



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2019

ANDRÈE CHIARELLA

Il ruolo di garanzia dell'avvocato contro l'abuso del diritto

ABSTRACT – Adopting a certain concept of law implies a certain concept of legal ethics about the role of the lawyer, who often assumes an ambiguous position between being the defender of the party who is called to assist or being upholder of legal justice. This paper will try to investigate a workable alternative to this apparently insuperable conflict starting from a re-elaboration of the concept of tolerance conceiving the lawyer's role aiming at preventing abuses in law enforcement practices.

KEYWORDS – Legal ethics, jurisprudence of lawyering, legal enforcement abuse, standard view, tolerance



Il ruolo di garanzia dell'avvocato contro l'abuso del diritto**

SOMMARIO: *1. Premessa - 2. Concetti di diritto e modelli deontologici a confronto – 3. Una proposta alternativa.*

1. Premessa

Era un caldo agosto. In una piccola cittadina tedesca si festeggiava la ricorrenza dei suoi seicento anni. Otto uomini perbene suonavano in un'orchestrina di strumenti a fiato, su un palco allestito, tra il profumo di mandorle caramellate e i colori sgargianti delle bancarelle. Tra un brano musicale e l'altro arrivavano gli applausi del pubblico. All'intervallo, i musicisti si recarono dietro il sipario per ristorarsi con qualche birra fresca. Uno di loro fece cenno con la mano ad una cameriera, affinché gli servisse da bere. La ragazza è una graziosa diciassettenne, occhi azzurri e lunghi capelli biondi. Lui un uomo buffo, con la parrucca, la barba finta e il viso tutto imbellettato per la ricorrenza di paese. Nel trasportare il vassoio, troppo pesante per le sue mani esili, la ragazza perse l'equilibrio, cadde all'indietro e tutta la birra le finì sulla maglietta bianca, che diventò trasparente. Lei arrossì per il terribile imbarazzo, e chiese scusa ai musicisti per l'accaduto. Ma intorno a lei calò il silenzio, di colpo gli occhi degli otto uomini erano fissi sulla ragazza. Il primo allungò la mano e l'incubo ebbe inizio... Quando la polizia arrivò sul posto era già troppo tardi. Lei era nuda, fradicia di sangue e sotto shock. Finiti i loro comodi, gli

* Studentessa di Giurisprudenza presso l'Università degli Studi "Magna Graecia" di Catanzaro.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

uomini l'avevano gettata sotto il palco e, ebbri e soddisfatti, erano tornati a suonare davanti al loro pubblico.

La storia appena narrata non è parte dalla trama di un romanzo *noire*. Si tratta di un clamoroso caso giudiziario raccontato dall'avvocato penalista Ferdinand Von Schirach all'interno del libro *I Colpevoli*¹, e di cui si è occupato lui stesso agli albori della sua carriera a Berlino.

Quando fu contattato per essere invitato a far parte del collegio difensivo, l'allora giovane avvocato era entusiasta di accettare: si trattava del primo caso veramente importante, i giornali non parlavano d'altro.

Durante il processo penale la strategia che il collegio difensivo intese adottare fu quella del silenzio: nessuno è tenuto a dimostrare a tutti i costi la propria innocenza, solo l'accusa ha l'obbligo di esibire le prove.

I poliziotti avevano prelevato gli abiti della ragazza all'ospedale, li avevano chiusi in un sacchetto, che avevano poi messo nel portabagagli dell'auto di servizio per portarlo dal medico legale. L'auto però era rimasta al sole per troppo tempo e, con il caldo, i batteri che erano proliferati nell'involucro di plastica avevano alterato le tracce di DNA. Quanto ai medici, in sala operatoria distrussero le restanti prove intenti com'erano nel salvare la vita della ragazza che, una volta vigile e cosciente, non seppe indicare i nomi dei molestatori (infatti non era riuscita ad identificarli a causa delle parrucche e del trucco che li rendeva indistinguibili).

Quando l'avvocato incontrò uno degli otto uomini per la prima volta, questi era già in carcere da dieci giorni. Le uniche cose che riuscì a dire è che quel giorno faceva troppo caldo e che avevano tutti bevuto più del dovuto. Durante il colloquio Von Schirach non chiese al suo cliente se avesse partecipato anche lui allo stupro. Ci sono cose che un avvocato non vuole sapere.

L'udienza preliminare non durò molto. Il giudice revocò i mandati d'arresto: non c'erano prove a sufficienza, e gli imputati si erano avvalsi della facoltà di non rispondere. La linea della difesa era stata impeccabile.

¹ F. VON SCHIRACH, *I Colpevoli*, trad. it. I. A. PICCININI (a cura di), Longanesi, Milano 2013.

Gli otto uomini furono rilasciati, e tornarono dalle loro famiglie e alle loro vite. Il viaggio di ritorno a casa, per il giovane avvocato, però, fu più silenzioso del solito.

