

# CAPITOLO I

## QUESTIONE ETICA, AVVOCATURA E PROCESSO

«οὐ γὰρ περὶ τοῦ ἐπιτυχόντος ὁ λόγος,  
ἀλλὰ περὶ τοῦ ὄντινα τρόπον χρῆζῃν»

PLATONE, *Repubblica* (352d)<sup>1</sup>

SOMMARIO: 1. La storia dell'etica forense: la ricerca di un centro di gravità permanente. – 2. L'ambiguità del ruolo dell'avvocato e la «doppia fedeltà» dovuta al cliente ed all'ordinamento. – 3. L'ambiguità del difensore nel processo *adversarial*. La concezione standard di avvocato. – 4. *Segue*: l'avvocato difensore quale *Officer of the Court*. – 5. L'avvocato nella cornice dell'ordinamento democratico. – 6. L'etica forense come etica della virtù.

### 1. *La storia dell'etica forense: la ricerca di un centro di gravità permanente*

La questione dei limiti dei poteri dell'avvocato nel processo è molto antica ed è connaturata al suo ruolo quale difensore della parte, che rappresenta ed assiste nel corso del procedimento<sup>2</sup>. Il diritto della professione legale in generale, e l'etica forense in particolare<sup>3</sup>, si occupano di questo problema e, dalla moderni-

---

<sup>1</sup> Non si tratta di una questione di poco conto, ma del modo in cui si deve vivere.

<sup>2</sup> La storia dell'avvocatura si è occupata a fondo di descrivere le diverse figure che attualmente sono confluite in quella dell'avvocato, già riconosciute nelle fonti romane (Digesto, 3, 3 *de procuratoribus et defensoribus*; Cod. Iust. 2, 6 *de postulando*), riconducibili alla funzione di difesa della parte e di rappresentanza o di consulenza in materia giuridica. Per i dettagli: R. DANOVÌ, *Il diritto degli altri. Storia della deontologia*, Milano, 2021; F. GIUMETTI, *Per advocatum defenditur. Profili ricostruttivi dello status dell'avvocatura in Roma antica*, Napoli, 2017; M. LA TORRE, *L'imparziale parzialità. Avvocatura e concetto di diritto*, in ID., *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, Soveria Mannelli, 2013, 70 ss.; F. TACCHI, *Gli avvocati italiani dall'Unità alla Repubblica*, Bologna, 2002; C. HAZARD, A. DONDI, *Etiche della professione legale*, Bologna, 2005, 27 ss., anche per richiami alla dottrina in lingua inglese; A. PADOA-SCHIOPPA, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, 2003, 301 ss.

<sup>3</sup> In questo lavoro utilizzeremo il termine «diritto forense» o «diritto della professione legale» per identificare il complesso delle norme che disciplinano l'attività professionale dell'avvocato

tà in poi, provano a risolverlo attraverso l'individuazione dei doveri dell'avvocato nei confronti del cliente (dovere di competenza, di diligenza, di riservatezza e di agire, evitando conflitti di interesse) e della loro estensione quando è chiamato a difenderlo in giudizio<sup>4</sup>. In definitiva, lo scopo ultimo del diritto della professione legale è quello di identificare le regole di condotta che sovrintendono la pratica forense.

È un dato ormai acquisito che le radici degli attuali doveri professionali debbano essere ricercate nella *ῥητορική τέχνη*<sup>5</sup> o nell'*ars rhetorica* romana<sup>6</sup>. La conferma si trova nelle formule degli antichi giuramenti che, imponendo all'avvocato di rappresentare la nuda verità, senza alcun ornamento o figura retorica o mezzo per ottenere il favore o per muovere a compassione i giudici, pongono la questione sul piano dei limiti all'utilizzo degli strumenti di persua-

---

come individuate dalla legge, dalla deontologia forense e dall'etica generale («etica» *strictu sensu*) o (in senso inclusivo) dall'etica di ruolo (anche denominata «etica della professione legale»). Il lemma «deontologia» (forense o dell'avvocato) verrà utilizzato in un senso più restrittivo rispetto a quello di «etica» (professionale o forense), con riferimento al fenomeno della codificazione dell'etica della professione legale, cioè ai doveri ed alle regole di condotta che sono contenuti nei codici deontologici, la cui violazione è fonte di illeciti disciplinari. In questi termini, v. I. TRUJILLO, *Virtù e professioni giuridiche: i limiti della deontologia*, in *Ars Interpretandi*, 2022, 87-102, spec. 92.

Tra le opere monografiche che si occupano in generale di etica della professione legale e di deontologia forense, in lingua italiana, v. I. TRUJILLO, *Etica delle professioni legali*, Bologna, 2013; R. DANONI, *Il nuovo codice deontologico forense. Commentario*, Milano, 2014; C. HAZARD, A. DONDI, *Etiche della professione legale*, cit.; G. COSI, *La responsabilità del giurista. Etica e professione legale*, Torino, 1998; C. LEGA, *Deontologia forense*, Milano, 1975.

<sup>4</sup>C.R. ANDREWS, *Ethical Limits on Civil Litigation Advocacy: A Historical Perspective*, in 63 *Case W. Res. L. Rev.*, 2012, 381 ss., spec. 387.

<sup>5</sup>Cfr. C. VENTURINI, *L'argomentazione giuridica: dalla retorica classica alla moderna argomentazione*, in A. MARIANI MARINI, F. PROCCHI (a cura di), *L'argomentazione e il metodo della difesa*, in Pisa, 2004, 13-33, spec. 15 s.; F. PROCCHI, *Non pro se sed pro causa defendere. Spunti di 'deontologia forense' nell'epistolario pliniano*, in *www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com*, XII, 2019, 4 ss.; G.C. HAZARD JR, D.A. REMUS, *Advocacy Revalued*, in 159 *U. Pa. L. Rev.*, 2011, 751-781; J.B. WHITE, *The Ethics of Argument: Plato's Gorgias and the Modern Lawyer*, in 50 *U. Chi. L. Rev.*, 1983, 849-895.

<sup>6</sup>Cfr., per la dimostrazione della tesi, P. CERAMI, «*Honeste et libere defendere*»: i canoni della deontologia forense secondo Marco Tullio Cicerone, in *Iura*, 1998, 1-24; A. BELLODI ANSALONI, *L'arte dell'avvocato actor veritatis. Spunti di retorica e deontologia forense*, Bologna, 2016, 28 ss. (sull'*ars dicendi*) e 157 ss. (sull'avvocato, quale *vir bonus*), EAD., *Scienza giuridica e retorica forense*, Santarcangelo di Romagna, 2020, 143 ss., 153; e, se si vuole, A.M. TAMBURRO, *La professione forense nell'antica Roma. Peculiarità, aspetti giuridici, strategie retoriche e deontologia dell'avvocato nel mondo romano antico*, Milano, 2018, *passim*, che osserva come solo la deontologia forense contemporanea può apparire in contrasto con l'etica, mentre in quella romana tale evenienza era semplicemente esclusa. V., altresì, P. MORO, *Vir bonus dicendi peritus. L'etica dell'avvocato di valore*, in M. MANZIN, P. MORO (a cura di), *Retorica e deontologia forense*, Milano, 2010, 19 ss.; M. MANZIN, *Avvocati custodi del processo*, in M. MANZIN, P. MORO (a cura di), *Retorica e deontologia forense*, cit., 3 ss.

sione<sup>7</sup>. La necessità di una loro più compiuta identificazione, invece, emerge nel momento in cui l'avvocato perde quel profondo senso del dovere e quell'alta concezione dell'onore che possedeva in quanto esponente dell'aristocrazia e che ispirava il servizio pubblico che era chiamato a svolgere per la repubblica romana<sup>8</sup>.

Già Aristotele<sup>9</sup> riconosce come il contributo dell'ἔθος<sup>10</sup> è di fondamentale importanza per la credibilità del retore e l'idea viene ripresa nell'elaborazione romana, ove si arriva ad affermare che l'*honeste defendere* non sia altro che una trasposizione dell'*honeste vivere* nell'ambito dell'etica di ruolo<sup>11</sup>: con Quintiliano<sup>12</sup> prima, e Plinio il Giovane<sup>13</sup> poi, il *vir bonus* diviene il modello deontologico di riferimento per l'avvocato<sup>14</sup>. In età imperiale, quindi, si completa il percorso avviato in quella tardo repubblicana da Cicerone<sup>15</sup>, che considerava la virtù dell'oratore su un piano pragmatico e con una funzione persuasiva<sup>16</sup>: l'avvocato adempie al suo dovere quando si esprime nel rispetto dei valori del *vir bonus*, non quando ottiene la vittoria<sup>17</sup>, così che la virtù diviene il metro di giudi-

<sup>7</sup> C.R. ANDREWS, *The Lawyer's Oath: Both Ancient and Modern*, in 22 *Geo. J. Legal Ethics*, 2009, 8 s. Sui conflitti tra etica professionale contemporanea e tecniche utilizzate dall'avvocato difensore, cfr. D.S. CIOLINO, *Harmonizing Legal Ethics Rules with Advocacy Norms*, in 36 *Geo. J. Legal Ethics*, 2023, 199-232.

<sup>8</sup> Cfr. A. CHROUST, *The Emergence of Professional Standards and the Rise of the Legal Profession: The Graeco-Roman Period*, in 36 *B.U. L. Rev.*, 1956, 587 ss. ove afferma che, a differenza che in Grecia ove era percepita come antidemocratica (per i dettagli, v. A. CHROUST, *The Legal Profession in Ancient Athens*, in 29 *Notre Dame Lawyer*, 1954, 339-389), la professione legale romana rimase a lungo una professione prevalentemente aristocratica che adottava gli *standards* di comportamento comuni all'aristocrazia del tempo ed era vissuta come un servizio pubblico, al pari di quello prestato nel ricoprire le cariche più importanti della Repubblica. Solo nel II secolo prima dell'era volgare (p. 594 ss.), i professionisti legali abbandonarono i ruoli pubblici per dedicarsi unicamente alla attività forense. In seguito alla sostituzione dei professionisti dotati di gran senso civico con retori abili nelle tecniche di persuasione sorse la necessità di individuare le regole di condotta che erano chiamati ad osservare.

