quelle sfavorevoli al cliente, sempre in relazione all'interesse di quest'ultimo e al rispetto delle “regole del gioco”, proprie di quel tipo di contesa processuale.

Ora, in casi siffatti – quali si presentano quasi fisiologicamente nelle vicende governate dal diritto di famiglia- in cui possono venire in conflitto fra loro interessi e valori, tutti rilevanti rispetto alla scelta della strategia da adottare (quali l'interesse del cliente, da una parte, in relazione, dall'altra, all'interesse del coniuge stesso, ma soprattutto all'interesse del figlio minore, sprovvisto di difesa processuale propria entro il giudizio di separazione) il riferimento ai “principi” che governano la professione (quali probità, decoro, correttezza e così via) non vale ad estrarre, per via di consequenzialità logica, il precetto che possa individuare il concreto comportamento da tenere.

La mera enunciazione di un principio assiologico, se scevra dal riferimento alla protezione di un determinato interesse come prevalente su tutti gli altri, non esprime il criterio da cui trarre la regola di condotta. A meno che si voglia individuare il precetto che sta sopra tutti gli altri e che non ammette deroghe (se non quelle derivanti da espresse norme di legge) nella regola che gli anglosassoni vedono sottesa all'interrogativo retorico : *who is the client?*

Ma, al di là di questa indicazione, che va peraltro rispettata, ma coniugata, per espressa norma di legge (art. 88 c.p.c.) all'osservanza del dovere di “comportarsi in giudizio con lealtà e probità”, sta una considerazione più specifica alla materia del diritto di famiglia.

La vocazione primaria del difensore alla tutela, e dunque all'interesse della persona assistita, non è violata ma può essere meglio tutelata se il difensore si mostra -anche nei confronti del cliente- consapevole che la valutazione di meritevolezza di “altri” interessi può ben individuarsi in indicazioni fatte proprie dall'ordinamento, come avviene appunto per la prevalenza dell'interesse del figlio minore nelle controversie di diritto di famiglia. Anche se -specie prima che la riforma intervenuta all'inizio del 2013 privilegiasse, in caso di separazione, l'affidamento condiviso - la necessità di far “volare i panni sporchi” nella causa poteva essere spiegata e in qualche modo giustificata, pur nella propria asprezza, proprio perché usata (almeno nelle intenzioni dichiarate) solo strumentalmente: per evitare cioè il “gravissimo” danno che nella visione di ciascuna delle parti sarebbe

altrimenti derivato agli stessi figli minori, da un affidamento alla controparte disposto senza la piena “conoscenza dei fatti di causa”.

2 - A ben vedere queste considerazioni fanno parte di un problema più generale da porsi, prima di tutto, sul piano teorico: se cioè i doveri di perizia e di diligenza che connotano attività lavorative diverse ma di carattere oggettivamente professionale e cioè sia quella dell'avvocato titolare del dovere di difesa (vale a dire quello di apprestare le ragioni di fatto e di diritto che fondano la pretesa di una parte o la contro pretesa dell'altra), sia quella del giudice o dell'arbitro nella giustizia privata, partecipino e in quale misura della stessa natura logico-deduttiva.

In particolare nelle liti di famiglia, specie per quanto riguarda le problematiche relative alle forme di affidamento in qualche modo ancora previste dalla legge (e certo era ancor più in passato quando il regime conseguente alla bigenitorialità non era chiaramente affermato come il modello base entro il quale amministrare le prescrizioni specifiche idonee), è presente spesso una conflittualità che può andare anche al di là della vera posta in gioco nella fase processuale e rappresentare, per così dire, per ciascuna delle parti, l'occasione di sfogo del reciproco risentimento per la rottura intesa come tradimento di affetti sui quali si era riposto affidamento senza riserve. E certo compito del difensore dovrebbe essere strettamente quello -forse troppo esposto ad essere frainteso dalla parte assistita- di far comprendere che oggetto diretto del giudizio non sarà quello di dover stabilire chi è stato “il buono” e chi “il cattivo” , ma quello di prendere i provvedimenti più opportuni e “in ogni tempo rivedibili” riguardo ai figli minori di età (oltre a quelli relativi alla regolazione dei rapporti economici). Quando l'articolo 337 quater c.c. stabilisce che “il giudice può disporre l'affidamento dei figli ad uno solo dei genitori qualora ritenga...che l'affidamento all'altro sia contrario all'interesse del minore” e quando autorizza “ciascuno dei genitori, in qualsiasi momento a chiedere l'affidamento esclusivo quando sussistono le condizioni” sopra determinate, crea una norma giuridica, per definizione “prescrittiva”, identificandola però in una “regola tecnica” : come tale, regola “descrittiva”, descrittiva di una relazione tra mezzo e fine, dove il fine è il miglior “interesse del minore” tra due situazioni fra loro alternative.

