



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2016

ANDREA ROMEO

The adversary system excuse: il problema della giustificazione della morale di ruolo

ABSTRACT - According to the standard view in legal ethics, hyper-zealous advocacy and the principle of non-accountability could be justified by relating to the adversary system argument. Lawyers play a special role in a system that serves social goals, for the universal acceptance among practitioners. Nevertheless, could adversary system argument justify the special amoral role? The article focus on the institutional excuse end special role obligations on those who inhabit the robe, especially from Luban's critical perspective, who claims the adversarial system could receive only a pragmatic justification and can only offer weak and slight *prima facie* justifications.

KEYWORDS - legal ethics, Luban, adversary system, standard view

The adversary system excuse: il problema della giustificazione morale di ruolo

SOMMARIO: 1. *Il principio di professionalità e di immunità morale nella visione dominante*; 2. *L'argomento del sistema accusatorio*; 3. *Critica dell'argomento consequenzialista*; 4. *Critica dell'argomento non-consequenzialista*; 5. *La tesi della giustificazione (solo) pragmatica del sistema accusatorio*.

1. *Il principio di professionalità e di immunità morale nella visione dominante*

«*Lawyer acts as their client's champion*»¹. È questo, in estrema sintesi, il manifesto ideologico della *standard view*, forgiata nelle fucine del realismo giuridico americano, che prospetta l'immagine di un professionista che agisce come un freddo e distaccato “*hired gun*”², e sul

¹ Cfr. T. DARE, *The Counsel of Rogues?: A Defence of the Standard Conception of the Lawyer's Role*, Ashgate, Farnham, Surrey, 2009, 5.

² Cfr. T. SCHNEYER, *Some Sympathy for the Hired Gun*, in *J. Leg. Edu.*, 41/1991, 11. L'espressione si legge per la prima volta in M.H. FREEDMAN, *Personal Responsibility in a Professional System*, in *Cath. U. L. Rev.*, 27/1978, 191-205, il quale si domanda «[i]s the lawyer just a “hired gun” or must the lawyer “obey his own conscience, not that of his client?”». *Ivi*, 192. Sull'analisi della posizione standard si vedano, tra gli altri e senza alcuna pretesa di esaustività, J. ANDRE, *Role Morality as a Complex Instance of Ordinary Morality*, in *American Philosophical Quarterly*, 28/1991, 73-79, spec. 78; A. APPLBAUM, *Ethics for Adversaries: The Morality of Roles in Public and Professional Life*, Princeton University Press, Princeton, (NJ), 1999; J. BASTEN, *Control and the Lawyer-Client Relationship*, in *J. Leg. Prof.*, 6/1981, 7-38; N.M. CRYSTAL, *Developing a Philosophy of Lawyering*, in *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y*, 14/2012, 75-101; S.L. CUMMINGS (a cura di), *The Paradox of Professionalism: Lawyers and the Possibility of Justice*, Cambridge University Press, New York, 2011; C.P. CURTIS, *The Ethics of Advocacy*, in

Stan. L. Rev., 4/1951, 3-23; T. DARE, *Mere-Zeal, Hyper-Zeal, and the Ethical obligation of lawyers*, in *Legal Ethics*, 7/2004, 24-28; T. DARE, W.B. WENDEL (a cura di), *Professional Ethics and Personal Integrity*, Cambridge University Press, Newcastle, 2010; H.T. EDWARDS, *A Lawyer's Duty to Serve the Public Good*, in *N.Y.U. L. Rev.*, 65/1990, 1148 ss; S. ELLMANN, K.R. KRUSE, R.D. DINERSTEIN, I.R. GUNNING, A.C. SHALLECK, *Lawyers and Clients: Critical Issues in Interviewing and Counseling*, St. Paul, Minnesota, Thomson-West, 2010; R. EWIN, *Personal Morality and professional Ethics: The Lawyers duty of Zeal*, in *International Journal of Applied Philosophy*, 6/1991, 35-45; M.H. FREEDMAN, *Lawyers Ethic in Adversarial System*, Bobbs-Merrill, New York-Indianapolis, 1975; C. FRIED, *The Lawyer as Friend: The Moral Foundations of the Lawyer-Client Relation*, in *Yale L. J.*, 85/1976, 1060-1089; S. GILLERS, *The Moral Foundation of Professional Ethics*, Rowman and Littlefield, Totowa (N.J), 1980; A.A. GUERRERO, *Lawyers, Context, and Legitimacy: A New Theory of Legal Ethics*, in *Geo. J. Legal Ethics*, 25/2012, 107-164; H.W. JONES, *Lawyers and Justice: The Uneasy Ethics of Partisanship*, in *Vill. L. Rev.*, 23/1978, 957-976; K.R. KRUSE, *The Jurisprudential Turn in Legal Ethics*, in *Ariz. L. Rev.*, 53/2011, 493-531, ora anche in K.R. KRUSE, *La svolta giusfilosofica nella deontologia dell'avvocato*, trad.it. a cura di A. Romeo, in K.R. KRUSE, *Avvocatura e teoria del diritto. Per una deontologia forense filosoficamente consapevole*, a cura di M. La Torre, Esi, Napoli, 2015; ID., *Lawyers, Justice, and the Challenge of Moral Pluralism*, in *Minnesota Law Review*, 90/2005, 389-358; M. LA TORRE, *Avvocatura e retorica. Tra teoria del diritto e deontologia forense*, in *Retorica e Deontologia Forense*, a cura di P. Manzin, P. Moro, Giuffrè, Milano, 2010, 37 ss.; ID., *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2002; W. LEHMAN, *The Pursuit of a Client's Interests*, in *Mich. L. Rev.*, 77/1979, 1078; S.J. LEVINE, *Taking Ethical Discretion Seriously: Ethical Deliberation as Ethical Obligation*, in *Indiana L. Rev.*, 37/2003, 22-63; D. LUBAN, *Calming the Hearse Horse: A Philosophical Research Program for Legal Ethics*, in *Maryland L. Rev.*, 40/1981, 451-476; ID., *Legal Ethics and Human Dignity*, Cambridge University Press, New York, 2007; D. MARKOVITS, *Adversary Advocacy and the Authority of Adjudication*, in *Fordham L. Rev.*, 75/2006, 1367 ss; ID., *A Modern Legal Ethics: Adversary Advocacy in a Democratic Age*, Princeton University Press, Princeton (NJ) 2008; ID., *Legal Ethics from the Lawyer Point of View*, in *Yale J.L. & Human.*, 15/2003, 209 ss.; G. MACKENZIE, *Lawyers and Ethics*, Carswell, Toronto, 1998; R.D. MOSS, *Executive Branch Legal Interpretation: A Perspective from the Office of Legal Counsel*, in *Admin. L. Rev.*, 52/2000, 1303 ss.; R.L. NELSON, D.M. TRUBEK, *Arenas of Professionalism: The Professional ideologies of lawyers in Context*, in R.L. NELSON (a cura di), *Lawyers' Ideals/Lawyers' Practice: Transformation in the American Legal Profession*, Cornell University Press, Ithaca (NY),

1992; C. PARKER, A. EVANS, *Inside Lawyers' Ethics*, 2^a ed., Cambridge University Press, New York, 2014; S.L. PEPPER, *Counseling at the Limits of the Law: An Exercise in the Jurisprudence and Ethics of Lawyering*, in *Yale L. J.*, 104/1995, 1550-52; ID., *The Lawyer's Amoral Ethical Role: A Defense, A Problem and Some Possibilities*, in *A. B. Found. Res. J.*, 4/1986, 627-628; G.J. POSTEMA, *Moral Responsibility in Legal Ethics*, in *N.Y.U. L. Rev.*, 55/1980; ID., *Self-Image, Integrity, and Professional Responsibility*, in D. LUBAN (a cura di), *The Good Lawyer: Lawyers' Roles And Lawyers' Ethics*, Rowman & Allenh, Totowa, New Jersey, 1978, 287 ss.; D.L. RHODE, *Legal Ethics in an Adversary System: The Persistent Questions*, in *Hofstra L. Rev.*, 34/2006, 641 e ss.; D.A. ROBINSON, *Redefining The Advocate's Role: A Contract Theory of Legal Ethics*, in *W. N. E. L. Rev.*, 3/1981, 409 ss.; A. ROMEO, *L'insostenibile pesantezza della confidenzialità. Le ragioni del segreto professionale*, in *Rivista giuridica ORDINES, per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee*, 1/2015, 198-233; E.L. RUBIN, *The Nonjudicial Life of Contract: Beyond the Shadow of the Law*, in *North-Western University Law Review*, 90/1995, 107-131; T. SCHNEYER, *Moral Philosophy's Standard Misconception of Legal Ethics*, in *Wisconsin L. Rev.*, 1984, 1529-1572; ID., *Some Sympathy for the Hired Gun*, in *Journal of Legal Education*, 41/1991; T.L. SHAFFER, R.F.JR. COCHRAN, *Law, Clients, and Moral Responsibility*, St. Paul, Minn., 1994; W.H. SIMON, *Authoritarian Legal Ethics: Bradley Wendel and the Positivist Turn*, in *Tex. L. Rev.*, 90/2012, 714; ID., *The Ideology of Advocacy, Procedural Justice and professional Ethics*, in *Wisconsin L. Rev.*, 29/1978; ID., *The Practice of Justice: A Theory of Lawyers' Ethics*, Cambridge University Press, Cambridge (Mass) 1998; M. STRASSBERG, *Taking Ethics Seriously, Beyond Positivist Jurisprudence in Legal Ethics*, in *Iowa L. Rev.*, 80/1995, 901 ss.; K.W. TATE, *The Hypothetical as a Tool for Teaching the Lawyer's Duty of Confidentiality*, in *Loy. L. A. L. Rev.*, 29/1996, 1659-1683; M.W. TANKERSLEY, *The Corporate Attorney-Client Privilege Culpable Employees, Attorney Ethics, and the Joint Defense Doctrine*, in *Tex. L. Rev.*, 58/1980, 809 e ss.; G. TARELLO, *Due interventi in tema di deontologia*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 12/1982, 209 ss.; R. WASSERSTROM, *Lawyers as Professionals: Some Moral Issues*, in *Hum. Rts.*, 5/1975, 1-24; W.B. WENDEL, *Lawyers and Fidelity to Law*, Princeton University Press, Princeton (N.J.), 2010; ID., *Legal Ethics and the Separation of Law and Morals*, in *Cornell L. Rev.*, 91/2005, 67-128; ID., *Legal Ethics Is About the Law, Not Morality or Justice*, in *Texas Law Review*, 90/2012, 727-741; ID., *Legal Ethics and the Separation of Law and Morals*, in *Cornell Law Review*, 91/2005, 126. ID., *The Lawyer's Role in a Contemporary Democracy, Promoting the Rule of Law, Government Lawyers, Democracy, and The Rule of Law*, in *Fordham Law Review*, 77/2009, 1333-1362; ID., *Value Pluralism in Legal Ethics*, in *Washington University Law Quarterly*, 78/2000, 113-213; A. WOOLLEY, W.B. WENDEL, *Legal Ethics*