<sup>9</sup> ARISTOTELE, *Retorica*, 1355b-1356, Milano, 1996, 13 ss.

<sup>10</sup> Per la diversa grafia ἔθος o ἦθος si rinvia a M. SPINELLI, *Sobre as diferenças entre éthos com epsilon e éthos com eta*, in 32(2) *TransFormAção*, 2009, 9-44, spec. 10 ss.

<sup>11</sup> A. BELLODI ANSALONI, *L'arte dell'avvocato actor veritatis*, cit., 159, nota 5; F. PROCCHI, *Non pro se sed pro causa defendere*, cit., 6 ss.

<sup>12</sup> Cfr. A. BELLODI ANSALONI, *op. ult. cit.*, 157 ss.; F. GIUMETTI, *op. ult. cit.*, 107 ss.

<sup>13</sup> F. GIUMETTI, *op. ult. cit.*, 123 ss.

<sup>14</sup> QUINTILIANO, *Institutio oratoria*, 12.1.1: «*Sit ergo nobis orator quem constituimus is qui a M. Catone finitur vir bonus dicendi peritus, verum, id quod et ille posuit prius et ipsa natura potius ac maius est, utique vir bonus*».

<sup>15</sup> R. FIORI, *Bonus vir. Politica, filosofia e retorica nel de officiis di Cicerone*, Napoli, 2011.

<sup>16</sup> F. GIUMETTI, *op. ult. cit.*, 58 ss., spec. nota 86; A. BELLODI ANSALONI, *L'arte dell'avvocato actor veritatis*, cit., 30 ss.

<sup>17</sup> A. BELLODI ANSALONI, *op. ult. Cit.*, 161; F. GIUMETTI, *op. ult. cit.*, 108 ss.

zio della sua attività. Si recuperano, in tal modo, quei valori che, durante la prima età repubblicana, erano espressione naturale dell'aristocrazia e venivano assicurati dal fatto che la professione legale era di esclusivo appannaggio dei suoi membri<sup>18</sup>.

Nella formula del giuramento imposta ai *patroni causarum* (termine che nel VI secolo dell'Era volgare identificava chi assumeva la difesa della parte, cumulando la funzione di *orator* e di *iurisconsultus*) dalla costituzione giustiniana *rem non novam*<sup>19</sup> del 530 dell'Era volgare, e dai provvedimenti legislativi coevi<sup>20</sup>, si ritrovano condensati i doveri professionali del tempo<sup>21</sup>, che imponevano all'avvocato di tenere un comportamento processuale leale e corretto nello svolgimento dell'attività difensiva<sup>22</sup>. Quest'ultimo doveva utilizzare ogni mezzo in suo potere per la tutela degli interessi del proprio assistito, ma non poteva difendere cause ingiuste, ovvero cause prive di qualsiasi fondamento o, ancor peggio, fondate su false allegazioni (*Causa improba vel penitus desperata et ex mendacibus allegationibus composita*)<sup>23</sup>. Sebbene la *ratio* degli interventi legislativi fosse dichiaratamente quella di introdurre degli strumenti finalizzati a ridurre il contenzioso e combattere l'abuso del processo – come conferma il fatto che un analogo giuramento era prestato anche dalle *principales personae*<sup>24</sup> – i doveri imposti all'avvocato dall'Imperatore ben possono essere ricondotti a quelli che anche il *vir bonus* era tenuto a rispettare.

Accadde, in altre parole, che tra i valori tipici dell'aristocrazia romana che l'avvocato dell'epoca repubblicana riusciva a garantire, intendendo il proprio ruolo come un servizio pubblico, sono stati individuati quelli che più interessavano l'ordinamento e che l'avvocato laico non era più in grado di assicurare, ed

<sup>18</sup> A. CHROUST, *The Emergence*, cit., 593 s., descrive i caratteri tipici dell'aristocrazia romana.

<sup>19</sup> Cod. 3, 1, 14, 4 (1), *de iudiciis l. Rem non novam § patroni*. Si veda, anche per i doveri riferimenti, R. BIANCHI RIVA, *L'avvocato non difenda cause ingiuste*, Milano, 2012, 12 ss.

<sup>20</sup> Dell'anno 529 dell'Era volgare è la costituzione *de omnibus causis*, che introduceva il giuramento *de dilatione* o *de probationibus*, relativo alle istanze istruttorie; nel 544 la novella *ut litigantes iurent* imponeva alle parti il giuramento di non corrompere il giudice. Per una panoramica sul processo giustiniano, cfr. U. ZILLETI, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano, 1965, 235 ss.

<sup>21</sup> J.H. BENTON, *The Lawyer's Official Oath and Office*, Boston, The Boston book Company, 1909, 9, afferma che il giuramento costituisce un codice deontologico condensato. Per una disamina delle formule dei giuramenti che si sono susseguite nel tempo, cfr. C.R. ANDREWS, *The Lawyer's Oath*, cit., 3 ss. che ne sottolinea la sua funzione volta ad individuare i doveri primari dell'avvocato ed a richiamare la superiore vocazione che ha sempre connotato il suo ruolo.

<sup>22</sup> R. BIANCHI RIVA, *op. ult. cit.*, 19.

<sup>23</sup> R. BIANCHI RIVA, *op. ult. cit.*, 13; C.R. ANDREWS, *The Lawyer's Oath*, cit., 9, osserva che il giuramento giustiniano arriva ad individuare un sofisticato bilanciamento tra i doveri dell'avvocato nei confronti della parte e del giudice.

<sup>24</sup> Nell'anno 531 dell'era volgare, la costituzione *cum et iudices* estendeva alle parti il giuramento imposto ai *patroni causarum*.

è stata attribuita forza di legge a certe regole di condotta che, in precedenza, erano percepite come dovute da chiunque svolgesse un servizio pubblico. Al riguardo, è ragionevole ritenere che una parte degli stessi avvocati abbia contribuito attraverso l'indicazione della condotta dovuta e l'elevato standard di comportamento che ne è emerso è stato recepito nei successivi editti così da servire come guida per gli avvocati-retori del periodo post repubblicano<sup>25</sup>.

In epoca altomedievale<sup>26</sup>, veniva designato *advocatus* o un funzionario pubblico, cui venivano attribuiti dei compiti amministrativi, o colui che era chiamato a tutelare gli interessi della Chiesa o dei poteri pubblici nelle controversie giudiziali. Nell'esercizio di tali funzioni, allo scopo di garantire la corretta amministrazione della giustizia, l'*advocatus* doveva assicurarsi di mantenere un comportamento leale: da un lato, quale avvocato della Chiesa, doveva prestare il *sacramentum de asto*, che derivava dal giuramento giustiniano, ma presentava un contenuto più limitato, vietando alla parte di compiere atti dannosi per la controparte; dall'altro, risultava destinatario di ordini specifici che ne richiamavano il ruolo di ausiliario della giustizia. Anche in quest'epoca, quindi, come previsto dal *capitulare missorum generale*, all'avvocato era richiesta non solo competenza giuridica, ma anche integrità morale.

Pur non potendosi affermare che vi sia stata una continuità istituzionale tra la professione forense in età romana e quella medievale, che fiorì in ragione delle particolari condizioni della società del dodicesimo secolo<sup>27</sup>, nel processo romano-canonico troviamo il giuramento *de calumnia*<sup>28</sup>, le cui radici affondavano in quello giustiniano, attraverso il quale l'avvocato (e, analogamente, la parte) era chiamato a giurare di difendere il proprio cliente nella convinzione di avere ragione. Il giuramento, in particolare, doveva essere prestato, una prima volta, appena dopo la *litis contestatio* e, nel corso del processo, anche prima delle *adlegationes*, con lo scopo di garantire la correttezza delle argomentazioni e di evitare abusi dello strumento processuale, allungandone ingiustificatamente i tempi. In *spiritualibus*<sup>29</sup>, l'ordinamento canonico prevedeva che l'avvocato prestasse il giuramento *de veritate dicenda*, avente ad oggetto la verità dei fatti, in alterna-

---

<sup>25</sup> A. CHROUST, *The Emergence*, cit., 596 s.

<sup>26</sup> Cfr. R. BIANCHI RIVA, *op. ult. cit.*, 79 ss. Sottolinea gli aspetti arcaici del processo di diritto intermedio, G. COSI, *La responsabilità del giurista*, cit., 181 ss.

<sup>27</sup> J.A. BRUNDAGE, *The Medieval Advocate's Profession*, in 6 *Law & Hist. Rev.*, 1988, 439-464, spec. 442; A. CHROUST, *The Emergence*, cit., 598 ss.; S. REYNOLDS, *The Emergence of Professional Law in the Long Twelfth Century*, in 21 *Law & Hist. Rev.*, 2003, 347-366.

<sup>28</sup> Cfr. N.SARTI, *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calumnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, Milano, 1995; R. BIANCHI RIVA, *op. ult. cit.*, 20 ss.

<sup>29</sup> Cfr. J.A. BRUNDAGE, *The Ethics of the Legal Profession: Medieval Canonists and Their Clients*, in 33 *Jurist*, 1973, 237-248; R. BIANCHI RIVA, *L'avvocato*, cit., 42 ss.; C.R. ANDREWS, *Ethical Limits*, cit., 389 ss.

tiva a quello *de calumnia*. Lo *ius novum* introdusse, poi, un giuramento che l'avvocato era tenuto a prestare prima di essere ammesso alla professione con una formula che, pur riprendendo quella giustiniana, si presentava molto più dettagliata nell'individuare i suoi doveri<sup>30</sup>.