La prima opzione è data dall'affidamento condiviso, assunto come regime legale; la seconda è l'esclusione dal regime legale di uno dei genitori in base

all'applicazione della ricordata regola tecnica, in vista di un interesse pre-indicato come “il fine” e privilegiato in quanto tale dall'ordinamento. Questo è costituito appunto dall'interesse del minore.

Si crea così una relazione fra un atto processuale (la pronunzia di esclusione dall'affidamento di uno dei genitori) e un effetto prefigurato dalla legge quale la miglior tutela dell'interesse del figlio minore stesso.

Ora, sul piano teorico, in questo modo, si verifica eccezionalmente la proiezione sull'organo giudicante di una funzione, quella di operare in vista di un fine, ossia di uno scopo pratico preciso e predeterminato; ciò che è fisiologico e ordinario nell'esercizio della professione di avvocato, ma che è normalmente al di fuori delle regole di giudizio che presiedono al compito di giudicare.

Lo scopo entra nella regola.

Diventa quindi opportuno osservare come il modo in cui nel processo i giudici si rapportano con la legge e ricercano il miglior modo per darne l'interpretazione, concorre alla resa di una decisione prima di tutto imparziale, essendo l'esito della concreta vicenda con riferimento ai rispettivi interessi delle parti, indifferente per il soggetto giudicante. Mentre gli stessi doveri di diligenza e di perizia professionale per l'avvocato alimentano, all'opposto, la costruzione di un punto di vista parziale, perché doverosamente orientato a favore di un interesse predeterminato e proprio di una soltanto delle parti del processo.

Piuttosto che soffermarci sui limiti deontologici di tale dovere di parzialità è utile saggiarne il fondamento fisiologico e passare così dalla sfera dell'etica a quella della gnoseologia.

Occorre sottolineare come il modo in cui nel processo avvocati e giudici si pongono rispetto alla norma giuridica sembra essere il medesimo. Il vincolo, che l'art. 101 della Costituzione - quello di essere soggetto soltanto alla legge - pone nei confronti dei giudici, vale più in generale a produrre la “riconduzione alla legge” come fondamento di ogni discorso giuridico, teorico o pratico che voglia essere.

Ma in realtà, come vedremo, l'esistenza o l'inesistenza di un collegamento con un interesse predeterminato può far mutare la natura stessa dell'operazione concettuale da compiersi sul piano logico. Per chiarirlo trovo utile un sintetico excursus teorico che trae lo spunto da una riflessione che si è sviluppata nel pensiero marxista.

Anche quando la teoria marxiana, forse ben più di quanto lo sia oggi, era

oggetto di “cult” presso i liberals occidentali, era comune l'apprezzamento sulla superficialità del suo approccio ai temi del diritto e dello Stato.

Secondo la lettura più diffusa, in Marx, la previsione (o l'auspicio) della scomparsa del diritto nello “stadio” della società “comunista” è fondata sul postulato che, in tale stadio dell'evoluzione della società -venuto meno ogni conflitto di classe- cessino di esistere veri e propri conflitti di interesse fra gli uomini.