quale grava il compito di spiegare le azioni giuridiche più efficaci per concretizzare l'interesse del cliente, anche al costo di forzare fino al limite l'indeterminatezza semantica delle disposizioni attraverso interpretazioni creative o manipolative. Ogni plausibile lacuna, cavillo o scappatoia presente nel sistema deve essere sfruttata senza alcuna cura, o rimorso, per il pregiudizio che potrebbe comportare ad altri. Il principio di professionalità è una declinazione del fondamentale dovere di «*partisanship*», in base al quale, com'è noto, gli avvocati sono deontologicamente tenuti a perseguire ciò che il cliente chiede loro, utilizzando tecniche ed azioni che si collocano finanche «ai limiti del diritto»³, e ciò a prescindere «dalla moralità dei fini o del danno che l'uso di determinati mezzi potrebbe infliggere a un terzo innocente»⁴. In conformità a questo principio archimedeo, la fedeltà dell'avvocato dovrebbe essere accordata principalmente, se non esclusivamente, al cliente e ai suoi interessi⁵. In definitiva, con le parole di Tim Dare, «they

and Moral Character, in *Geo. J. Legal Ethics*, 23/2010, 1065-1100; R. WEST, *The Zealous Advocacy of Justice in a Less than Ideal Legal World*, in *Stan. L. Rev.*, 51/1999, 977-78; D.B. WILKINS, *Legal Realism for Lawyers*, in *Harv. L. Rev.*, 104/1990, 468 ss.; F.C. ZACHARIAS, *Five Lessons for Practicing Law in the Interest of Justice*, in *Fordham L. Rev.*, 70/2002, 1939 s; ID., *Privilege and Confidentiality in California*, in *U. C. Davis L. Rev.*, 28/1995, 365 ss.; B.C. ZIPURSKY, *Legal Obligation and the Internal Aspect of Rules*, in *Ford. L. Rev.*, 7/2006, 1229-1253.

³ Nella concezione standard l'idealtipo di buon avvocato è sempre tenuto «al perseguimento degli obiettivi del cliente con una mentalità aggressiva e ispirata da un unico scopo [...] giungendo nondimeno sino ai [...] limiti del diritto». G.J. POSTEMA, *Moral Responsibility in Legal Ethics*, in *N.Y.U. L. Rev.*, 55/1980, 73, trad. mia.

⁴ Cfr. T. DARE, *The Counsel of Rogues?*, cit., 7. Si veda pure, sul punto, M.H. FREEDMAN, *Professionalism in the American Adversary System*, in *Emory L. J.*, 41/1992, 470 ss.

⁵ *Ibidem*. Per tale motivo, aggiunge Dare, «*the principle of partisanship specifies that the lawyer's sole allegiance is to the client*».

are to do all they possibly can, within the rules of the game, to see that their client's interests prevail»⁶.

Ne deriva, giocoforza, la necessità di garantire un elevato livello di zelo nel perseguimento di tali interessi⁷ – o meglio di «hyper-zeal» –, per far sì che il mandato sia espletato nel modo corretto e in aderenza alla volontà dell'assistito⁸. Nella riflessione proposta da Luban – da una prospettiva affatto critica della concezione dominante – la posizione dominante invoca un atteggiamento zelante che si pone ai margini del confine posto tra ciò che è legale e ciò che non lo è, tanto che spesso, pur restando all'interno dei confini formali segnati dal diritto, è nondimeno possibile che si oltrepassi il confine di ciò che rappresenta lo spirito morale, o la razionalità politica, che forma «lo spirito» di una norma giuridica⁹.

Il dovere di professionalità, sul piano operativo, chiama in causa altri due principi fondamentali: (i) il principio di neutralità – in base al quale è preclusa la possibilità di esercitare un giudizio morale sulle cause dei clienti allorché queste si pongano all'interno dei confini formali segnati dal diritto, né tantomeno, sui mezzi formalmente leciti utilizzabili per

⁶ *Ibidem*. Cfr., tra gli altri, M.H. FREEDMAN, *A Critique of Philosophizing About Lawyers' Ethics*, in *Geo. J. Legal Ethics*, 21/2012, 91 ss. “[M]y own view» - chiarisce, in merito, Freedman – «is that lawyers should exercise moral discretion in deciding whether to represent a client or cause. After having made the choice to serve as the client's fiduciary, however, the lawyer is bound to zealously represent the client's interests as determined by the client after appropriate counseling by the lawyer». Ivi, 91.

⁷ Cfr. A.B. AYERS, *What if Legal Ethics Can't be Reduced to a Maxim?*, in *Geo. J. Legal Ethics*, 26/2013, 1-48, spec. 6. Cfr., pure, W.W. HODES, *The Professional Duty to Horseshed Witnesses-Zealously, Within the Bounds of the Law*, in *Tex. Tech. L. Rev.*, 30/1999, 1343 ss., spec. 1365.

⁸ Cfr. T. DARE, *The Counsel of Rogues?*, cit., 5. «Hyperzealous lawyers» – secondo la prospettiva di Dare – «are concerned not merely to secure their clients' legal rights, but instead to pursue any advantage obtainable for the clients through the law. Indeed, they are not really attempting to defend legal rights at all: they are attempting to win».

⁹ Cfr. D. LUBAN, *The adversary system excuse*, in ID., *Legal Ethics and Human Dignity*, cit., 26.

conseguire i risultati voluti ¹⁰ –; (ii) il principio di irresponsabilità morale dell'avvocato, che rappresenta una conseguenza deontologica del primo, per cui il professionista non è suscettibile di biasimo morale per le azioni volute dai clienti¹¹. Detto in altri termini, l'avvocato, nell'esecuzione della sua professione, deve obbedienza a criteri morali affatto diversi da quelli che possono orientare la condotta dell'uomo comune; pertanto sarebbe tenuto al rispetto di una "morale del ruolo", ossia obblighi morali diversi e connessi all'attività di difesa ¹². Si può dare un esempio molto semplice: ordinariamente, in termini kantiani, la menzogna è censurata sul piano morale, o comunque solleva problematiche etiche (sebbene in un discorso pratico generale l'affermazione andrebbe certamente giustificata); nondimeno, se a mentire fosse un avvocato, allorché dichiarasse alla corte l'innocenza del proprio assistito pur sapendolo colpevole, il giudizio normalmente dovrebbe mutare di contenuto. Nella sua analisi sulla posizione standard e la possibile rilettura in chiave positivista, Dare sposa a pieno la concezione della morale di ruolo, osservando come il termine "ruolo" potrebbe designare al contempo: (i) «la posizione peculiare all'interno di una rete sociale» dei cui occupanti ci si aspetta che «agiscano e addirittura pensino in un determinato modo»; ovvero, anche, (ii) «il complesso di determinati doveri e specifici diritti istituzionalizzati intorno ad una specifica funzione sociale»¹³. In ognuna delle diverse accezioni individuate, il sintagma "morale di ruolo" alluderebbe a quel compendio di doveri e situazioni deontologiche che ineriscono e definiscono, appunto, un ruolo istituzionale, gravando su chi occupa

¹⁰ Cfr. R. WASSERSTROM, *Lawyers as Professionals: Some Moral Issues*, in *Hum. Rts.*, 5/1975, 1-24, spec. 6.

¹¹ Cfr. T. DARE, *The Counsel of Rogues?*, cit., 10. Con termini sostanzialmente identici vedi, pure, W.B. WENDEL, *Lawyers and Fidelity to Law*, cit., 6.

¹² Si veda, tra gli altri, J. ANDRE, *Role Morality as a Complex Instance of Ordinary Morality*, cit., 73 ss.

¹³ Cfr. T. DARE, *The Counsel of Rogues*, cit., 30.

quell'ufficio o posizione nella rete sociale¹⁴. Ciò che accomuna le due diverse declinazioni del concetto è il fatto che, per entrambe, il ruolo implica necessariamente «un complesso di diritti e doveri la cui elusione non potrebbe non generare biasimo»¹⁵; detto è il «*role-package*» a costituire il ruolo¹⁶.