Nella prassi, tuttavia, il giuramento di diritto comune e quello canonico erano caduti in desuetudine già dal XII secolo<sup>31</sup>; parimenti, l'analisi dei provvedimenti emessi dall'autorità giudiziaria conferma l'inefficienza degli strumenti e dei rimedi disciplinari previsti nelle diverse giurisdizioni<sup>32</sup>. Al tempo, come oggi, uno dei problemi principali dell'etica forense risiedeva nella sua effettività, con la sola eccezione, probabilmente, delle corti inglesi di *common law* del XIII secolo<sup>33</sup>, ove i *Serjeants* («coloro che servono») *at law*<sup>34</sup>, ossia l'aristocrazia della professione forense, si occupavano di discutere la causa innanzi alla corte, mentre agli *Attorneys at law* spettava la rappresentanza della parte, o la gestione della controversia<sup>35</sup>. Per questa ragione, la dottrina dapprima tentò di riaffermare l'obbligatorietà del giuramento, ricorrendo ad argomenti giuridici accompagnati da considerazioni di ordine morale<sup>36</sup> e, in seguito, nel contesto dei trattati di procedura (*ordines iudiciorum*), o anche in opere monografiche destinate ai pratici<sup>37</sup>, iniziò ad analizzare la figura dell'avvocato, elaborando un complesso di

<sup>30</sup> Cfr. J.A. BRUNDAGE, *The Ethics*, cit., 242 s.; ID., *The Medieval*, cit., 448 ss.; R. BIANCHI RIVA, *op. ult. cit.*, 45 ss.

<sup>31</sup> R. BIANCHI RIVA, *op. ult. cit.*, 52 ss. dà conto delle fonti in cui si attesta l'inosservanza del giuramento *de calumnia* e di quello canonico, nonché la diversa opinione di Paolo di Castro che, nel testimoniare l'effettiva osservanza del giuramento da parte della prassi, ne descriveva un istituto diverso rispetto a quello giustiniano, più simile al giuramento decisorio (72 ss.).

<sup>32</sup> J.A. BRUNDAGE, *The Medieval*, cit., 452 ss.

<sup>33</sup> J.A. BRUNDAGE, *The Medieval*, cit., 453; P. BRAND, *The Origins of the English Legal Profession*, Oxford, Blackwell Pub., 1992, 120 ss.; J. ROSE, *The Legal Profession in Medieval England: A History of Regulation*, in 48 *Syracuse L. Rev.*, 1998, 1-137.

<sup>34</sup> J. ROSE, *The Legal Profession*, cit., 19 ss.; C.R. ANDREWS, *Standards of Conduct for Lawyers: An 800-Year Evolution*, in 57 *SMU L. Rev.*, 2004, 1385-1458, spec. 1391

<sup>35</sup> Dal francese *attorner* (incaricare o delegare qualcuno per uno scopo particolare), come osserva J. ROSE, *The Legal Profession*, cit., 25 ss. Sui livelli differenziati di professione legale, v. G.C. HAZARD, A. DONDI, *Etiche della professione legale*, Bologna, 2005, 49 ss. e J.L. MAUTE, *Alice's Adventures in Wonderland: Preliminary Reflections on the History of the Split English Legal Profession and the Fusion Debate (1000-1900)*, in 71 *Fordham L. Rev.*, 2003, 1357-1372, per la storia di come la professione legale inglese si sia sviluppata in due rami distinti.

<sup>36</sup> R. BIANCHI RIVA, *L'avvocato*, cit., analizza gli argomenti spesi in favore dell'attualità del giuramento e fondati sui rapporti tra legge e consuetudine (p. 58 ss.) o sulla nullità del procedimento, qualora l'avvocato non avesse prestato giuramento (p. 64 ss.).

<sup>37</sup> Cfr. N. SARTI, *Un giurista tra Azzone e Accursio. Iacopo di Balduino (... 1210-1235) e il suo «Libellus instructionis advocatorum»*, Milano, 1990; N. SARTI, S. BORDINI, *L'avvocato medievale tra mestiere e scienza giuridica. Il Liber cautelarum et doctrine di Umberto da Bobbio (... 1211-1245)*, Bologna, 2010. Nel *common law* uno dei primi esempi è *The mirror of justice* probabilmente scrit-

regole di condotta (dette *cautelae*), con l'intento di predicare la doverosità di certi precetti, a prescindere dal fatto che questi fossero contenuti nelle formule dei giuramenti o che il giuramento non fosse stato prestato<sup>38</sup>.

Un contributo importante all'elaborazione di queste regole di condotta arrivava dalla teologia che ricostruiva la funzione della difesa in armonia con la concezione cristiana medievale, come emerge dalla *quaestio* discussa da San Tommaso nella *Summa Theologiae*, in cui si occupa *de iniustitia quae fit in iudicio ex parte advocatorum*<sup>39</sup>. Ciò spiega il ruolo svolto dall'etica in generale e dalla morale individuale sia nell'individuazione dei precetti sia come mezzo per garantirne l'effettività.

Questo programma veniva, altresì, perseguito dagli statuti locali<sup>40</sup> non tanto tramite l'imposizione di certe regole di condotta<sup>41</sup>, ma esigendo dall'avvocato un giuramento del tutto analogo a quello giustiniano o a quello canonico, con delle formule che specificavano le *cautelae* individuate dalla dottrina<sup>42</sup>. In tale modo, si tentava di ricondurre il ceto forense sotto il controllo dell'autorità costituita<sup>43</sup> e, allo stesso tempo, di garantire l'efficienza nell'amministrazione della giustizia<sup>44</sup>. Nel *common law*, infine, i doveri degli avvocati venivano riaffermati

---

to nel 1285, di cui si discute la natura di trattato o di parodia dell'avvocatura, su cui v. l'introduzione di Maitland all'edizione di W.J. WHITTAKER, London, Bernard Quaritch del 1895.

<sup>38</sup> R. BIANCHI RIVA, *op. ult. cit.*, 79 ss. e 97 ss.

<sup>39</sup> TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, IIa IIae, q. 71, dart. 1-4 e, per una panoramica, R. BIANCHI RIVA, *op. ult. cit.*, 193 ss.

<sup>40</sup> R. BIANCHI RIVA, *op. ult. cit.*, 181 ss. osserva che, a differenza degli statuti locali, quelli emessi dai collegi di giudici e avvocati avevano lo scopo di preservare il lustro della professione e costituivano delle vere e proprie regole deontologiche.

<sup>41</sup> Un'eccezione è rappresentata dallo *Statute of Westminster* del 1275 che contiene la prima regolamentazione formale della professione forense inglese, con riferimento al quale P. BRAND, *The Origins*, cit., 127, 135 e J. ROSE, *The Legal Profession*, cit., 57, osservano come il cap. 29 faceva al *Deceits by Pleaders*, imponeva, naturalmente, un dovere di verità e, contestualmente, ha consentito ai giudici di specificare dei doveri autonomi di fedeltà dell'avvocato nei confronti della parte. Nella stessa linea, a Londra, nell'anno 1280, veniva promulgata l'ordinanza detta *Liber Custumarum* avente ad oggetto diversi aspetti della professione forense; nella seconda sezione, l'ordinanza elencava specificamente le regole etiche per i *Serjeants-at-law*, anche se si ritiene che queste si applicassero anche agli *Attorneys-at-law*. Sul punto cfr. C.R. ANDREWS, *Standards of Conduct*, cit., 1403 ss.

<sup>42</sup> Nel *common law*, sin dalla fine del tredicesimo secolo i *Serjeants-at-law* prestavano un giuramento che riprendeva i doveri elencati negli statuti (C.R. ANDREWS, *The Lawyer's Oath*, cit., 12 ss.) e nel 1402 il *Parliament* imponeva agli *attorneys-at-law* di prestare un giuramento, al momento di essere ammessi a svolgere le loro funzioni, che così esordiva «*You shall doe noe Falsehood nor consent to any to be done in the Office of Pleas of this court wherein you are admitted an Attorney*», su cui cfr. C.R. ANDREWS, *Standards of Conduct*, cit., 1404; ID., *The Lawyer's Oath*, cit., 12 ss.

<sup>43</sup> R. BIANCHI RIVA, *op. ult. cit.*, 157 ss.; R. DANOVÌ, *Il diritto degli altri*, cit., 70.

<sup>44</sup> R. BIANCHI RIVA, *op. ult. cit.*, 170 ss.

nei discorsi che il *Lord Commissioner* profferiva in occasione del conferimento del titolo di *Serjeant-at-law*<sup>45</sup>.

L'età moderna si pone in continuità con la precedente. Si tratta, per lo più, di un consolidamento dei risultati raggiunti nel corso del medioevo<sup>46</sup>. La dottrina è ancora dell'opinione che l'avvocato sia tenuto a rispettare le regole di condotta contenute nelle formule dei giuramenti, indipendentemente dal fatto che il giuramento sia stato, o meno, prestato; la legislazione principesca e quella locale continuano ad utilizzare la deontologia per imporre un controllo sul ceto forense; le istituzioni forensi si preoccupano di trasmettere ai nuovi avvocati i valori tradizionali della professione. In certe occasioni, tuttavia, i risultati raggiunti sono più ampi rispetto al passato: all'avvocato viene attribuita una funzione pubblicistica<sup>47</sup> e, nel processo, quella generale di collaborare con il giudice nell'amministrazione della giustizia<sup>48</sup>; nel *common law*, i nascenti *Barrister* sviluppano nuovi *standard* etici utili a distinguerli dai *solicitors*, attribuendosi delle funzioni esclusive e un ruolo gerarchicamente sovraordinato<sup>49</sup>.

In sintesi, si può affermare che l'elaborazione della dottrina prima medievale, e poi moderna, perviene a due risultati notevoli: all'avvocato era proibito difendere cause ingiuste ed era vietato difendere in modo ingiusto (*aliud enim est iustum, et alium juste agere*)<sup>50</sup>. Il divieto di difendere cause ingiuste, contenuto nella formula del giuramento *de calumnia*, veniva saldamente legato alla coscienza dell'avvocato e costituiva un rimedio contro l'abuso del processo<sup>51</sup>. Da un la-

---

<sup>45</sup> Cfr. J.H. BENTON, *op. cit.*, 35 e il compendio dei doveri dell'avvocato contenuto nel discorso ai nuovi *Serjeant-at-law* del 1648 di Lord Whitlocke, riportato in B. WHITLOCKE, *Memorials of the English Affairs of the King Charles the First (1625-1649)*, Oxford, University Press, 1853.