Una precisazione è rappresentata dalla formula coniata da Engels (e, ripresa da Lenin, entrata nella “vulgata”) secondo la quale nella società comunista non ci sarà più “governo sugli uomini”, ma solo “amministrazione delle cose”. Ulteriore approfondimento è quello apportato da Pasukanis. Il passaggio previsto da Engels sarà possibile perché nella “società comunista” non vi saranno più regole giuridiche. Vi saranno sempre regole di comportamento ma saranno regole di altro tipo e di altra natura: regole tecniche. Una regola è tecnica quando mette in relazione fra loro una causa e l'effetto, un mezzo e lo scopo. La regola serve proprio a stabilire i mezzi necessari per conseguire uno scopo desiderato.

Le regole giuridiche sono però regole prescrittive, in una certa misura indifferenti all'effetto (secondo l'antico adagio per cui *dura lex sed lex*), le regole tecniche no; esse sono soltanto descrittive del nesso fra una causa e un effetto, fra mezzo e scopo. Tali sono le regole “naturalistiche”; quelle che governano quasi tutte le attività professionali complesse.

Il “fisico” sa che, se vuol far bollire un liquido a livello del mare, lo deve portare ad una temperatura determinata; l'ingegnere calcola natura, dimensioni, grandezza di una struttura perché siano idonee alla funzione per la quale essa viene costruita; il manager applica regole aziendalistiche come mezzo al fine di produrre bilanci in attivo.

Saremmo portati a credere che la regola giuridica sia, comunque, naturaliter, regola prescrittiva. Ma a ben vedere anch'essa può diventare descrittiva, ad una condizione: che vi sia identità di scopo fra chi “dice” la regola del caso concreto e chi è il destinatario della prescrizione. La comunanza di scopo può non escludere la produzione di effetti giuridici, la coercizione propria della regola giuridica. Ma la regola giuridica, divenuta regola tecnica (per l'identità di scopo fra prescrittore e destinatario) può comportare l'applicazione di tecniche coercitive ma poste nell'interesse stesso di chi la costrizione subisce. Così come la costrizione esercitata dal medico sul paziente non ha carattere di sanzione ma è mezzo in vista della guarigione,

che è il fine comune del medico e del paziente.

Nella preconizzata “società comunista” la condizione della riduzione della regola giuridica a regola tecnica è la ipotizzata abolizione del conflitto di interesse fra gli esseri umani, con il corollario della riconduzione dei contrasti interindividuali attraverso la giurisdizione a forme di “volontaria giurisdizione”. Come se, nella giurisdizione civile, il fine di ciascuno dei litiganti non fosse l'attribuzione del “chiovendiano” bene della vita, ma l'affermazione di giustizia in quanto tale: fine che ciascuna parte ha in comune con la controparte ed entrambe con il giudice.

La riduzione delle regole di condotta nella ipotizzata a-conflittuale società comunista a regole tecniche riconduce questo aspetto della teoria marxiana del diritto ad una forma di giusnaturalismo. È proprio del giusnaturalismo (con il postulato della “giustizia giusta” ) pensare che le regole di condotta degli uomini siano iscritte nei rapporti naturali e che dunque a tali regole convenga il predicato della verità.

3 - Se la regola giuridica, come avviene ex art. 337 quater c.c., prevede che sia escluso dall'affidamento un genitore quando ciò “sia contrario all'interesse del minore”, anche il giudice sarà chiamato ad emettere un “giudizio tecnico”. Il risultato della decisione non sarà il mero effetto di una “programmazione condizionale”, (secondo la terminologia suggerita da Niklas Luhmann ), come tale mirata alla verifica della congruenza fra un fatto storico e la norma giuridica. Ma in questo caso il risultato coincide proprio con una “programmazione di scopo”. Scopo che come tale è comune al giudice e a ciascuna delle parti.

La regola iuris non delega al giudice il giudizio limitato alla constatazione della conformità di una situazione di fatto, nella sua staticità, con una species facti interamente descritta dalla norma stessa; ma la regola iuris delega eccezionalmente (ma opportunamente) non la verifica della situazione di fatto ma il compito stesso di esprimere il criterio, il giudizio di valore da cui scaturisce la decisione in applicazione di una ritenuta “regola tecnica”.