Il problema si complica allorché si inserisce un altro valore incognita: gli individui, nella stessa rete sociale, potrebbero occupare più ruoli diversi; un avvocato, difatti, può essere anche un cittadino, e un genitore, ovvero anche un rappresentante politico e così via. I sostenitori della morale di ruolo, prendendo sul serio la questione della simultaneità, affermano che ogni ruolo implica necessariamente l'assunzione di un «pacchetto di doveri morali», che spesso può avere uno deontologico afferente a un altro ruolo, che chiama l'individuo ad un bilanciamento pratico delle situazioni¹⁷; «in qualità di genitore» – scrive, sul punto, Dare, – «io ho il dovere di considerare gli interessi dei miei figli sopra quelli degli altri bambini»; nondimeno, nel momento in cui uno di questi bambini, ormai cresciuto, s'iscrive all'università, «ho il dovere di trattarlo alla stregua degli altri suoi colleghi se occupo il ruolo di ricercatore universitario»¹⁸. In sostanza, si invoca una specie di principio di specialità ome criterio normativo per la soluzione dei conflitti normativi di ruolo.

Calando il discorso nell'ambito proprio della riflessione di *legal ethics*, il problema rimane rovesciato sul tappeto, e rappresenta, probabilmente, la questione chiave attorno alla quale ruota il dibattito contemporaneo. La possibilità di distinguere, *sic et simpliciter*, tra statuti etici differenziati in base al ruolo non giustifica come sia possibile il fatto che, semplicemente

¹⁴ Cfr. M. HARDIMON, *Role Obligations*, in *Journal of Philosophy*, 91/1994, 333-363, spec. 334-335.

¹⁵ Cfr. J. ANDRE, *Role Morality as a Complex Instance of Ordinary Morality*, in *American Philosophical Quarterly*, 28/1991, 73-79, spec. 78.

¹⁶ Cfr. T. DARE, *The Counsel of Rogues*, cit., 31.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

occupando un ruolo diverso, ciò che è ingiusto diventi improvvisamente giusto; perlomeno richiede una più articolata spiegazione della traslitterazione di valore. Su tale questione, in effetti, si sviluppano i contributi teorici più interessanti, nel tentativo di dimostrare tale congettura – da parte dei sostenitori del *role package* – ovvero per provarne la fallacia. Nelle pagine che seguono si cercherà di porre sotto vaglio critico alcune tra le principali argomentazioni articolate dagli studiosi in difesa della posizione dominante, valutandole alla luce delle osservazioni di uno degli alfiери indiscussi della deontologia filosofica contemporanea: David Luban

2. *L'argomento del sistema accusatorio*

Nella prospettiva della *standard view* la risposta all'interrogativo sopra accennato risiederebbe, senza grossi affanni, nell'argomento della «*institutional excuse*», in base al quale il fatto di occupare una determinata posizione sociale può rendere il suo occupante moralmente irreprensibile in quei casi in cui un non-occupante non lo sarebbe affatto, o potrebbe verosimilmente non esserlo¹⁹. L'argomento, però, non persuade del tutto molti critici. Luban, per esempio, ritiene tale tesi fin troppo semplicistica e muove la sua analisi nell'ottica di mostrare i nervi scoperti di questa possibile *fallacia istituzionale*.

In primo luogo – rimanendo, per così dire, “all'interno” della concezione –, può anche essere vera l'affermazione che vi sono alcuni casi in cui occupare un ruolo rende il soggetto immune dal biasimo comune; si pensi – come suggerisce Luban – all'ipotesi di un soldato che uccide un nemico addormentato (sebbene l'A. faccia intendere come dal suo orizzonte etico tale azione non sia affatto scevra da critiche morali). Altri ruoli, però, non sembrano affatto in grado di fornire alcuna giustificazione istituzionale; è il caso, per esempio, del comandante di un campo di concentramento

¹⁹ Cfr. M. HARDIMON, *Role Obligations*, cit., 335.

oppure, ancora, del crumiro prezzolato²⁰. In tali ipotesi, “l’estrema ingiustizia” del ruolo stesso, come dell’istituzione da cui dipende, non consente di giustificare le azioni commesse nell’adempimento del dovere; argomento che conduce diritto verso il nodo gordiano della questione: la *institutional excuse* può valere come argomento morale, e giustificare i diversi statuti metaetici degli occupanti di un ruolo, solo a condizione che sia essa stessa giustificata. Giocoforza, il tipo di giustificazione data all’istituzione dovrebbe costituire la stessa ragione per l’accettabilità pratica della condotta del *role-holder*²¹.

La cifra della complessità dell’analisi diviene esponenzialmente più alta allorché sia necessario trovare una qualche forma discorsiva di giustificazione pratica del ruolo dell’avvocato. Se, in effetti, si ritiene che a quest’ultimo sia concesso, per esempio, l’azione del *graymailing* – ossia la minaccia di rivelare importanti segreti di Stato attraverso l’attività di difesa al fine di indurre l’inquirente a non procedere –, mentre l’uomo comune, in una situazione analoga, incorrerebbe probabilmente in un biasimo generale, assume notevole importanza giustificare il ruolo (difensore) per mezzo della stessa ragione con cui si argomenta la sostanziale giustizia dell’istituzione di cui fa parte. Si tratta, infatti, del noto “argomento transitivo”, in base al quale la giustizia dell’istituzione rende moralmente dovuto attenersi al sistema normativo che definisce il *role package*.

Nella tradizione anglosassone della *standard view*, invero, il nodo gordiano viene reciso rapidamente invocando il contesto istituzionale in cui gli avvocati indossano le toghe, ovvero il sistema accusatorio. Nell’*adversary system*, in effetti, l’avvocato «per salvare il proprio cliente [...] non deve prestare orecchio all’allarme, ai tormenti, alla distruzione

²⁰ Cfr. D. LUBAN, *The adversary system excuse*, cit., 23.

²¹ *Ibidem*.

che la sua azione può provocare sugli altri»²². Il principio di *non-accountability* nella ricerca zelante (o iperzelante) della massimizzazione degli obiettivi del cliente sarebbe giustificabile, secondo Schwartz, richiamando la struttura tipica del sistema accusatorio e le stesse norme processuali, che sarebbero notoriamente «*double-edge*», per cui ogni limitazione allo zelo di una parte finirebbe per fungere da ausilio per l'altra, in grado di sfruttarla come contro-mossa nei confronti del proprio avversario²³. Garantendo, invece, il massimo livello di zelo, senza altri limiti se non quelli posti dal diritto, si avrebbe l'effetto di un sostanziale gioco a somma zero. In realtà, secondo la rilettura critica di Luban, ogni restrizione alla condotta umana imposta in nome di una giustizia sociale sostanziale viene meno allorché determinate circostanze rendano il risultato sostanzialmente ingiusto, come nel caso in cui il processo giungesse alla condanna di un innocente in luogo del colpevole. Del resto, «*[e]vil remains evil, and loyalty to evil remain just that: loyalty to evil*»²⁴.

In effetti, la questione più importante rimane ancora rovesciata sul tappeto, ossia la giustificazione morale della prassi generale del sistema accusatorio.

Nella sua attenta analisi critica, Luban fa osservare come l'argomento istituzionale (da cui poi trarre la giustificazione consequenziale del ruolo speciale) sia utilizzato, in realtà, come una specie di presupposto discorsivo, che tutti i partecipanti al dibattito normalmente accettano come intuizione auto-evidente, che non richiede alcuna dimostrazione preventiva. Il paradosso è che spesso gli stessi avvocati non «hanno nulla di buono da dire sul sistema processuale in generale e nondimeno

²² *Ibidem*. Trad. mia. L'A. parafrasa le parole di Lord Henry Brougham, *Trial of Queen Caroline*, a cura di J. Nightingale, 1820-21.

²³ Cfr. M.L. SCHWARTZ, *The Professionalism and Accountability of Lawyers*, in *Cal. L. Rev.*, 66/1978, 669-697.

²⁴ Cfr. D. LUBAN, *The adversary system excuse*, cit., 23.

ritengono che le proprie azioni siano giustificate o scusate dalla natura del sistema accusatorio»²⁵. Per poter affrontare in modo critico l'argomento pare utile, preliminarmente, chiarire l'uso semantico del sintagma *adversary system*, sfrondando il campo da possibili fraintendimenti concettuali. Seguendo le rotaie della ricostruzione critica di Luban è possibile cogliere un'accezione ristretta ed una più estesa. Per la prima, l'endiadi in esame denoterebbe un sistema processuale di giudizio caratterizzato da tre elementi fondamentali: (i) un tribunale imparziale, (ii) delle regole procedurali definite, (iii) la circostanza che spetta alle parti la responsabilità di presentare i fatti a sostegno della propria pretesa giuridica e sfidare, in contraddittorio, le posizioni contrapposte; in questo ultimo compito i cittadini laici, spesso digiuni di nozioni processuali, sono sostituiti da esperti delle prassi giudiziarie, e ciò fornirebbe la ragione del dovere di zelo (o anche, per alcuni, di iper-zelo)²⁶. Nondimeno, la relazione tra cliente e avvocato non si esaurisce nella sola dimensione processuale, prevedendo, pure, le attività di consulenza e rappresentanza stragiudiziale. In tali ipotesi, il concetto di sistema accusatorio verrebbe assunto con un senso molto più generale e l'estensione dei principi di professionalità e irrepremissibilità morale sarebbe il frutto di una sorta di fraintendimento semantico²⁷.

In realtà, la distinzione non andrebbe posta soltanto tra attività propriamente giudiziale e non giudiziale ma, pure, tra il contesto del processo penale e quello del processo civile. Come si è potuto constatare la concezione standard giustifica alcune prassi moralmente problematiche – il “*graymailing*” di cui s'è fatto cenno, per esempio, oppure determinate tecniche particolarmente aggressive tese a far cadere in contraddizione un teste di cui si conosce la veridicità – facendo ricorso al ruolo assunto dagli

²⁵ *Ivi*, 26. Trad. mia.