<sup>46</sup> Per una ricostruzione storica della deontologia tra il XVI e il XVII secolo, v. R. BIANCHI RIVA, *La coscienza dell'avvocato. La deontologia forense fra diritto e etica in età moderna*, Milano, 2015; nel *common law*, C.R. ANDREWS, *Ethical Limits*, cit., 390 ss. e ID., *Standards of Conduct*, cit., 1385 ss., alla quale si rinvia anche per i dovuti riferimenti. Sul sistema giuridico dell'epoca, in generale, v. I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, 2002.

<sup>47</sup> R. BIANCHI RIVA, *op. ult. cit.*, 19 ss. dà conto delle affermazioni del principio e delle sue conseguenze, che si risolvevano nell'attribuire agli avvocati alcuni dei privilegi riservati ai nobili (sia di diritto civile che di diritto processuale) o nell'imporre all'avvocato di difendere persone che fossero sprovviste di un difensore.

<sup>48</sup> R. BIANCHI RIVA, *op. ult. cit.*, 45 ss., ove, a p. 60, tuttavia, rileva come nel processo penale il dovere di difesa era destinato a prevalere rispetto a quella di collaborare con la giustizia.

<sup>49</sup> J.L. MAUTE, *Alice's Adventures in Wonderland*, cit., 1363 ss.

<sup>50</sup> Così, R. BIANCHI RIVA, *La coscienza*, cit., 246 ss. e 290 e ID., *Il dovere di verità: fra tecniche della difesa e deontologia forense nel medioevo e nell'età moderna*, in *Italian Review of Legal History*, 2015, n. 04, 1 ss.

<sup>51</sup> C.R. ANDREWS, *Ethical Limits*, cit., 386 ss., in seguito all'analisi delle fonti storiche individua cinque doveri dell'avvocato nei confronti della corte (*duty of reasonable behavior, truth, objective merit, proper motive*) di cui l'ultimo, chiamato *just cause*, presuppone tutti i precedenti, ma non si



to, l'inquadramento della causa ingiusta come quella *contra conscientiam* si fondeva sull'assunto che il foro interno potesse meglio garantire l'effettività della regola rispetto a quello che avrebbe potuto assicurare il *forum fori*. Sotto altro aspetto, le caratteristiche della formulazione delle norme etiche, naturalmente idonee ad abbracciare un più ampio spettro di condotte rispetto a quelle giuridiche, escludeva la possibilità per l'avvocato, unico legittimato a verificare quali pretese fossero meritevoli di essere portate innanzi al giudice, di sottrarsi alla loro coerenza per questioni formali<sup>52</sup>. Allora, l'ordinamento poteva limitarsi a mettere a disposizione e consentire l'utilizzo dello strumento processuale, mentre ogni valutazione sul possibile contrasto tra il fine, il risultato perseguito e la giustizia veniva lasciata al difensore nel momento in cui sceglieva di non assumere la difesa *contra conscientiam*.

La riflessione sulle tecniche di difesa, invece, aveva portato la dottrina ad elaborare il divieto di difendere in modo ingiusto<sup>53</sup> e ad affermare che all'avvocato non era consentito utilizzare espressioni sconvenienti, che non poteva essere prolisso e che doveva impegnarsi a fornire una rappresentazione onesta dei fatti di causa e una corretta argomentazione in diritto, perché ciò, prima di tutto, era imposto dalla sua coscienza (professionale)<sup>54</sup>. Si discuteva, quindi, se l'avvocato potesse ingannare l'avversario, arrivando a consentire una tale condotta solo ove giustificata dalla necessità di far trionfare la giustizia. Era, comunque, esclusa la possibilità di ricorrere al mendacio, di dedurre fatti inesistenti, di subornare testimoni, quand'anche queste tecniche avessero potuto trovare legittimazione nella necessità di attuare i diritti del proprio assistito<sup>55</sup>.

Si può affermare, quindi, che questi due divieti (di difendere cause ingiuste e

---

esaurisce nel loro rispetto, ben potendo una causa, o una tecnica processuale, essere ragionevole, onesta, fondata e adeguatamente motivata, ma socialmente, moralmente o politicamente ingiusta.

<sup>52</sup> R. BIANCHI RIVA, *La coscienza*, cit., 50 ss.

<sup>53</sup> R. BIANCHI RIVA, *Il dovere di verità*, cit., 1 ss.

<sup>54</sup> P.P. GUAZZINI, *Tractatus moralis ad defensam animarum advocatorum, iudicum, reorum, Venetiis*, 1650, p. 38b, n. 1, osservava: «*Ad iustitiam causae pertinet etiam modus, unde non solum Advocatus, antequam suscipiat causas debet advertere, si sit iusta, et nullis iniustis conditionibus coniuncta, sed etiam in progressu ipsius causae debet summopere pro defensione suae animae cavere, ne iniustus modus aliqua ratione interveniat*». C.R. ANDREWS, *Ethical Limits*, cit., 386 ss. riconosce l'esistenza di alcuni doveri di questa natura, cioè il *duty of reasonable behavior, truth, e proper motive*.

<sup>55</sup> Nella glossa al *Decretum Gratiani* (gl. *insidijs* a Decr. C. 23 q.2 c.2, *dominus*), si riconosceva all'avvocato il potere di ricorrere all'inganno; nella glossa alla decretale *Cupientes* contenuta nel *Liber sextus* (gl. *malignantium* a VI, 1, 6, 16, *de electione et electi potestate c. cupientes*) si riconosceva alla parte la possibilità di reagire ai cavilli ed alle astuzie della controparte con i medesimi mezzi, ma non introdurre fatti falsi; TOMMASO D'AQUINO (*Summa Theologiae*, IIa IIae, q. 71, art. 3), affermava che l'avvocato poteva usare stratagemmi, ma non compiere atti in frode. Per una panoramica della questione, v. R. BIANCHI RIVA, *Il dovere di verità*, cit., 4 ss., spec. 17 ss.; M. LA TORRE, *L'imparziale parzialità*, cit., 53 ss., spec. 94 ss.

di difendere in modo ingiusto) costituiscono le fondamenta su cui poggia la deontologia forense<sup>56</sup>, in un connubio inestricabile tra etica e diritto che, nell'individuare in modo completo ed organico le regole della professione<sup>57</sup>, si rivolge all'etica non solo per individuarne i precetti ma anche per garantirne l'effettività. Il costante richiamo alla coscienza dell'avvocato, che nel corso dell'età moderna aveva contribuito ad imporre come doverose le regole deontologiche – almeno nel foro interno del singolo professionista – e che costituiva la ragione dell'imposizione del giuramento, con il tempo ha cessato di svolgere la sua funzione: meno la deontologia appare vincolante, meno la stessa risulta idonea a rappresentare una disciplina generale e complessiva della professione forense, riducendosi ad una questione che coinvolge unicamente la sfera morale del singolo professionista<sup>58</sup>.

La codificazione del diritto e il successivo imporsi del positivismo giuridico fornisce la soluzione al problema dell'effettività della norma deontologica che, oggi, ci è più familiare. Tra '800 e '900 il divieto di difendere cause ingiuste e quello di difendere in modo ingiusto vengono relegati nel dominio dell'etica<sup>59</sup>, in linea con il modello al tempo dominante del «professionista gentiluomo» di stampo borghese<sup>60</sup>. In questo contesto, si discuteva della giuridicità delle regole deontologiche e sull'alternativa di considerarle delle norme giuridiche (così allargando il controllo dello Stato sull'ordinamento professionale) ovvero delle regole etiche (riconoscendo l'autonomia della professione, a discapito della effettività delle sanzioni). Così, successivamente, solo quando lo Stato ha assunto il controllo dell'ordinamento professionale a detrimento dell'indipendenza dell'avvocatura<sup>61</sup>, si è affermata la giuridicità della norma deontologica, conferen-

---

<sup>56</sup> R. BIANCHI RIVA, *La coscienza*, cit., 290 ss.

<sup>57</sup> R. BIANCHI RIVA, *op. ult. cit.*, 288.

<sup>58</sup> R. BIANCHI RIVA, *op. ult. cit.*, 298 ss.

<sup>59</sup> Cfr. quanto riferiscono C. CAVAGNARI, E. CALDARA, *Avvocati e procuratori*, a cura di G. ALPA, Bologna, 2004, 240.

<sup>60</sup> Secondo M. MALATESTA, *Professionisti e gentiluomini. Storia delle professioni dell'Europa contemporanea*, Torino, 2006, 31-112, i caratteri tipici dell'avvocato del XIX secolo sono il disinteresse, il comportamento virtuoso, l'incompatibilità con mestieri vili; un modello simile è proposto da A.T. KRONMAN, *The lost lawyer: failing ideals of the legal profession*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1993. Cfr., altresì, M. RICCIARDI, *La crisi di identità dell'avvocatura e la deontologia forense*, in M. MANZIN, P. MORO (a cura di), *Retorica e deontologia forense*, Milano, 2010, 66 ss.

<sup>61</sup> In questi termini, F. PUPPO, *La deontologia forense nell'età della decodificazione: uno sguardo alla situazione italiana*, in M. MANZIN, P. MORO (a cura di), *Retorica e deontologia forense*, cit., 75 ss., spec. 91 ss.; M. LA TORRE, *L'imparziale parzialità*, cit., 70 ss.; ID., *Avvocatura e retorica. Tra teoria del diritto e deontologia forense*, in M. MANZIN, P. MORO (a cura di), *Retorica e deontologia forense*, cit., 37 ss. Cfr., altresì, G.C. HAZARD, *The Future of Legal Ethics*, in 100 *Yale L. J.*, 1991, 1239-1280, spec. 1243 ss.

dosi per tal via una maggiore effettività alle norme etico-professionali<sup>62</sup>.