Ora la “regola tecnica”, in base alla quale si può identificare la situazione più rispondente all'interesse del minore, non è fra quelle che posseggono un “fondamento scientifico” tale da potersi presentare ex ante (e compiuti gli opportuni accertamenti) come giudizio apofantico, ovvero suscettibile di

essere verificabile come vero o falso. In altre parole, la “regola tecnica”, in base alla quale si identifica la situazione più rispondente all'interesse del minore (segnando così il passaggio, forse inevitabile del giudizio da una programmazione condizionale a una programmazione di scopo), non è fra quelle che posseggono fondamento scientifico tale da presentarsi come calcolabile ex ante, secondo parametri di esattezza.

Era forse inevitabile il passaggio del criterio legale, su cui fondare il giudizio che fa perno sull'interesse del minore, dalla programmazione condizionale ad una eccezionale programmazione di scopo. Ma certamente questo carica il giudice della famiglia di una responsabilità -anche agli occhi delle parti- che non può reggersi né sulla mera esegesi del dato normativo, né su di un giudizio il cui fondamento prognostico risulti calcolabile ex ante mediante la regola tecnica stessa e che va dunque amministrata con estrema prudenza ed è valutabile sempre rebus sic stantibus.

Sulla base del fondamento “scientifico” di un giudizio -quello di tendere a realizzare al meglio l'interesse del figlio minore- o, più esattamente, della regola tecnica (tale perché calibrata sul rapporto tra mezzo e scopo) che presiede, caso per caso, a quel giudizio, dovrebbe, in astratto verificarsi naturalmente convergenza fra le parti e fra queste ed il giudice, essendo comune a ciascuno di essi, il fine da raggiungere.

Ciò comporta appunto che, nella vicenda , l'uso della norma, pur prescrittiva, resti necessariamente descrittivo: esso è funzione di un interesse predeterminato (appunto l'interesse del figlio minore). In tal modo tutti i soggetti dell'actus trium personarum in che consiste il giudizio, pur facendo “uso” della norma giuridica, emettono un giudizio tecnico: tale perché emesso in vista di uno scopo che il giudice ha in comune con quello che hanno o enunciano di avere entrambi i soggetti nel riguardo dei quali viene enunciata la regola ed emesso il giudizio.

Ciò significa che, paradossalmente, le cause fra genitori separati, anche le più aspre, spinte spesso fino alla denigrazione reciproca e le più sofferte, si svolgono in funzione di un interesse che entrambe le parti assumono come comune, e da applicarsi in giudizio come il criterio della decisione del giudice: quello appunto dell'interesse del minore.

E' forse questo l'unico caso in cui tutti i soggetti del processo -entrambi i genitori e lo stesso organo giudicante- non sembrano poter dissentire sulla regula iuris da applicare ; né vi può essere contesa sul “bene della vita” da realizzare attraverso il giudizio, bene costituito appunto dalla

individuazione e soddisfazione del miglior interesse del minore.

Ma anche nel caso eccezionale (quale quello qui scrutinato) in cui è la legge a investire il giudice del compito della individuazione della concreta applicazione della regola iuris per ciascuno dei singoli casi, non par dubbio che costituisca “quaestio iuris” (suscettibile di dare materia per il ricorso per cassazione per violazione di legge) ogni doglianza che cada sul criterio utilizzato per poter individuare nel caso singolo quale sia il reale interesse del minore.

In altre parole, rispetto alla norma tecnica recepita e alla sua applicazione, appare censurabile per error iuris l'individuazione del criterio con cui operare la “diagnosi” e la logicità nella sua applicazione.

Ciò, peraltro, ci interroga anche sul punto se la riduzione della regola giuridica, in questo caso, a regola tecnica, non rappresenti momento di realizzazione, nella peculiare materia del diritto di famiglia, della ricordata “utopia” di Pasukanis (ripresa oggi in parte e come generalizzazione della c.d. funzione medica del diritto da Michel Foucault) che vede il diritto ridursi da mezzo di “governo sugli uomini” a semplice criterio di “amministrazione”.