²⁶ *Ivi*, 27. Cfr., sul punto, anche L. FULLER, *The Adversary System*, in H.J. BERMAN (a cura di), *Talk on American Law*, 1961, spec. 30-32.

²⁷ *Ivi*, 28.

avvocati nel sistema accusatorio. Quest'ultimo, secondo l'analisi di Monroe Freedman – tra i più noti e convinti assertori dell'argomento –, trarrebbe il suo valore dalla salvaguardia «della dignità dell'individuo»²⁸. Del resto, per Freedman stesso, il miglior modo di proteggere i diritti soggettivi e perseguire la verità è proprio attraverso lo scontro senza limiti di avvocati zelanti contrapposti, che rappresentano gli interessi dei propri assistiti nella misura in cui sono effettivamente percepiti dagli stessi²⁹. Il pregio del sistema accusatorio, qui, nascerebbe dal confronto con i sistemi inquisitori tipici dei regimi totalitari; rispetto a questi ultimi, nota l'A., è indubitabile che il modello *adversary* fornisca la garanzia per un più alto livello di salvaguardia della libertà individuale dall'azione invasiva ed opprimente dello Stato. Considerando, in effetti, l'inevitabile squilibrio tra i poteri che esiste sempre tra un imputato (anche il più terribile) e il soperchiante potere delle istituzioni dello Stato, l'esistenza di avvocati iper-zelanti, senza altra fedeltà che verso il proprio cliente, metterebbe alla prova il potere statale nel modo più stringente possibile, costringendolo a fornire prove rigose prima di dare esecuzione al potere di coazione³⁰. In definitiva, l'adagio da seguire è che: *è preferibile che centinaia di criminali la facciano franca piuttosto che vedere un singolo innocente punito per errore*³¹.

²⁸ Cfr. M.H. FREEDMAN, *Lawyers Ethic in Adversarial System*, cit., 20-21. «The adversary system» – scrive, sul punto, l'A. – «thereby gives both form and substance to the humanitarian ideal of the dignity of the individual. The central concern of a system of professional ethics, therefore, should be to strengthen the role of the lawyer in enhancing individual human dignity within the adversary system of justice».

²⁹ Cfr. D.L. RHODE, *Legal Ethics in an adversary system: the persistent questions*, in *Hofstra L. Rev.*, 34/2006, 641-669, spec. 642. «The rationale» – scrive l'A. – «is that respect for individual dignity and autonomy is a defining feature of a free society, and of an adversarial system of justice that protects the society's core values».

³⁰ Cfr. M.H. FREEDMAN, *Lawyers Ethic in Adversarial System*, cit., 2, 4.

³¹ Cfr. D. LUBAN, *The adversary system excuse*, cit., 29. Cfr., in merito, J. Griffiths, *Ideology in Criminal Procedure or A Third "Model" of Criminal Process*, in *Yale L. J.*, 79/1970, 359 ss., spec. 415.

Se l'argomento, nella sua icastica semplicità, appare finanche persuasivo; nondimeno, è evidente che simili preoccupazioni non dovrebbero toccare per nulla, o quasi, la difesa nel processo civile. In effetti, nota Luban, nel caso in cui un colpevole non sia punito grazie alla tenace difesa del proprio avvocato o subisca una pena più lieve di quella cui sarebbe dovuto andare incontro, ciò non dovrebbe sortire alcun danno, o conseguenza diretta, nella vita personale di un individuo specifico – sebbene non vi sia dubbio che le persone potrebbero legittimamente biasimare ipotesi del genere (e soprassedendo, pure, all'ipotesi, non menzionata da Luban, in cui un soggetto sia condannato in luogo del vero colpevole)³². Per converso, se per effetto di un avvocato hired-gun «“A” vince una causa infondata per risarcimento danni alla persona contro “B”, ogni dollaro nella tasca di A proviene da quella di “B”»³³; e questo contro-effetto appare difficilmente argomentabile invocando semplicemente la scusa istituzionale³⁴. Anche Deborah Rhode condivide la distinzione tra processo criminale e altri contesti in cui è richiesta l'attività di difesa, sostenendo che «[i]ndividuals whose lives, liberty, and reputation are at risk have special need of an advocate without competing loyalties»³⁵.

In sintesi, l'idea di fondo è che il sistema accusatorio non rappresenta affatto il migliore dei sistemi possibile per garantire la giustizia così come la intende comunemente la gente in strada; anzi sembra piuttosto il miglior modo per consentire al colpevole di sfuggire alla giusta punizione. Nondimeno – ed è questo il passaggio cruciale – potrebbe risultare come il miglior sistema al fine di «*keeping the state honest*»; ovvero, da una prospettiva pubblica, per limitare il potere coercitivo dello Stato sui

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Cfr. D. L. RHODE, *Legal Ethics in an Adversary System*, cit., 643. Si veda pure D. L. RHODE, *In the Interests of Justice: Reforming the Legal Profession*, Oxford University Press, Oxford, 2000, 54.

cittadini³⁶. Detto in altri termini, forse ancora più incisivi, il processo accusatorio «è il miglior modo per impedire di fare giustizia nel nome di fini politici più fondamentali, ossia togliere le mani del governo da sopra la gente»³⁷. Il *central core* dell'argomento di Luban e Rhode è che la difesa nel processo penale costituisca una situazione eccezionale nell'ordinamento, in cui assume maggiore rilevanza la richiesta di protezione da un potere superiore, piuttosto che la giustizia stessa³⁸. Mutuando il bagaglio concettuale aristotelico si potrebbe sostenere, allora, che la “causa finale” differisce nel contesto penale e in quello civile³⁹. Nel primo, in effetti, il rischio che «*the state abusing it prosecuting*» è un effetto collaterale dell'attività di prevenzione e repressione dei pericoli e dei crimini. Nondimeno, ammonisce Luban, «[w]e don't want the state to push its powers to the limits because it is too easy in that case to exceed the limit»⁴⁰. Lo squilibrio di poteri, tuttavia, non è un elemento che caratterizza esclusivamente la giurisdizione criminale; alcune questioni di diritto amministrativo, come le procedure per il diritto d'asilo, per esempio, potrebbero sollevare problematiche sostanzialmente analoghe⁴¹.

³⁶ Cfr. D. LUBAN, *The adversary system excuse*, cit., 30.

³⁷ *Ibidem*. Trad. mia.

³⁸ Cfr. D.L. RHODE, *Legal Ethics in an Adversary System*, cit., 643. «Constitutional protections of due process and prohibitions on governmental abuse» – nota l'A. – «would mean little without a lawyer prepared to assert them. The prospect of a vigorous defence provides necessary incentives for law enforcement officials to respect individual rights and to investigate facts thoroughly».

³⁹ Cfr. D. LUBAN, *The adversary system excuse*, cit., 31.

⁴⁰ Ivi, 31. «Instead» – aggiunge l'A. – «the system of rights – including the right to a defense lawyer – should leave generous margins of safety against prosecutorial overreaching».

⁴¹ Sul punto sembra interessante la proposta teorica avanzata da Alexander Guerrero, che distingue nettamente tre livelli di implicazione deontologica a seconda dello squilibrio esistente tra le parti chiamate in causa: (i) il livello in cui l'avvocato difende un cittadino contro lo Stato; (ii) il livello della disputa tra privati cittadini di pari livello di potere; (iii) il livello dato dalla difesa del cittadino contro i poteri e le istituzioni pubbliche. La funzioni

Pertanto, l'argomento dovrebbe estendersi oltre il confine della procedura penale, comprendendo «*criminal and quasi criminal contexts*»⁴².

Rimane ancora sul tappeto, però, il problema della giustificazione del sistema accusatorio come procedimento per ottenere giustizia garantendo, al contempo, i diritti degli imputati. Nel dibattito di *legal ethics* sono due le principali strategie argomentative: (i) l'argomento consequenzialista per cui il sistema accusatorio sarebbe il meccanismo processuale migliore per raggiungere determinati beni; (ii) la tesi per cui l'*adversary system* sarebbe un bene intrinseco a prescindere dai fini perseguiti (detto altrimenti: argomento non-consequenzialista). Luban analizza la trama argomentativa che sottostà alle due diverse concezioni tentando di dimostrare come nessuna di queste appaia effettivamente persuasiva, mentre una giustificazione meramente pragmatica potrebbe risultare più credibile e solida alle critiche. Nelle pagine che seguono si cercherà di offrire una ricostruzione critica del percorso dell'A. soprattutto nell'ottica di prospettare e meglio comprendere la tesi della giustificazione meramente pragmatica dell'istituzione processuale e il riflesso con la morale di ruolo.

3. Critica dell'argomento consequenzialista

L'argomento consequenzialista sostiene che il modello accusatorio rappresenti uno strumento formidabile per il raggiungimento di alcuni fini assunti come fondamentali per la società.

Il primo di tali fini "fondamentali", sovente indicato dai fautori del modello *adversary*, è il più intuitivo, ossia la scoperta della verità; così che

dei legali, dunque, si differenzerebbero in relazione al contesto d'azione, divenendo iperzelanti solo nei casi in cui il cittadino si trovasse a fronteggiare poteri più forti e dotati della coercizione. Dunque il primo livello, che caratterizza il processo criminale, e, in talune circostanze, il terzo livello. Cfr. A.A. GUERRERO, *Lawyers, Context, and Legitimacy: A New Theory of Legal Ethics*, in *Geo. J. Legal Ethics*, 25/2012, 107-164.