Dal piano interno, ove l'avvocato deve rispondere alla propria coscienza e la violazione della norma deontologica incide sulla salvezza dell'anima, ci si sposta su quello sociale, in cui la violazione dei doveri dell'avvocato ha conseguenze sul corretto esercizio della professione forense<sup>63</sup>. Il divieto di difendere in modo ingiusto ed il divieto di difendere cause ingiuste vengono quindi a configurarsi come due aspetti di un unico principio regolatore della condotta dell'avvocato all'interno del processo: il dovere di agire con lealtà e correttezza, oggi espressamente riconosciuto nell'art. 88 c.p.c. Nello stesso solco si pongono i principi codificati della deontologia forense che, ancora oggi, prevede che l'avvocato debba svolgere la propria attività con coscienza e diligenza, assicurando la qualità della prestazione professionale – come previsto dall'art. 12 CDF – nonché, con lealtà e correttezza – ai sensi dell'art. 9 CDF – in considerazione del rilievo costituzionale e sociale della difesa. Tali principi trovano conferma nelle regole di condotta, anch'esse contenute nel Codice Deontologico Forense che vietano all'avvocato di difendere cause ingiuste<sup>64</sup> e che gli proibiscono di difendere in modo ingiusto – ad esempio, attraverso una delle condotte vietate dall'art. 50 CDF<sup>65</sup> – perché, in caso contrario, violerebbe il dovere di lealtà e correttezza<sup>66</sup> e quello di diligenza e competenza<sup>67</sup>, cioè quei doveri cui si faceva, e si fa ancora riferimento, quando si richiama la coscienza dell'avvocato.

Muta il contesto culturale; cambia il linguaggio; si trasformano le istituzioni; si trovano nuove giustificazioni alle regole, ma si avverte ancora come attuale l'esigenza che la condotta dell'avvocato trovi un limite e che tale limite non sia imposto dall'esterno, ma debba essere ricercato nell'etica professionale. La questione, allora, è quella di individuarne la portata.

---

<sup>62</sup> R. BIANCHI RIVA, *La coscienza*, cit., 299 ss.

<sup>63</sup> R. BIANCHI RIVA, *op. ult. cit.*, 302.

<sup>64</sup> Come era espressamente previsto dall'art. 6 dell'abrogato CDF del 1994, ove si fissava il principio di lealtà e correttezza, specificando che «*l'avvocato non deve proporre azioni o assumere iniziative in giudizio con mala fede o colpa grave*». Cfr. Cass., 12 giugno 2018, n. 15209, che ha stabilito che il primo filtro valutativo – rispetto alle azioni ed ai rimedi da promuovere – è affidato alla prudenza del ceto forense coniugata con il principio di responsabilità delle parti.

<sup>65</sup> Cfr. CNF, 19 dicembre 2019, n. 196, che, nel confermare i principi fissati della giurisprudenza disciplinare relativi alla fattispecie della produzione di un documento nuovo unitamente alla comparsa conclusionale, ritiene applicabile in via analogica la sanzione dell'art. 50 CDF, così confermando la stretta connessione tra il dovere di verità e quello di lealtà e correttezza.

<sup>66</sup> Cfr. CNF, 30 maggio 2014, n. 75, che sanziona l'avvocato che abbia intenzionalmente omissso di rispettare le preclusioni processuali, per violazione del dovere di lealtà e correttezza, poiché tale condotta viola il principio del contraddittorio e quello della «parità delle armi» tra le parti; CNF, 28 dicembre 2017, n. 241.

<sup>67</sup> La condanna per lite temeraria della parte assistita appare, altresì, idonea a fondare una causa civile per inadempimento nei confronti dell'avvocato. Sulla diligenza dovuta dall'avvocato chiamato a rendere un parere sull'esperibilità di una causa, v. Cass., 14 novembre 2002, n. 16023.

## 2. *L'ambiguità del ruolo dell'avvocato e la «doppia fedeltà» dovuta al cliente ed all'ordinamento*

In questo contesto storico-culturale si afferma, comunemente, l'esistenza di un dovere dell'avvocato di «doppia fedeltà» al cliente ed all'ordinamento<sup>68</sup> che costituisce una delle manifestazioni più evidenti del ruolo intrinsecamente ambiguo dell'avvocato. È ambigua la funzione della deontologia forense<sup>69</sup>; sono ambigue le regole e i principi contenuti nei codici deontologici<sup>70</sup>; è ambigua anche la disciplina professionale di fonte statale<sup>71</sup>, che si preoccupa di individuare i doveri dell'avvocato nei confronti dell'ordinamento. L'art. 3, comma 2, l. n.

---

<sup>68</sup> V. R. DANOVÌ, *Il nuovo codice deontologico forense*, cit., 83 s., 113 s.; G.C. HAZARD, A. DONDI, *Etiche*, cit., 310 ss. richiamano, in generale, il dovere dell'avvocato di rispettare la legge e la responsabilità dell'avvocato nei confronti dell'ordinamento giuridico; P. CALAMANDREI, *L'avvocatura e la riforma del processo civile* (1920), in *Opere giuridiche*, vol. II, Roma, 2019, 31 s., inquadra l'avvocatura come un elemento dell'ordinamento giudiziario. Per il fondamento storico dell'idea, v. R. BIANCHI RIVA, *La coscienza*, cit., 45 ss., 124 ss.

<sup>69</sup> A. FEBBRAJO, *L'etica dell'avvocato come progetto professionale*, in *Soc. dir.*, 1985, 13-33, spec. 25 ss. sottolinea come la funzione dell'etica professionale sia quella di orientare gli avvocati nell'esercizio della professione e, allo stesso tempo, costituisce un modo per legittimare la professione. In tal modo, «la deontologia forense ... assicura una complessa mediazione simbolica tra chi offre e chi ricerca la prestazione professionale» (p. 28).

<sup>70</sup> Cfr. M. LA TORRE, *Avvocatura e retorica. Tra teoria del diritto e deontologia forense*, in M. MANZIN, P. MORO (a cura di), *Retorica e deontologia forense*, cit., 54 ss. La questione si pone anche in altri ordinamenti, come emerge da un sommario raffronto tra le disposizioni dei codici deontologici stranieri. Negli USA, il preambolo delle MRPC dispone, al § 1, che «*A lawyer, as a member of the legal profession, is a representative of clients, an officer of the legal system and a public citizen having special responsibility for the quality of justice*». Il *Code of Conduct For the Bar of England and Wales*, da un lato, al § 302, prevede che «*A barrister has an overriding duty to the Court to act with independence in the interests of justice: he must assist the Court in the administration of justice and must not deceive or knowingly or recklessly mislead the Court*», dall'altro, al § 303, che «*must promote and protect fearlessly and by all proper and lawful means the lay client's best interests*»; in termini analoghi si esprimono le *Rules C3-C6 del Bar Standards Board Handbook*. L'art. 1.1 del codice Deontologico degli Avvocati Europei, redatto dal Consiglio degli Ordini Forensi Europei (CCBE), nella parte in cui prevede che «la funzione dell'avvocato gli impone vari doveri e obblighi (a volte, apparentemente, tra loro contraddittori), verso: – il cliente; – i giudici e le altre autorità innanzi alle quali l'avvocato assiste o rappresenta il cliente; – l'avvocatura in generale e ogni collega in particolare; – il pubblico, per il quale una professione liberale e indipendente, legata al rispetto delle regole che essa stessa si è data, rappresenta uno strumento fondamentale per la salvaguardia dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato e degli altri poteri nella società».

<sup>71</sup> In Germania, l'ambiguità del ruolo dell'avvocato, organo dell'amministrazione della giustizia, rappresentante della parte e libero professionista, emerge dalla *Bundesrechtsanwaltsordnung*: il § 1 dispone che «*Der Rechtsanwalt ist ein unabhängiges Organ der Rechtspflege*»; il § 2 che «*(1) Der Rechtsanwalt übt einen freien Beruf aus. (2) Seine Tätigkeit ist kein Gewerbe*»; il § 3 che «*(3) Jedermann hat im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften das Recht, sich in Rechtsangelegenheiten aller Art durch einen Rechtsanwalt seiner Wahl beraten und vor Gerichten, Schiedsgerichten oder Behörden vertreten zu lassen*».

247/2012 stabilisce espressamente che «la professione forense deve essere esercitata con indipendenza, lealtà, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo sociale della difesa ...»<sup>72</sup>; l'art. 8, l. n. 247/2012 impone all'avvocato, prima di esercitare il ministero di difensore, di prestare dinanzi al Consiglio dell'Ordine in seduta pubblica, l'impegno solenne del seguente tenore: «consapevole della dignità della professione forense e della sua funzione sociale, mi impegno ad osservare con lealtà, onore e diligenza i doveri della professione di avvocato per i fini della giustizia ed a tutela dell'assistito nelle forme e secondo i principi del nostro ordinamento»<sup>73</sup>.

L'idea di fondo è che le prerogative dell'avvocato, che gli consentono di azionare i diritti del proprio assistito o di resistere in giudizio alle pretese avversarie<sup>74</sup>, derivano dal fatto che, tra tutti i cittadini, egli è l'unico (almeno negli

---

<sup>72</sup> Ancor prima, l'art. 12 del r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578 prevedeva che l'avvocato prestasse il seguente giuramento in una pubblica udienza della Corte d'appello o del Tribunale «Gli avvocati ed i procuratori debbono adempiere al loro ministero con dignità e con decoro, come si conviene all'altezza della funzione che sono chiamati ad esercitare nell'amministrazione della giustizia».

<sup>73</sup> Analogo giuramento era previsto dal comma 3 dell'art. 12 del r.d.l. n. 1578/1933: «Giuro di adempiere i miei doveri professionali con lealtà, onore e diligenza per i fini della giustizia e per gli interessi superiori della nazione».

<sup>74</sup> Sulla obbligatorietà della difesa tecnica, prevista dall'art. 82 c.p.c. e 96 e 97 c.p.p., cfr., anche per richiami, A. PATELLI, *La difesa tecnica*, in L. DITTRICH (diretto da), *Trattato Omnia. Diritto processuale civile*, Milano, 2019, 718; G. COLAVITTI, *La specialità costituzionale della professione forense e la libertà professionale dell'avvocato*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 399-401.

Altra questione, come ben ha rilevato V. DENTI, *La difesa come diritto e come garanzia (a proposito dell'autodifesa nel processo penale)*, in *Foro it.*, 1977, V, 55-60, è quella del diritto della parte ad avere un difensore tecnico su cui v., tra la giurisprudenza costituzionale, Corte Cost., 18 marzo 1957, n. 46 «... il diritto della difesa ... deve essere inteso come potestà effettiva della assistenza tecnica e professionale nello svolgimento di qualsiasi processo, in modo che venga assicurato il contraddittorio e venga rimosso ogni ostacolo a far valere le ragioni delle parti»; Corte cost., 10 ottobre 1979, n. 125: «... il diritto di difesa nel giudizio penale ... è non soltanto inviolabile, ma è altresì irrinunciabile». Tra la giurisprudenza di legittimità, che ha più volte ribadito la natura eccezionale dell'art. 86 c.p.c. che consente di stare in giudizio personalmente e senza il ministero di altro difensore, a chi abbia le qualità per esercitare l'ufficio di difensore, cfr. Cass., 24 novembre 2000, n. 15176, in *Foro it.*, 2001, I, 1429; Cass., 3 luglio 2000, n. 2064; Cass., 25 marzo 2003, n. 18395; Cass., 18 settembre 2008, n. 37629; Cass., 21 settembre 2017, n. 48601. Cfr., altresì, Corte Edu, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*, § 51, sulla base dell'art. 6 CEDU: «sebbene non sia assoluto, il diritto di ogni accusato ad essere effettivamente difeso da un avvocato, nel caso di necessità anche nominato d'ufficio, figura tra gli elementi fondamentali del processo equo» e, anche, *Powell v. Alabama*, 287 U.S. 45, 68-69, 77 L. Ed. 158, 170, 53 S. Ct. 55, 64 (1932): «*The right to be heard would be, in many cases, of little avail if it did not comprehend the right to be heard by counsel. Even the intelligent and educated layman has small and sometimes no skill in the science of law*». Per il fondamento di questo diritto, si rinvia a M. LA TORRE, *L'imparziale parzialità*, cit., 149 s., il quale ritiene che proprio la possibilità di ricorrere ad un avvocato giustifichi la vigenza del principio *ignorantia legis non excusat*.

ordinamenti di *civil law*<sup>75</sup>) che ha il potere di interloquire con il giudice ed il diritto di essere ascoltato da quest'ultimo<sup>76</sup>; questo potere, tuttavia, deve sì essere esercitato a vantaggio del proprio cliente, ma l'avvocato non può abusarne, utilizzando modalità inappropriate o che contrastino con i metodi propri del diritto<sup>77</sup>.

Da qui, l'ambiguità del ruolo dell'avvocato. Da un lato, il difensore può essere assimilato alla «parte», al pari di un «doppio» del cliente, perché lo rappresenta, lo consiglia e difende i suoi interessi; dall'altro, può essere visto come un «organo» del processo o dell'ordinamento, che non può condividere quegli interessi che difende, che non può trasformarsi in un sodale o un complice del proprio assistito<sup>78</sup> e che, con i suoi argomenti, prepara e contribuisce alla deci-

<sup>75</sup> Per una analisi della questione nelle giurisdizioni di *common law*, in cui contendenti sono liberi di rappresentare se stessi in giudizio, v. R. ASSY, *Revisiting the Right to Self-Representation in Civil Proceedings*, in 30 *CJQ*, 2011, 267-282; E.S.T. POPPE, J.J. RACHLINSKI, *Do Lawyers Matter? The Effect of Legal Representation in Civil Disputes*, in 43 *Pepp. L. Rev.*, 2016, 881-944.

<sup>76</sup> V. art. 2, comma 5, l. n. 247/2012: «Sono attività esclusive dell'avvocato, fatti salvi i casi espressamente previsti dalla legge, l'assistenza, la rappresentanza e la difesa nei giudizi davanti a tutti gli organi giurisdizionali e nelle procedure arbitrali rituali» e, in dottrina, G.C. HAZARD, A. DONDI, *Etiche*, cit., 20.

<sup>77</sup> Sul fondamento dell'obbligatorietà della difesa tecnica, cfr. C. MANDRIOLI, sub *art. 82 c.p.c.*, in E. ALLORIO (diretto da), *Commentario del codice di procedura civile*, libro I, tomo 2, Torino, 1973, 929 s., il quale ritiene che l'animosità delle parti e il tecnicismo del processo che suggeriscono l'opportunità di affidare ad un soggetto terzo il compimento degli atti processuali della parte. Quest'ultimo aspetto è valorizzato anche da T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, vol. II, Milano, 1950, 707, 711; P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile* (1941-1944), in *Opere giuridiche*, vol. IV, Roma, 2019, 485; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, 13<sup>a</sup> ed., Torino, 2023, 671 s.; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, 7<sup>a</sup> ed., Milano, 2007, 91 s.; M.F. GHIRGA, *La giustizia "piovuta" dal cielo*, Torino, 2021, 37. Cfr., altresì, C. PUNZI, *Il «ministero» dell'avvocato*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 589 ss., spec. 596, ove sostiene che l'intermediazione dell'avvocato è necessaria per l'attuazione dell'art. 24 Cost.; V. DENTI, *La difesa come diritto e come garanzia (a proposito dell'autodifesa nel processo penale)*, cit., il quale ritiene che la difesa tecnica come garanzia (non come un diritto della parte) risponde ad un'esigenza del processo che si traduce nell'opportunità, per certi procedimenti e non per altri, di prevedere l'assistenza tecnica del difensore; G.C. HAZARD, A. DONDI, *Etiche*, cit., 130 ne affermano l'indispensabilità sul rilievo che l'avvocato civilista svolge la funzione di salvaguardare la supremazia della legge; P. CALAMANDREI, *L'avvocatura*, cit., 32 ss., osserva che la difesa tecnica aiuta a superare due ostacoli che incontra il giudice quando deve decidere: l'imperizia delle parti e la loro malafede; mentre A. ZUCKERMAN, *No Justice without Lawyers – The Myth of an Inquisitorial Solution*, in 33 *CJQ*, 2014, 355-374, aggiunge che l'avvocato non solo colma il *justice deficit*, ma consente anche maggior efficienza se si considera che, alle cause che coinvolgono parti non assistite da avvocati, il tribunale è costretto a dedicare tempo e sforzi sproporzionati.

<sup>78</sup> CNF, 23 settembre 2020, n. 174: «Costituisce grave illecito disciplinare il comportamento dell'avvocato che suggerisca al proprio cliente illecite operazioni volte ad intralciare le indagini dell'autorità giudiziaria ed a sottrarre beni e denaro alle attività di perquisizione, così tradendo la funzione difensiva a beneficio del ruolo di sodale dell'assistito, con violazione dei principi di probità, lealtà, correttezza, diligenza indicati dall'art. 9 del cdf in considerazione del rilievo costituzionale e sociale della difesa».

sione del giudice<sup>79</sup>. Si comprende, pertanto, la ragione per cui la funzione dell'avvocato viene ridotta ad essere una conseguenza del modo con cui si concepisce il processo: o come strumento per comporre conflitti o come mezzo attraverso il quale viene attuato il diritto. Nel primo caso, sullo Stato – estraneo al merito della controversia – ricadrebbe il compito di fornire un giudice indipendente e imparziale, mentre unica preoccupazione dell'avvocato sarebbe ottenere la vittoria a vantaggio del proprio cliente; nel secondo caso, invece, l'avvocato sarebbe gravato da un vero e proprio dovere di promuovere la giustizia<sup>80</sup>. In ogni caso, le parti sono in competizione, ma lo fanno all'interno di un sistema che ognuno di loro ha un interesse comune a preservare, così che possano ottenere una risoluzione definitiva e legittima della loro controversia<sup>81</sup>.

Tale ambiguità risulta ancor più evidente avendo in mente i diversi ruoli ascrivibili all'avvocato che, in passato, erano ripartiti tra più soggetti: quello di rappresentante, di ausiliario tecnico e quello di difensore della parte<sup>82</sup>. Il primo ruolo (rappresentante della parte) presuppone la coincidenza degli interessi dell'avvocato e di quelli del cliente: il procuratore, al pari del mandatario, è latore degli interessi del rappresentato o del mandante<sup>83</sup>.

Il secondo ruolo (ausiliario tecnico della parte) porta con sé il rischio che la figura dell'avvocato non possa essere distinta da quella della parte: il consulente tecnico (giuridico) è portatore di una razionalità strumentale e strategica e tale circostanza fa perdere di legittimità al discorso dell'avvocato nel processo, in quanto viene meno la sua credibilità<sup>84</sup>. Questo accade sia nella sua versione fisiologica di ausiliario che fornisce alla parte gli strumenti per orientarsi proficuamente nelle pieghe del diritto sostanziale e processuale, sia in quella «degenerata» propria di chi ritiene che l'avvocato debba provvedere alla tutela non già dell'interesse soggettivo del cliente, ma del suo interesse oggettivo, come emergente dalla situazione che l'ordinamento qualifica in termini di diritto<sup>85</sup>.

---

<sup>79</sup> Così M. LA TORRE, *Avvocatura e retorica*, cit., 37 ss., spec. 45 ss. e 53 ss., che approfondisce gli aspetti filosofici della questione.

<sup>80</sup> Così P. CALAMANDREI, *L'avvocatura*, cit., 30 ss.; ID., *Troppi avvocati!* (1921), in *Opere giuridiche*, vol. II, Roma, 2019, 67 ss.

<sup>81</sup> H.L. FELDMAN, *Codes and Virtues: Can Good Lawyers be Good Ethical Deliberators?*, in 69 *S. Cal. L. Rev.*, 1996, 885-948, spec. 915.

<sup>82</sup> A Roma i giuristi erano persone esperte nel *respondere*, nell'*agere* e nel *cavere*, si occupavano, cioè, di elaborare pareri giuridici, di redigere schemi processuali e negoziali (M.T. CICERONE, *De Oratore*, 1.48.212). Mentre l'argomentazione veniva considerata estranea al giurista, come al filosofo, in quanto attività tipica dell'oratore (M.T. CICERONE, *Topica*, 51). Cfr. A. BELLODI ANSALONI, *Scienza giuridica e retorica forense*, Santarcangelo di Romagna, 2020, 162.

<sup>83</sup> H.L. FELDMAN, *op. cit.*, 914 ss., osserva che l'avvocato, agendo in qualità di rappresentante, permette la cooperazione e gestisce la competizione.

<sup>84</sup> M. LA TORRE, *L'imparziale parzialità*, cit., 143.