⁴² Cfr. D. LUBAN, *The adversary system excuse*, cit., 31.

un caso alla sbarra è concepito, da una tale prospettiva, come una sostanziale questione empirica, da risolvere mediante lo scontro dialettico tra congetture e confutazioni⁴³. Nondimeno, osserva l'A., il modello scientifico di riproduzione della causalità e quello dell'accertamento processuale di fatto non possono essere brutalmente sovrapposti; non senza chiarirne le differenze epistemologiche, prima. Nel processo accusatorio, infatti, gli avvocati (anche il *prosecutor*, dunque) tentano di presentare i fatti narrandoli nel modo in cui appaiono più favorevoli possibile ai propri clienti; cercano, poi, di screditare le prove e le affermazioni degli avversari o di proporre inferenze che vadano in senso contrario, oppure, ancora, si impegnano affinché una prova sfavorevole non sia ammessa in giudizio⁴⁴. In poche parole, massimizzano la cifra di confusione esistente, non certo la credibilità di una tesi⁴⁵. Un ritratto, questo, certo poco prossimo all'idea popperiana di razionalità scientifica, che pure prevede lo scontro dialettico di asserzioni e confutazioni, senza però che gli scienziati siano consapevoli della falsità di un'asserzione e tentino comunque di validarla ricorrendo ad ogni espediente. Il caso paradigmatico per eccellenza, in grado di rendere la cifra reale, è probabilmente l'accertamento psichiatrico della capacità di intendere e volere; fase istruttoria che mette in scena, con le parole di Hannah Arendt, «*the comedy of soul-expert*»⁴⁶. Non è certo un segreto della prassi, infatti, che gli avvocati prospettino i casi ai loro periti in modo da evidenziare soltanto gli aspetti favorevoli ai propri assistiti⁴⁷. Quanto, poi, all'attività di *cross examination* del testimone, la struttura dell'interrogatorio e la tipologia di domande usualmente formulate sono tutt'altro che orientate a

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Cfr., tra gli altri, H.W. JONES, *Lawyers and Justice: The Uneasy Ethics of Partisanship*, cit., 967.

⁴⁵ Cfr. D. LUBAN, *The adversary system excuse*, cit., 32.

⁴⁶ Cfr. H. ARENDT, *Eichmann in Jerusalem: A report on the banality of Evil* (1964), 26, cit. da D. LUBAN, *The adversary system excuse*, cit., 33.

⁴⁷ Ibidem.

favorire la palingenesi puntale e precisa di un accadimento⁴⁸. In aggiunta, rappresenta un dato altrettanto notorio che le regole procedurali consentano tattiche dilatorie per rendere eccessivamente onerosa la prosecuzione del giudizio all'avversario del proprio assistito, permettendo a quest'ultimo di perseguire un vantaggio, attraverso il processo, che realmente non avrebbe titolo a ottenere⁴⁹. Oppure, ancora, è possibile utilizzare strategie ad effetto intimidatorio indiretto, come il già citato *graymailing*, (nei confronti del potere delle istituzioni governative), o la possibilità di far venire a galla verità scomode non pertinenti al giudizio⁵⁰.

⁴⁸ Sul punto, basta considerare il noto decalogo di Irving Younger sull'arte di interrogare i testimoni per averne una chiara idea: «(i) be brief; (ii) use plain words; (iii) use only leading questions; (iv) be prepared; (v) listen; (vi) do not quarrel; (vii) avoid repetition; (viii) disallow witness explanation; (ix) limit questioning; and (x) save the ultimate point for summation». Evidentemente tale regole sono necessarie per governare gli esisti dell'interrogatorio incrociato – elemento cardine del modello accusatorio –, spingendolo verso l'interpretazione più utile per l'esaminatore. Regole come quella che suggerisce l'uso di domande trabocchetto o che consiglia di non chiedere al testimone di spiegare le proprie affermazioni sono evidentemente orientate ad un scopo contrario all'accertamento della verità mediante un dialogo razionale. Cfr., I. YOUNGER, *The Art of Cross -Examination*, in *ABA Monograph Series No. 1 (ABA Section on Litigation) 1976*, 1-16.

⁴⁹ Cfr. D. LUBAN, *Lawyers and Justice*, cit., 75.

⁵⁰ Cfr. D. LUBAN, *The adversary system excuse*, cit., 35. Luban cita come esempio il celebre caso Dalkon Shield: un contraccettivo intrauterino accusato di aver causato oltre sessantaseimila casi di sterilizzazione e aborti negli anni Settanta. Tra le diverse strategie difensive, gli avvocati della ditta farmaceutica utilizzarono la tecnica della domanda "scomoda", ossia redassero una «*dirty question list*» contenente domande molto intime su igiene e abitudini sessuali delle ricorrenti, più simile ad «una scabrosa telefonata oscena che ad un interrogatorio legale», sperando in tal modo di scoraggiare le ricorrenti a perseguire l'azione risarcitoria. Il questionario, infatti, fu inviato alle ricorrenti nella fase stragiudiziale, veicolando il messaggio che, se avessero continuato nelle loro azioni legali, avrebbero dovuto rispondere a domande di tal fatta in un giudizio pubblico.

Lo stesso caso è usato da Wendel per dimostrare la possibilità dei diversi ruoli con differenti statuti morali. Se, in effetti, in una situazione "normale" di conversazione tra un uomo e una donna, il primo le rivolgesse una serie di domande circa la vita intima della

Infine, gioca un ruolo determinante la regola della confidenzialità, che certamente è in netta distonia con il fine dell'accertamento della verità⁵¹. In conclusione, l'argomento consequenzialista non convince per un'evidente critica dell'interno dello stesso: il sistema accusatorio non è affatto costruito per essere il migliore dei modelli processuali per l'accertamento della verità; tutt'altro⁵².

Un altro argomento consequenzialista afferma che il sistema accusatorio rappresenti il miglior modo per difendere i diritti degli individui nella ricerca della verità. Del resto, nota Freedman, se il solo proposito del processo fosse, sul serio, il solo accertamento della verità, allora la ragione dei diritti sanciti dal Quarto, Quinto e Sesto Emendamento sarebbe verosimilmente incomprensibile⁵³. La tesi di fondo è che il miglior modo di garantire l'affermazione e la protezione dei diritti soggettivi è quella di fornire un "protettore" zelante che assuma il compito di perseguire gli interessi del "protetto" e nulla oltre questi⁵⁴. (Differendo, parzialmente,

stessa – chiedendole, in modo diretto e brusco, il numero dei partner avuti negli ultimi tre anni, nonché se si fosse informata sulle abitudini sessuali dei propri amanti prima di avere rapporti con loro–, il giudizio morale su costui, verosimilmente, non potrebbe essere lusinghiero. Nondimeno, Wendel sostiene che prima di poter giudicare il contegno dell'uomo, però, sarebbe decisivo indagare sul contesto di tale discussione. Se si ipotizzasse, per esempio, che l'uomo in questione fosse un avvocato, alle prese con una consumatrice intenzionata a intentare una causa per risarcimento danni contro un produttore di dispositivi contraccettivi intrauterini, la conclusione potrebbe mutare radicalmente. La differenza di giudizio nei casi prospettati metterebbe in evidenza il fatto che, passando da un ruolo all'altro potrebbe mutare di conseguenza il complesso di doveri cui si è sottoposti. Cfr. W.B. WENDEL, *Professional Roles and Moral Agency*, a review of *Ethics for Adversaries: The Morality of Roles in Public and Professional Life*, in *Geo. L. J.*, 89/2001, 667-718, spec. 681

⁵¹ Per un'analisi sul complesso dibattito teorico sul problema della confidenzialità sia consentito, qui, fare espresso riferimento a. ROMEO, *L'insostenibile pesantezza della confidenzialità. Le ragioni del segreto professionale*, cit., passim.

⁵² Cfr. D. LUBAN, *The adversary system excuse*, cit., 35.

⁵³ Cfr. M.H. FREEDMAN, *Lawyers Ethic in Adversarial System*, cit., 3-4.

⁵⁴ Cfr. D. LUBAN, *The adversary system excuse*, cit., 41.

dalla posizione di Freedman per cui, si ricorderà, avere un avvocato zelante costituisce di per sé un diritto e non è solo un modo per garantire dei diritti). Ad ogni modo, l'idea che il diritto ad avere la difesa tecnica zelante costituisca la migliore via per garantire gli altri diritti (in una sorta di implicazione tautologica) solleva non poche questioni problematiche. Secondo questa concezione, per come tradizionalmente interpretata, l'avvocato, «non essendo titolare di specifici obblighi ulteriori rispetto agli obblighi giuridici impostigli dal sistema, può legittimamente fare tutto ciò che non gli è vietato da una norma di legge»⁵⁵. Anzi, per la visione dominante il difensore sarebbe tenuto deontologicamente a farlo⁵⁶. Nondimeno, la tesi in questione spesso produce una sorta di cortocircuito argomentativo, confondendo i “diritti”, con gli “interessi”. Per Luban, per esempio «i diritti sono tutto ciò che io ho titolo a fare, non tutto ciò che può essere ottenuto tramite la legge»; pertanto l'attività dell'avvocato non dovrebbe seriamente dirigersi ad ogni sorta beneficio ottenibile indirettamente tramite il diritto⁵⁷. L'idea è condivisa, per certi versi, anche da Tim Dare, il quale, nel tentativo di difendere una variante neo-positivista della *standard view*, propone di sostituire il modello della difesa di parte «iper-zelante» – seguita dalla concezione dominante realista – che esorta a perseguire, con ogni mezzo, «qualsiasi vantaggio per i propri client[i] che sia raggiungibile per mezzo della legge»⁵⁸, con un'attività di difesa «di mero zelo», volta cioè al perseguimento di quelli che sono i diritti di un cliente⁵⁹. La *distinctio* sarebbe tracciata, dunque, sul

⁵⁵ Cfr. M. LA TORRE, *Avvocatura e retorica. Tra teoria del diritto e deontologia forense*, in *Retorica e Deontologia Forense*, a cura di P. Manzin, P. Moro, Giuffrè, Milano 2010, 37 ss., spec. 39.