<sup>85</sup> In questi termini, G. TARELLO, *Due interventi in tema di deontologia*, in *Materiali per una*

Il terzo ruolo esclude che l'avvocato si possa identificare con la parte: il discorso del difensore, nel richiamarsi al diritto ed ai principi di giustizia riconosciuti dall'ordinamento, ha una pretesa di correttezza che presuppone la sua imparzialità e, quindi, una posizione diversa rispetto a quella della parte, tanto che l'argomentazione del difensore, utilizzata a sostegno delle ragioni del cliente, ben può essere recepita dal giudice e posta a fondamento della propria decisione<sup>86</sup>.

L'ambivalenza in questione trova ulteriore conferma nel fatto che l'avvocatura ben può essere ricompresa tra i poteri dello Stato estranei all'apparato istituzionale, in quanto titolare di una «funzione pubblica costituzionalmente rilevante e garantita»<sup>87</sup> perché essenziale all'effettività del diritto di difesa<sup>88</sup>, mentre «l'avvocato è un libero professionista che, in libertà, autonomia e indipendenza» svolge la propria attività di assistenza e rappresentanza in giudizio della parte, di consulenza legale ed assistenza legale stragiudiziale, come previsto dall'art. 2, comma 1, l. n. 247/2012. Nel linguaggio delle sentenze del CNF, questa ambiguità emerge quando affermano che «*l'avvocato, infatti, oggi, sempre più di ieri, è posto d'innanzi a continue scelte tra l'obbligo di rispetto delle leggi e dovere di verità, da un lato, e l'obbligo di rispetto del mandato fiduciario (che altro non è che un contratto di prestazione d'opera intellettuale) dall'altro*» e che «*l'essenza della dialettica processuale si traduce nella contemporanea esigenza per l'avvocato del rispetto delle leggi e dell'azione nell'interesse del clie[n]te, il primo sancito dal CDF, il secondo sussistente per effetto del mandato*» quando sono chiamate a stabilire se debba prevalere verità o mandato, leggi o interesse del cliente<sup>89</sup>.

Una situazione, infine, che nemmeno i recenti tentativi di ottenere un riconoscimento del ruolo dell'avvocato tra le disposizioni della Carta costituzionale<sup>90</sup>

---

*storia della cultura giuridica*, 1982, XII-1, 207-218, che, tuttavia, critica l'opinione di chi ritiene che l'avvocato debba svolgere un ruolo di ausiliario o collaboratore del giudice. In quest'ultimo senso, P. CALAMANDREI, *Troppi avvocati!*, cit., 68: «... l'esistenza dei professionisti legali non si giustifica più se non quando si veda in essi dei collaboratori, anziché dei mistificatori, del giudice, ufficio dei quali non tanto è quello di battersi per il cliente quanto quello di battersi per il diritto», e ID., *Istituzioni di diritto processuale civile* (1941-1944), in *Opere giuridiche*, vol. IV, Roma, 2019, 487; E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, 589-609.

<sup>86</sup> M. LA TORRE, *L'imparziale parzialità*, cit., 146; F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 1936, 468.

<sup>87</sup> Corte cost., 3 marzo 1978, n. 17.

<sup>88</sup> La Corte costituzionale sin dalle sue prime sentenze, ha affermato che «il diritto alla prestazione giurisdizionale ... è fondamentale in ogni ordinamento basato sulle esigenze indefettibili della giustizia e sui cardini dello Stato di diritto» (Corte cost., 18 marzo 1957, n. 46).

<sup>89</sup> CNF, 22 ottobre 2010, n. 103, 14 s.

<sup>90</sup> V., da ultimo, il d.d.l. cost. n. 1199/2019 che propone di introdurre, dopo il comma 2 del-



sono destinati a superare perché queste proposte di riforma non presentano un carattere innovativo rispetto alla Costituzione in senso sostanziale attualmente esistente. Queste iniziative, infatti, sono finalizzate a recepire un assetto istituzionale più che consolidato<sup>91</sup> e mai messo in discussione che vede nell'avvocatura un «contropotere» con una funzione di bilanciamento degli eventuali eccessi di altri poteri dello Stato<sup>92</sup>.

### 3. *L'ambiguità del difensore nel processo adversarial. La concezione standard di avvocato*

L'ambiguità della figura del difensore, come visto nel paragrafo precedente, affonda le proprie radici nella storia e nel ruolo dell'avvocatura ed è comune sia ai sistemi di *civil law* sia a quelli di *common law*. Nell'ordinamento statunitense, la questione emerge dalla tradizionale contrapposizione tra i due modelli attraverso i quali viene descritta la professione forense: alla concezione standard del-

---

l'art. 111 Cost. due nuovi commi, fissando due principi che già appartengono alla costituzione vivente. Con il primo, si accoglie il testo suggerito dal CNF (il testo è disponibile all'indirizzo [https://www.consiglionazionaleforense.it/web/cnf/avvocato-in-costituzione/-/asset\\_publisher/WqiqbZP3asoS/](https://www.consiglionazionaleforense.it/web/cnf/avvocato-in-costituzione/-/asset_publisher/WqiqbZP3asoS/)): «Nel processo le parti sono assistite da uno o più avvocati. L'avvocato ha la funzione di garantire l'effettività della tutela dei diritti e il diritto inviolabile alla difesa. In casi tassativamente previsti dalla legge è possibile prescindere dal patrocinio dell'avvocato, a condizione che non sia pregiudicata l'effettività della tutela giurisdizionale». Lo stesso per il secondo, «L'avvocato esercita la propria attività professionale in posizione di libertà, autonomia e indipendenza», ma il d.d.l. cost. non ha recepito il richiamo al rispetto delle norme di deontologia forense, come indicato dal CNF. Diversamente dai *desiderata* del CNF, invece, il d.d.l. cost., non ha ritenuto di proporre l'introduzione di un ulteriore comma, avente ad oggetto la giurisdizione sugli illeciti deontologici il cui testo avrebbe dovuto essere il seguente: «La funzione giurisdizionale sugli illeciti disciplinari dell'avvocato è esercitata da un organo esponenziale della categoria forense, eletto nelle forme e nei modi previsti dalla legge, che determina anche le sue altre attribuzioni. Contro le sue decisioni è ammesso il ricorso per cassazione». Nella stessa linea si pongono: la proposta di legge costituzionale d'iniziativa dell'On. Pecorella, presentata alla Camera dei deputati il 26 giugno 2009, con l'«Introduzione della sezione I-bis del titolo IV della parte seconda della Costituzione, concernente l'avvocatura» (AC 2556); e il disegno di legge costituzionale (AS 1935), d'iniziativa del senatore Pera, comunicato alla Presidenza del Senato in data 15 dicembre 2009 avente ad oggetto «Nuove norme costituzionali sulla magistratura» con un articolo che contemplava anche l'aggiunta di un comma all'art. 101 Cost. in cui volto a ribadire che «L'avvocatura è un'attività privata, libera ed indipendente e svolge una funzione essenziale in ogni procedimento giudiziario».

<sup>91</sup> G. COLAVITTI, *op. cit.*, 400, chiarisce che «la necessità dell'avvocato per la difesa in giudizio deve ritenersi non solo elemento indefettibile alla forma di Stato democratica ma anche – evidentemente – conquista irrinunciabile della civiltà giuridica perfino precedente all'instaurazione di regimi democratici».

<sup>92</sup> F. CARRARA, *Il passato, il presente e l'avvenire degli avvocati in Italia* (1874), rist., Milano, 1998, 30.

l'avvocato difensore come *hired gun*<sup>93</sup>, si affianca quella dell'avvocato quale *Officer of the Court*<sup>94</sup>.

La concezione standard dell'avvocato difensore<sup>95</sup>, come costruita nell'ambito del processo *adversarial*, si fonda sui principi di *Partisanship*, *Neutrality* e *Non-accountability*. A questi, si aggiunge il criterio di diligenza costituito dallo *zealousness*<sup>96</sup> che viene percepito dall'avvocato e dal cliente come il criterio di diligenza dovuto dal professionista<sup>97</sup>. Il «personaggio» che tradizionalmente incarna questo ruolo è Lord Brougham che ha meritato il ruolo archetipico grazie alle parole pronunciate nel processo promosso da re Giorgio IV innanzi alla House of Lords nel 1820 per ottenere il divorzio dalla regina Carolina di Brunswick: «[A]n advocate, in the discharge of his duty, knows but one person in all the world, and that person is his client. To save that client by all means and expedients, and at all hazards and costs to other persons, and, amongst them, to himself, is his first and only duty; and in performing this duty he must not regard the

<sup>93</sup> Così si esprimono: R.L. ABEL, *American lawyers*, New York, Oxford University Press, 1989, 247; M.I. KRAUSS, *The Lawyer as Limo: A Brief History of the Hired Gun*, in 8 *U. Chi. L. Sch. Round.*, 2001, 325 ss., che dà conto dell'evoluzione storica del modello.

<sup>94</sup> F.C. ZACHARIAS, B.A. GREEN, *Reconceptualizing Advocacy Ethics*, in 74 *Geo. Wash. L. Rev.*, 2005, 1-67, spec. 2 osservano che queste due visioni del ruolo dell'avvocato costituiscono i termini di un dibattito che continua nella letteratura professionale e accademica fino ad oggi.

<sup>95</sup> Per una descrizione del modello, elaborato soprattutto nell'ambito della filosofia morale, v. D. LUBAN, *The adversary system excuse*, in *Legal ethics and human dignity*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, 9, 20 ss., che lo chiama «*neutral partisanship*»; W.B. WENDEL, *Lawyers and Fidelity to Law*, Princeton NJ, Princeton University Press, 2010, 29 ss.; T. DARE, *The Counsel of Rogues?: A Defense of the Standard Conception of the Lawyer's Role*, New York, Routledge, 2016, 5 ss.; G.J. POSTEMA, *Moral Responsibility in Professional Ethics*, in 55 *N.Y.U. Law Rev.*, 1980, 63-89, spec. 73 ss.

Questo modello costituisce la concezione standard dell'avvocato anche in Canada, come riferiscono T.C.W. FARROW, *Sustainable Professionalism*, in 46 *Osgoode Hall L. J.*, 2008, 51-103, spec. 63; A.C. HUTCHINSON, *Calgary and Everything After: A Postmodern Re-Vision of Lawyering*, in 33 *Alberta L. Rev.*, 1995, 768-786, spec. 770; D.M. TANOVICH, *Law's Ambition and the Reconstruction of Role Morality in Canada*, in 28 *Dalhousie L. J.*, 2005, 267-310, spec. 271.

<sup>96</sup> Per una ricostruzione storica del concetto e di come sia stato acquisito dai codici deontologici statunitensi via via susseguiti nel tempo, sino alle MRPC ove *zeal*, *zealous*, e *zealously* sono usati solo nel preambolo e nei commenti per descrivere la condotta dovuta dall'avvocato difensore, v. A. BERNSTEIN, *The Zeal Shortage*, in 34 *Hofstra L. Rev.*, 2006, 1165 ss.

<sup>97</sup> Vengono considerate un'espressione della concezione standard dell'avvocato le tesi di M.H. FREEDMAN, A.S. SMITH, *Understanding lawyers' ethics*, 5ª ed., Durham NC, Carolina, 2016; M.H. FREEDMAN, *Lawyers' Ethics in an Adversary System*, New York, The Bobbs-Merrill Company, Inc., 1975; M.L. SCHWARTZ, *The Professionalism and Accountability of Lawyers*, in 66 *Cal. Law Rev.*, 1978, 669 ss.; T. DARE, *The Counsel of Rogues?*, cit.; C. FRIED, *The Lawyer as Friend: The Moral Foundations of the Lawyer-Client Relation*, in 85 *Yale L. J.*, 1976, 1060 ss.; S.L. PEPPER, *The Lawyer's Amoral Ethical Role: A Defense, A Problem, and Some Possibilities*, in 11 *Am. B. Found. Res. J.*, 1986, 613-635; N.W. SPAULDING, *Reinterpreting Professional Identity*, in 74 *U. Colo. L. Rev.*, 2003, 1-104, spec. 19.

*alarm, the torments, the destruction which he may bring upon others. Separating the duty of a patriot from that of an advocate, he must go on reckless of the consequences, though it should be his unhappy fate to involve his country in confusion»<sup>98</sup>.*

Il *Principle of Partisanship* impone all'avvocato difensore di agire nel processo<sup>99</sup> per esclusivo interesse del proprio assistito e, se in contrasto, di trascurare gli interessi della controparte, dei terzi e dell'ordinamento in generale. A questo principio consegue il c.d. *duty of zeal*, inteso come una devozione assoluta agli interessi del proprio rappresentato, che impone all'avvocato di comportarsi come se fosse il paladino del proprio cliente e di fare tutto il possibile affinché l'interesse di quest'ultimo possa prevalere su quello degli altri<sup>100</sup>. Una concezione siffatta della figura del difensore si giustifica nel contesto di un processo che assegna alle parti l'onere di presentare prove ed argomenti a sostegno delle proprie ragioni e prevede un giudice imparziale a garanzia della corretta decisione secondo diritto e del rispetto delle regole procedurali imposte dalla legge alle parti<sup>101</sup>.

Recentemente, al fine di superare alcune critiche mosse alla concezione standard<sup>102</sup>, si è distinto tra due diverse forme di *zealousness*, in base ai fini al quale è diretta. Secondo un criterio di diligenza c.d. *mere-zeal*, l'avvocato si deve preoccupare solo dell'attuazione dei diritti del proprio assistito come garantiti dalla legge; seguendo un criterio di diligenza c.d. *hyper-zeal*, l'avvocato deve cercare di ottenere per il proprio cliente ogni vantaggio che la legge gli consente. Il suo scopo, in quest'ultimo caso, non è tanto la tutela dei diritti del proprio assistito, quanto piuttosto il solo raggiungimento della vittoria. La concezione standard dell'avvocatura, in questa prospettiva, presupporrebbe solo la prima forma di

---

<sup>98</sup> 2 *The Trial of Queen Caroline* 3 (1821). Cfr., altresì, M.H. FREEDMAN, *Henry Lord Brougham and Resolute Lawyering*, in *Advoc. Q.*, 2011, 403 ss.

<sup>99</sup> M.L. SCHWARTZ, *The Professionalism*, cit., 671 ss., ritiene che quello che chiama *Principle of Professionalism* (riconducibile alla *Partisanship*) sia tipico dell'avvocato difensore e non estensibile all'avvocato nella sua attività di consulenza stragiudiziale o quale negoziatore.

<sup>100</sup> Cfr. A. BERNSTEIN, *The Zeal Shortage*, cit., 1169 ss., la quale osserva che una condotta sbagliata è sbagliata di per sé, e non ha alcun nesso necessario con lo *zeal*; è, piuttosto, l'assenza di *zeal* che può causare un comportamento scorretto.

<sup>101</sup> Così M.L. SCHWARTZ, *The Professionalism*, cit., 677 e, per il processo penale, M.H. FREEDMAN, *Lawyers' Ethics in an Adversary System*, cit., 3-6.

<sup>102</sup> V. l'argomentazione critica alla concezione standard svolta da D. LUBAN, *The adversary system excuse*, cit., 19 ss., spec. 42 ss. Al riguardo, l'a. ritiene che il *principle of partisanship* consegue all'*adversary system* e ciò implica che il principio può essere giustificato nella misura in cui si ritenga che quel tipo di processo funzioni correttamente e riesca ad accertare la verità dei fatti e ad applicare il diritto. Ma – in ciò consiste l'argomento di Luban – la tesi si fonda su una visione idealizzata dell'*adversary system*, mentre, nella realtà, l'avvocato si comporta con un *hyper-zeal* che non consente né l'accertamento della verità, né la protezione dei diritti soggettivi.

*zeal*, perché il ruolo dell'avvocato è conseguenza della funzione dell'istituzione cui appartiene e questa funzione, in un ordinamento pluralistico, è quella di consentire la tutela dei diritti, non di assicurare qualunque possibile vantaggio derivante dalle norme di legge<sup>103</sup>.

Per il *Principle of Neutrality* l'avvocato deve rimanere indifferente rispetto ai principi morali o agli obiettivi del cliente e non deve permettere che le proprie convinzioni morali influiscano sul grado di diligenza con cui rende la prestazione professionale in favore del proprio assistito. La *ratio* è quella di evitare che ad un soggetto possano essere negati dei diritti perché ritenuti moralmente discutibili dal suo difensore<sup>104</sup>. In altre parole, l'avvocato può – anzi, in molti casi deve – rifiutarsi di perseguire uno scopo illegale, ma tale valutazione deve essere svolta sulla base di considerazioni interne alla legge, non può fondarsi su ragioni morali extra-giuridiche. L'ambito di applicazione del principio riguarda i rapporti avvocato-cliente, ma è stato esteso, nel diritto inglese (che prevede la c.d. «*cab-rank*» rule)<sup>105</sup>, anche a quelli tra avvocato e potenziale cliente, nel senso che l'avvocato non può rifiutare di prestare la propria opera intellettuale per ragioni meramente morali: quando il cittadino richiede all'avvocato una prestazione professionale che rientri nel suo ambito usuale di competenza, quest'ultimo deve prestare la propria attività se ha tempo per seguire la causa, ha sufficiente esperienza, non sussiste conflitto di interesse e c'è accordo per un onorario adeguato<sup>106</sup>.

<sup>103</sup> T. DARE, *Mere-Zeal, Hyper-Zeal and the Ethical Obligations of Lawyers*, in 7 *Legal Ethics*, 2004, 24-38, spec. 32 e 34 ss., ove sottolinea che l'argomento funzionale è il medesimo utilizzato dalla dottrina sull'abuso del processo. Nella stessa linea, W.B. WENDEL, *Lawyers and Fidelity to Law*, cit., 31, sulla base della lettera del *Restatement 3<sup>rd</sup> of the Law Governing Lawyers*, § 16(1) a norma del quale l'avvocato deve procedere «*in a manner reasonably calculated to advance a client's lawful objectives, as defined by the client after consultation*» e, ritengo, T. SCHNEYER, *Moral Philosophy's Standard Misconception of Legal Ethics*, in *Wis. L. Rev.*, 1984, 1529-1572, spec. 1539 perché, nel confutare gli argomenti dei filosofi morali indirizzati nei confronti della *neutral partisanship*, afferma, comunque, che è inappropriata un'etica professionale che consideri il *Principle of Partisanship* come assoluto.

<sup>104</sup> T. DARE, *The Counsel of Rogues?*, cit., 8 ss.; R. WASSERSTROM, *Lawyers as Professionals: Some Moral Issues*, in 5 *Human Rights*, 1975, 1-24, spec. 6.

<sup>105</sup> La regola è efficacemente illustrata in *R v Paine* (1792) 22 *State Trials*, 357, 412 ed oggi è contenuta nelle Rules C29 e C30 del *Bar Standards Board Handbook* (già § 601 del *Code of Conduct For the Bar of England and Wales* del 2000).

<sup>106</sup> Nel diritto statunitense la questione è discussa, ma si ritiene, per lo più, che una tale regola non esista. Cfr. G.C. HAZARD, S.P. KONIAK, R.C. CRAMTON, G.M. COHEN, W.B. WENDEL, *The law and ethics of lawyering*, 6<sup>a</sup> ed., St. Paul MN, Foundation Press, 2017, 899 ss.; C.W. WOLFRAM, *Modern legal ethics*, St. Paul MN, West Publishing Company, 1986, § 10.2.2, 571 ss. In Italia, l'art. 14 l. n. 247/2012. prevede espressamente che «salvo quanto stabilito per le difese d'ufficio ed il patrocinio dei meno abbienti, l'avvocato ha piena libertà di accettare o meno ogni incarico ... L'avvocato ha inoltre sempre la facoltà di recedere dal mandato, con le cautele necessarie per evitare pregiudizi al cliente». Diversamente prevedeva l'art. 11 dell'abrogata legge professionale (r.d.l. n. 1578/1933) «Il procuratore non può, senza giusto motivo, rifiutare il suo ufficio».