⁵⁶ Cfr. T. SCHNEYER, *Some Sympathy for the Hired Gun*, cit., 11.

⁵⁷ Cfr. D. LUBAN, *The adversary system excuse*, cit., 41.

⁵⁸ Cfr. T. DARE, *The Counsel of Rogues*, cit., 7 e 76. Si veda pure, sul punto, T. DARE, *Mere-Zeal, Hyper-Zeal, and the Ethical obligation of lawyers*, in *Legal Ethics*, 7/2004, 24-28.

⁵⁹ *Ivi*, 7. «Merely zealous lawyers» – scrive Tim Dare – «are concerned solely with their clients' legal rights. They pursue those rights 'without fear [...] and without regard to any

fine cui tale zelo s'indirizza, distinguendo così tra «*right-zeal*» e «*advantage-zeal*»⁶⁰. Certo, da una prospettiva fattuale è difficilmente contestabile che il miglior modo di garantire che gli avvocati facciano sempre del loro meglio per tutelare i propri clienti sia obbligarli a perseguire qualsiasi affermazione di un cliente in merito ad una situazione giuridica, sia essa valida o no. Ma in tal modo, abbandonando la prospettiva del cliente per abbracciare una più larga e neutrale, è evidente che sarebbe difficile concepire un sistema di tal fatta come il migliore possibile per la difesa dei diritti individuali. Per converso, si potrebbe immaginare – aggiunge Luban –, un processo in cui *tutti* gli avvocati avrebbero l'obbligo di tutelare i diritti di *tutte* le parti; quest'ultimo, verosimilmente, potrebbe apparire come un sistema di garanzia giuridica assai più performante rispetto al modello cavalleresco dei campioni che si affrontano nell'arena nel nome dei loro patroni⁶¹. La provocazione dell'A., lungi dall'essere una proposta *de iure condendo*, è funzionale, in questo passaggio, per chiarire la fallacia dell'argomento consequenzialista, squarciando nuovamente il velo di presupposizione che copre il dibattito su certi temi.

La confusione tra diritti in senso stretto e vantaggi ottenibili per mezzo della legge (comprendendo lacune, uso indiretto di meccanismi processuali, cavilli e così via) si deve al fatto che la prospettiva dominante si è sviluppata nel contesto del realismo giuridico americano, per cui il

unpleasant consequences to [themselves] or to any other person'. According to an alternative understanding, the principle requires lawyers to exercise what we can call 'hyper-zeal'. Hyperzealous lawyers are concerned not merely to secure their clients' legal rights, but instead to pursue any advantage obtainable for the clients through the law. Indeed, they are not really attempting to defend legal rights at all: they are attempting to win».

⁶⁰ Cfr. T. DARE, *Mere-Zeal, Hyper-Zeal, and the Ethical obligation of Lawyers*, cit., 27.

⁶¹ Cfr. D. LUBAN, *The adversary system excuse*, cit., 43.

diritto, com'è noto, non è altro che ciò che affermeranno i tribunali⁶². Tuttavia, è proprio la concezione realista a mostrare come l'edificio concettuale dominante sia pieno di crepe e sinistri scricchiolii. Se, infatti, si accetta la premessa fondamentale della prospettiva realista per cui i diritti non sono altro che ciò che i tribunali affermano, diviene giocoforza inverosimile sostenere che il sistema accusatorio rappresenti il miglior modello possibile per la difesa dei diritti giacché ogni sistema difenderebbe i diritti in misura equipollente, considerando che tutti i modelli processuali prevedono dei poteri giurisdizionali cui è demandato il compito di stabilire cosa il diritto sia nei singoli casi specifici⁶³. Da tale prospettiva, in buona sostanza, un sistema vale l'altro.

Un diverso argomento, dal taglio ancora consequenzialista, e che viene passato sotto vaglio nella critica di Luban, prende le mosse da una nota teoria espressa da Thomas Nagel, definita «*ethical division of labor*»⁶⁴. Per tale concezione, in estrema sintesi, la «*public agency*» rappresenta un'entità complessa e divisa cui deve necessariamente corrispondere una *divisione etica*, ossia una divisione e specializzazione dei differenti statuti deontologici⁶⁵. Tale differenziazione potrebbe ingenerare la falsa credenza che, in realtà, la moralità pubblica sia più consequenzialista o meno restrittiva di quanto lo sia in realtà, e ciò poiché le condizioni generali potrebbero essere erratamente identificate con i limiti specifici di un ruolo particolare. Questi limiti – secondo Nagel – normalmente presuppongono una cornice istituzionale della quale, in definitiva, traggono la loro stessa legittimazione⁶⁶. L'idea alla base – che rappresenta, in buona sostanza, il

⁶² Cfr. D.B. WILKINS, *Legal Realism for Lawyers*, in *Harv. L. Rev.*, 104/1990, 468 ss, spec. 476-78.

⁶³ Cfr. D. LUBAN, *The adversary system excuse*, cit., 43.

⁶⁴ Cfr. T. NAGEL, *Ruthlessness in Public Life*, in S. HAMPSHIRE (a cura di), *Public and Private Morality*, Cambridge University Press., Cambridge, 1978, 85 ss., cit., in D. LUBAN, *The adversary system excuse*, cit., 44.

⁶⁵ *Ivi*, 85.

⁶⁶ *Ibidem*.

nucleo concettuale della “morale di ruolo” – è che ciò che può apparire sbagliato dal punto di vista della morale ordinaria potrebbe, nondimeno, sembrare giustificato per la circostanza che, nella trama del tessuto socio-politico, esistono comunque altri ruoli (con differenti statuti morali) che possono interagire e fungere, l’un con l’altro, da contro-limite all’eccesso di comportamento⁶⁷. Tradotto in termini deontologici, la difesa partigiana e zelante sarebbe giustificata moralmente dal fatto che, nel contesto processuale, anche l’avversario è affiancato da un campione con uguale zelo, senza dimenticare, poi, la presenza di un arbitro imparziale che fornisce un controllo ulteriore ed obiettivo⁶⁸. In pratica, il sistema tenderebbe, alla fine, ad un equilibrio morale, là dove a ciascuna parte è assegnato un compito o ruolo specifico, con un compendio deontologico particolare. Va da sé che ogni ruolo pretende, ovviamente, una certa fedeltà: se l’avvocato rifiutasse di prestare la propria sua assistenza professionale per un proprio giudizio morale sul merito della pretesa del cliente usurperebbe la funzione sia del giudice, sia della giuria, minando l’equilibrio del sistema⁶⁹.

Si tratta, con evidenza, di una teoria fondata su una generale concezione di equilibrio sistemico, garantito per effetto di pesi e contrappesi, che punta ogni risorsa sulla fiducia che «l’ingegneria sociale o la legislazione più avveduta siano in grado di guidare le coscienze individuali; così che in un ben congeniato sistema di pesi e contrappesi il funzionario può tranquillamente guardare avanti e svolgere il suo compito senza curarsi dell’ingiustizia prodotta o dei danni cagionati nell’esecuzione dei propri doveri confidando nel fatto che esse saranno rettificate da altre parti del sistema»⁷⁰. Detto altrimenti e senza fronzoli, all’avvocato non è affatto

⁶⁶ Cfr. T. NAGEL, *op. cit.*, 85.

⁶⁷ Cfr. D. LUBAN, *The adversary system excuse*, cit., 45.

⁶⁸ *Ivi*, 45.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Ibidem*. Trad. mia.

richiesto di preoccuparsi di eventuali effetti esiziali della propria attività di difesa, giacché nel sistema sociale e, segnatamente nel sub-sistema giudiziale, altre parti sono gravate dall'onere di averne cura e contro bilanciare lo zelo partigiano.

L'argomento – cui certo va riconosciuto il pregio di offrire una forma di giustificazione razionale del sistema più incisiva e riflessiva rispetto ad altre posizioni consequenzialiste – non pare affatto convincere Luban. Il modello dei pesi e dei contrappesi, a ben vedere, funziona nel momento in cui ad ogni azione concessa ad uno degli attori corrisponde una sostanziale contro-mossa concessa all'altro. Un buon esempio, in tal proposito – suggerisce l'A. –, può essere dato dall'utilizzo di protezioni sportive in attività cruenti come il football americano: ogni giocatore è munito di un corpetto che tendenzialmente potrebbe ferire l'avversario, ma ciò è giustificato dal fatto che anche quest'ultimo è equipaggiato con una lorica in grado di assorbire e controbattere l'urto avversario. Non pare sia questo il caso, però, del modello accusatorio in cui operano quotidianamente gli avvocati, che, ad uno sguardo forse meno disincantato, sembra funzionare in modo completamente diverso da come descritto nell'irenico modello dei pesi e contrappesi. Luban in proposito fa notare come nella prassi gli avvocati cercano di acquisire indebiti vantaggi che non sono riconosciuti alle altre parti in causa, e ciò proprio al fine, fin troppo malcelato, di mettere fuori causa gli assi giocabili dell'avversario di turno; è un po' come se lo sportivo di prima nascondesse delle lame taglienti per superare la protezione del contendente⁷¹. Del resto, poi, «il fatto che un uomo abbia una guardia del corpo non significa che ciò possa perciò scusare il tentativo di ucciderlo, soprattutto allorché si impiega tutto l'ingegno per evitare in qualche modo il bodyguard»⁷². In definitiva, la concezione della *divisione etica* prova a giustificare il sistema dei ruoli muovendo dall'assunto che tale sistema sia davvero autocorrettivo e sempre in equilibrio, giacché i

⁷¹ *Ibidem.*

⁷² *Ibidem.* Trad. mia.

danni cagionati da una parte troverebbero qualcuno, nella struttura sociale, pronto a rettificarli. Nondimeno, seguendo la riflessione critica di Luban, una tale opera di rettificazione non sarebbe certo priva di ingenti costi in termini di «danaro, tempo, preoccupazioni, energia e soprattutto tortuosi passaggi burocratici»; oneri che certamente creano un generale «*background “noise”*» nel sistema – il cui solo finirne impelagati equivale ad una punizione –, che può essere accettabile soltanto se il sistema stesso fosse giustificato *a priori*⁷³. Ma se così fosse, ossia se il sistema accusatorio fosse già giustificato in base ad una ragione indipendente e *conclusive*, l'argomento dei pesi e contrappesi non avrebbe altro significato che quello di un inutile pleonasma; «*to gild the lily*», insomma⁷⁴.

4. *La Critica dell'argomento non-consequenzialista*

Esiste una diversa strategia argomentativa per giustificare il sistema accusatorio che prende le mosse da una posizione non-consequenzialista: alcune istituzioni sociali, come per esempio la democrazia partecipativa, sono moralmente giustificabili anche se da una prospettiva operativa risultano inefficienti, e ciò perché avrebbero un valore proprio, a carattere non strumentale⁷⁵. L'argomento viene usualmente prospettato in due diverse declinazioni.

In base alla prima, anche da una prospettiva diacronica, la «*adversary advocacy*» sarebbe un valore intrinseco, a prescindere dei risultati ottenibili: si tratta della concezione sposata, tra gli altri, da Fried e Mellinkoff⁷⁶. Quest'ultimo, per esempio concepisce la figura del cliente

⁷³ *Ivi*, 46. Trad. mia.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ivi*, 47.

⁷⁶ Cfr. C. FRIED, *The Lawyer as Friend: The Moral Foundations of the Lawyer-Client Relation*, cit., *passim*; D. MELLINKOFF, *The Conscience of a Lawyer*, St. Paul., Minnesota, West Publishing Company, 1973.

come un «man in trouble», terribilmente oppresso dal potere statale e anelante, disperato, l'aiuto di qualcuno⁷⁷. L'avvocato, che corre in suo soccorso, è visto alla stregua di uno «*special-purpose friend*», la cui attività vanta un intrinseco pregio morale, rafforzando l'autonomia e l'individualità del cliente⁷⁸. Nondimeno, tale amicizia – aggiunge critico Luban – dovrebbe rimanere un fattore positivo anche là dove l'avvocato fosse lo spalleggiatore di un ricco possidente che intende sfrattare, senza ragione, un indigente⁷⁹. I clienti, a ben considerare, in numerose circostanze appaiono «more pitiable than many really are»⁸⁰. A prescindere dalle differenze tra la concezione di Mellinkoff e quella, più generale, di Fried, l'idea dell'avvocato come amico nel momento del bisogno non fornisce, però, alcuna valida giustificazione al sistema accusatorio e al connesso principio di irreprensibilità morale; in effetti «molti di noi non sarebbero affatto felici di compiere azioni immorali per aiutare i propri amici»⁸¹.

Fried, com'è noto, distingue tra *mali personali* commessi dall'avvocato (come, per esempio, un interrogatorio teso a screditare un teste veritiero); e *mali istituzionali*, di cui l'avvocato ne è solo causa occasionale. In tale ultima ipotesi, l'avvocato non sarebbe responsabile del danno cagionato poiché esso sarebbe imputabile al sistema⁸². Per evitare l'immediata critica che un simile argomento tenderebbe a giustificare, per esempio, la condotta del gerarca nazista, imputando ogni nefandezza di quest'ultimo al sistema, l'Autore circoscrive la sua posizione limitandola a quei sistemi che appaiono, nel complesso, generalmente giusti. Nondimeno il discorso, ancora una volta, non sembra venir fuori dal paradosso della ricorsività, finendo per riportare il lettore al punto di partenza, ossia la giustificazione

⁷⁷ Cfr. D. MELLINKOFF, *The Conscience of a Lawyer*, cit., 1073.

⁷⁸ *Ivi*, 1068-1073.

⁷⁹ Cfr. D. LUBAN, *The adversary system excuse*, cit., 48.

⁸⁰ *Ivi*, 49.

⁸¹ *Ibidem*. Trad. mia.

⁸² Cfr. C. FRIED, *Right and Wrong*, cit., 191-192.

del sistema accusatorio. Una delle principali critiche mosse da Luban, sul punto, è che un sistema non è un'astratta struttura di descrizione di ruoli impersonali ma una rete di esseri umani che interagiscono le cui azioni «sono il sistema»⁸³.

La seconda declinazione dell'argomento, definita *social fabric argument*, afferma che il sistema accusatorio, indipendentemente dalla sua concreta efficacia, è parte integrante del retaggio culturale di una società e ciò rappresenterebbe una ragione sufficiente per riconoscergli valore intrinseco. Tale tesi conosce, in realtà, una variante "democratica" che sposta la giustificazione sul fatto che un modello processuale godrebbe, in larga misura, del consenso di chi governa. Tale ultima concezione presta immediatamente il fianco ad una intuitiva critica: non esiste un esplicito consenso sul sistema accusatorio, salvo volerlo intendere come tacito.⁸⁴ Nondimeno, pur invocando la finzione concettuale del *Contratto*, l'approvazione tacita o l'accettazione esplicita delle istituzioni da parte dei cittadini potrebbe non costituire una buona ragione per ritenere tali istituzioni giustificate nel discorso pratico generale⁸⁵. Nella analisi attenta offerta da Luban, il verbo consentire può significare sia «*put up with*», sia «*actively approve*»: soltanto l'ultimo significato potrebbe attribuire un intrinseco valore morale alle istituzioni. Pare ovvio che una simile affermazione, qui, può avere senso soltanto se calata nel contesto ideologico delle teorie politiche di stampo *liberal* che, com'è noto, giustificano la coercizione soltanto se questa può essere in qualche modo accettata (nel senso di accettabile, ossia imputabile ad una decisione) dal soggetto che potrebbe subirla, puntando tutto sul valore dell'autonomia individuale⁸⁶.

⁸³ Cfr. D. LUBAN, *The adversary system excuse*, cit., 51.

⁸⁴ *Ivi*, 52. Luban, in merito, fa osservare come l'accettazione fattuale di uno stato di cose potrebbe dipendere anche dal fatto che ai cittadini potrebbe spesso mancare coraggio, energia, inclinazione per cambiare lo *status quo*.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ La preoccupazione teorica principale, dalla prospettiva del consenso, è la giustificazione

Nondimeno, il fatto che un'istituzione sia accettabile non significa per Luban che sia buona in sé e per sé, ossia che possa fungere da argomento per spiegare l'esistenza di doveri morali particolari⁸⁷. Da un prospettiva di

della coercizione normativa reciproca che per apparire, appunto, sostenibile, dovrebbe essere riconducibile – dunque imputabile – ad una *decisione* dell'individuo cui la coercizione è diretta, ossia alla sfera dell'autonomia morale di tale soggetto. Tale riconducibilità della coercizione alla sfera dell'autonomia normativa dovrebbe precludere la possibilità che un cittadino sia semplicemente *subiecto* al potere di altri. in estrema sintesi, «[r]espect for others requires public justification of coercion: that is the clarion call of justificatory liberalism». Cfr. C.J. EBERLE, *Religious Conviction in Liberal Politics*, Cambridge University press, Cambridge, 2002, 54. Si veda, su tutti, J. RAWLS, *Liberalismo politico*, a cura di S. Veca, traduzione di G. Rigamonti, Comunità, Milano, 1994

⁸⁷ Cfr. D. LUBAN, *The adversary system excuse*, cit., 52. L'A., per rendere più icastica la sua conclusione, pone questa analogia: il fatto di accettare ragionevolmente un ritardo di pagamento di un paio di settimane non significa che dovrebbe essere necessario farlo. Nondimeno la critica di Luban, qui, non coglie pienamente il bersaglio. In tale passaggio argomentativo “accettabile” si confonde “con accettato”, e tale fraintendimento semantico conduce ad una errata ricostruzione dell'idea di ragione pubblica. Il punto archimedeo del giustificazionismo, com'è noto, s'incardina sull'idea che una decisione normativa deve essere basata su una ragione che possa essere accettata, o meglio accettabile, da tutti i soggetti che ne saranno, poi, sottoposti alla coazione. La circostanza epifenomenica che una certa normativa sia *endorsed* da più soggetti per motivi personali non può rendere giustificata la coazione, o perlomeno non in una concezione di democrazia come ideale normativo. Se si segue quest'ultima lettura, infatti, la giustificazione può essere resa solo attraverso criteri razionali e per mezzo di concetti, intesi come regole di comparazione o di giudizio, mediante le quali, secondo La Torre, «è possibile dare un senso alle cose del mondo» (Cfr. M. LA TORRE, *Sullo spirito mite delle leggi. Ragione, razionalità, ragionevolezza*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, 20). Questa giustificazione, in realtà, è connessa all'ambito della ragione pratica, dunque composta da «enunciati pratici» che «mirano a dirigere o indirizzare la condotta umana, vale a dire enunciati morali, espressioni di preferenze, formulazioni di norme, giudizi di valore, comensi, decisioni, consigli, principi, “politiche”» (ivi, 21). Il giustificazionismo liberale, in buona sintesi, assume che una norma sia valida allorché giustificata, ossia quando la *ratio* che supporta la legge sia talmente “ragionevole” da non poter essere negata in un discorso tenuto tra soggetti “altrettanto ragionevoli”. E ciò al fine di imputare la norma alla sfera

legittimazione tramite consenso, in verità, il sistema accusatorio sembrerebbe sollevare numerosi dubbi e sospetti⁸⁸.

La seconda accezione dell'argomento non-consequenzialista assume questa congettura di partenza: il sistema accusatorio è parte delle nostre tradizioni e, pertanto, andrebbe rispettato come elemento costitutivo della dimensione culturale. Del resto, nota Luban, la forza del passato, a livello psicologico e motivazionale, è indubbia. Tuttavia contro tale idea possono articolarsi due critiche, una, per così dire, "dall'esterno", e una "dall'interno". In base alla prima è evidente il rischio di cadere in una fallacia descrittivista, per cui da un enunciato descrittivo se ne trarrebbe inferenzialmente uno normativo. Il fatto che un'istituzione esista o faccia parte del retaggio storico di un contesto ordinamentale non rappresenta una ragione sufficiente per considerarla buona. La critica dall'interno, invece, viene sferrata da Luban, il quale fa notare come il sistema accusatorio non sia affatto parte di una tradizione costante nel paradigma statunitense tutt'altro⁸⁹. Pertanto, anche la concezione della centralità del sistema accusatorio in una particolare tradizione processuale sembra una freccia che manca, e di molto, il suo bersaglio.

4. *La tesi della giustificazione (solo) pragmatica*

Le strategie giustificative del sistema accusatorio, precedentemente analizzate, non hanno soddisfatto pienamente il *test* argomentativo,

dell'autonomia morale impedendo che qualche cittadino si concepisca come meramente subietto al potere di altri. Luban, qui, sembra invece orientato verso la tesi del "Consensus", in base alla quale ciò che conta è la concreta ed attuale accettazione da parte dei consociati; argomento, però, che conduce ad un discorso pratico differente da quello della ragione pubblica. Cfr., tra gli altri, A. ROMEO, *Diritto, religioni, democrazia. La partecipazione democratica dei cittadini religiosi*, Giuffrè, Milano, 2016.

⁸⁸ Cfr. D. LUBAN, *The adversary system excuse*, cit., 53.

⁸⁹ Ivi, 54. «[I]n the United states» – nota l'A., al fine di prospettare un esempio – «criminal defendants were not guaranteed counsel until 1963»

cedendo sotto i colpi di fioretto di Luban, soprattutto, e di altri studiosi. L'esito di un tale scontro dialettico dovrebbe essere prevedibile: il sistema accusatorio non ha giustificazione e, *a fortiori*, non può giustificare in alcun modo la morale di ruolo.

Nondimeno, lo stesso Luban non giunge ad una conclusione tanto netta, e prova a giustificare egli stesso l'*adversary system* per una strada diversa da quelle battute da altri. L'argomento articolato, qui, è quello di una giustificazione soltanto pragmatica del sistema processuale⁹⁰. In definitiva, pur considerando le aporie interne e le possibili mancanze e devianze nella prassi effettiva, il modulo accusatorio sembrerebbe comunque funzionare nel compito di proteggere i diritti nel tentativo, comunque, di raggiungere la verità. Da uno sguardo operativo, nessun sistema alternativo pare, invero funzionare meglio ed alcuni, in realtà, paiono certamente peggiori. Probabilmente, potrebbe darsi l'esistenza di modelli processuali in grado di garantire un livello di accertamento della verità considerevolmente più alto, ma il prezzo di un simile risultato, in termini, nota Luban, di «sforzo, confusione, ansia, disorientamento, errori di giustizia causati da improprie interpretazioni, risentimento, perdita di tradizione»⁹¹, sarebbe un ottimo motivo per mantenere la scelta iniziale⁹². Se poi si considera che, ad ogni buon conto, un sistema di giudizio è pur sempre necessario per il rispetto del diritto in termini di effettività, la conclusione è che il sistema vigente appare ragionevolmente giustificato, quantomeno da una prospettiva pragmatica. Del resto, «[I]e istituzioni, come i corpi» – conclude Luban – «obbediscono alla Prima Legge di Newton»⁹³. In assenza di forze esterne, allora, si deve mantenere il moto rettilineo, ossia il sistema accusatorio.

In estrema sintesi, l'unica giustificazione prospettabile può reggersi soltanto su basi meramente pragmatiche: non sembrerebbe esserci alcuna

⁹⁰ *Ivi*, 56.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ *Ivi*, 57.

valida alternativa praticabile per consentire una qualche forma di giustizia processuale e di difesa dei diritti, soprattutto in ambito penale, là dove, s'è avuto modo di considerare, si coglie un terribile squilibrio tra le forze in campo. La teoria di Luban conduce a determinate conclusioni in merito al rapporto tra la “scusa istituzionale” e i doveri di ruolo: se la giustificazione del sistema, dunque, appare di tipo “conseguenzialista debole”, altrettanto *debole* dovrebbe risultare la giustificazione delle azioni intraprese all'interno del sistema⁹⁴. Gli obblighi imposti dal ruolo sarebbero soltanto obblighi *prima facie*, con una forza *debole*, non in grado di imporsi su imperativi morali fondamentali. In altri termini, il fatto che gli avvocati occupano un determinato ruolo all'interno del sistema non dovrebbe garantire che una giustificazione piuttosto «*slight*» per le loro azioni. Ne deriva, pertanto, che la morale del ruolo non potrebbe giustificare eccessive devianze dagli obblighi morali ordinari in nome, per esempio del meta-principio di difesa partigiana⁹⁵.

Seguendo il ragionamento di Luban, la concezione standard sembrerebbe accordare troppo peso etico specifico ai doveri del ruolo, mentre sarebbe necessario riconoscere «il loro giusto valore senza consentire che possano derogare *sempre* alla morale ordinaria»⁹⁶. Coloro che occupano il ruolo – gli avvocati, dunque – sarebbero chiamati, così, a una delicata opera di bilanciamento tra le ragioni «incorporate nel ruolo» e le ragioni di morale ordinaria che potrebbero suggerire, in certi casi e per certe situazioni, di «abbandonare lo stesso ruolo»⁹⁷. Questo bilanciamento dovrebbe essere compiuto seguendo un percorso scandito da quattro passaggi fondamentali: in primo luogo (i) occorre giustificare moralmente l'istituzione di cui il ruolo appartiene (qui solo giustificata in termini pragmatici); quindi (ii) dimostrare che il ruolo sia necessario per il bene di

⁹⁴ *Ivi*, 58.

⁹⁵ Cfr. D. LUBAN, *Lawyers and Justice*, cit., 125-128.

⁹⁶ *Ivi*, 128. Trad. Mia.

⁹⁷ Cfr. D. LUBAN, *Lawyers and Justice*, cit., 125. Trad. Mia.

quella determinata istituzione; (iii) dimostrare che un dovere specifico sia essenziale per il corretto esercizio del ruolo stesso e, infine, (iv) giustificare una data azione come esecuzione di quel dovere specifico, non in contrasto con gli obblighi morali generali⁹⁸. La conclusione cui si giunge seguendo tale ragionamento è che agire secondo il ruolo potrebbe risultare moralmente possibile soltanto alla condizione che la giustificazione di quell'azione appaia come la combinazione ragionevole di un bilanciamento tra la morale ordinaria e la morale di ruolo in un caso specifico⁹⁹.

Nondimeno, se a tale concezione si guarda con una lente non-cognitivista o relativista, viene meno il problema del conflitto con la morale ordinaria, atteso che quest'ultima è assunta come meramente soggettiva o relativa. Dare, per esempio – che basa tutta la sua costruzione teorica sull'idea di un insanabile pluralismo etico – critica il modello di Luban, accusandolo di condurre, per certi versi, all'abrogazione della morale del ruolo in innumerevoli casi, facendo fin troppo affidamento sulle capacità di ragionamento morale del singolo professionista, che potrebbe offrire risultati diversi in base alla sensibilità morale dell'individuo coinvolto; e ciò a scapito dei clienti¹⁰⁰. Dalla prospettiva di Luban, invece, il contrasto può esistere e deve vedere la precedenza della morale ordinaria. Solamente quando i due statuti etici non confliggono i doveri di ruolo possono continuare a fungere da criteri deontologici primari.

Trascendendo dal problema, qui brutalmente accennato, del rapporto tra morale di ruolo e morale ordinaria – che richiederebbe una ben più profonda analisi, essendo lo statuto ontologico di entrambi i termini concettuali piuttosto controverso –, l'argomento che appare più convincente, tra quelli articolati in questo dibattito, è probabilmente quello che spiega il significato del sistema accusatorio – nonché il ruolo

⁹⁸ Cfr. T. DARE, *The Counsel of Rogues*, cit., 34.

⁹⁹ *Ibidem*.

⁹⁹ *Ivi*, 35.

¹⁰⁰ *Ivi*, 41.

stesso del difensore – concependolo come un formidabile antidoto agli eccessi del potere coercitivo. Sia Luban che Rhode, come s'è avuto modo di notare, convergono nella conclusione per cui la difesa nel processo penale andrebbe intesa come una situazione a carattere eccezionale, dove maggiore rilievo deve essere dato all'istanza di protezione dell'individuo dal possibile abuso di un potere superiore, con prevalenza persino sulla giustizia stessa. In un tale contesto, là dove anche il peggior imputato rimane pur sempre un indifeso rispetto al potere delle istituzioni, l'avvocato sembrerebbe davvero indossare l'armatura scintillante del paladino della dignità umana, nello sforzo, certo non agevole, seppure imprescindibile, di «*mantenere onesto il potere dello Stato*»¹⁰¹.

¹⁰¹ Cfr. D. LUBAN, *The adversary system excuse*, cit., 30.