Innanzitutto a casi di cronaca simili ci si chiede dove sono i limiti del diritto quando la linea difensiva del silenzio può lasciare impuniti gli autori di un crimine così efferato, ma soprattutto quale dovrebbe essere il ruolo di un avvocato in tale contesto².

Dare una risposta a questi interrogativi è tutt'altro che semplice. Nondimeno nel presente elaborato ci si propone di sottoporre a vaglio critico due proposte teoriche afferenti la professione forense, che dipendono, in buona misura, dal diverso concetto di diritto che si intende assumere. Nella conclusione, invece, si avvanzerà una possibile soluzione al conflitto, apparentemente insuperabile, tra diritti del cliente e giustizia sostanziale.

2. Concetti di diritto e modelli deontologici a confronto

La riflessione filosofica e giuridica moderna si è soffermata moltissimo sull'analisi del concetto di diritto e su come il diritto interagisca con la morale. Così, tradizionalmente, si incontrano e si scontrano due dottrine: il positivismo giuridico schierato a difendere la tesi della separazione concettuale tra diritto e morale, e il giusnaturalismo, o qualche altra forma di non-positivismo, fermo nel rivendicare una loro connessione necessaria.

Il giuspositivismo rappresenta un buon *background* per il modello teorico della “*standard view*” dell'avvocato che, in realtà, raggiunge uno sviluppo più completo grazie all'influenza delle dottrine giusrealistiche.

² Sul finire degli anni Settanta, nel panorama americano, il fulcro della riflessione deontologica sul tema viene sintetizzato dalla domanda di Charles Fried: «[c]an a good person be a good lawyer?»; C. FRIED, *The Lawyer as Friend: The Moral Foundation of the Lawyer-Client Relation*, in “Yale L. J.”, 85/1976, 1060 ss.

Queste, sorte come reazione al positivismo giuridico, invero ne costituiscono una prosecuzione con altri mezzi. Nel realismo giuridico, infatti, il diritto viene riformulato come la previsione del futuro comportamento dei giudici, che sono i veri destinatari delle norme. In quest'ottica, l'avvocato ha la funzione di consigliare ai propri clienti la via migliore per conseguire il successo di una eventuale azione giudiziale, assumendo le vesti di un professionista neutrale rispetto allo statuto morale degli obiettivi della parte che assiste³.

Confacente a questa visione è il profilo dell'avvocato tracciato dal positivismo giuridico, del quale si possono dare almeno due significati: «[i]n senso lato il positivismo giuridico è quella teoria che afferma che il diritto è opera dell'uomo, prodotto sia pure involontario della sua azione. In senso stretto positivismo giuridico è quella dottrina che afferma che unico produttore del diritto è lo Stato e che non vi sono altre fonti del diritto al di fuori dei suoi confini. Secondo questa dottrina "giuridico" equivarrebbe a "statale"»⁴.

³ Sul punto, è opportuno segnalare l'analisi di una interessante prospettiva deontologica avanzata da M. LA TORRE, *Variaciones sobre la moral del abogado: Ambigüedades normativas, teorías deontológicas, estrategias alternativas*, in C. GARCÍA PASCUAL (a cura di), *El buen jurista: Deontología del Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, 197 L'A. si sofferma in particolare sul concetto di avvocatura secondo Alf Ross, in una rivisitazione della sua teoria realistica e predittiva del diritto. Ne *Directive and Norms* (1968), modificando la sua precedente visione del discorso giuridico così come era stata presentata in *On Law and Justice* (1966), il filosofo danese sostiene che l'avvocato all'interno del processo – quando ad esempio afferma "Questo contratto non è valido" – non farebbe alcuna previsione (del futuro comportamento dei giudici), come sostengono molti realisti giuridici, ma una "esortazione", sotto forma di una *disinterested directive*. In particolare, ciò che l'avvocato sostiene e articola durante il processo sono le ragioni che il giudice dovrebbe porre come base della sua sentenza, perché si presume siano *corrette*. In questo senso Ross qualifica la direttiva disinteressata come una "esortazione".

⁴ M. LA TORRE, *Il Giudice, l'Avvocato e il Concetto di Diritto*, Rubbettino Editore, Soveria Mannelli 2002, 173.

Tale approccio al diritto ha finito per giustificare il ruolo del tutto passivo del giurista come conseguenza della rigida e incondizionata fedeltà al testo di legge, con esiti talvolta estremi. Gli illuministi, ad esempio, avevano mostrato una profonda diffidenza verso l'attività interpretativa e consideravano la legge di per sé chiara ed esaustiva: «interpretarla equivale quasi sempre a corromperla» scrive Voltaire in un passo de *Dizionario filosofico delle leggi*. E così, venendo meno la possibilità di una attività ermeneutica sulla disposizione normativa, il giudice diviene essenzialmente «una sorta di macchina, di automa, di ripetitore sillogistico (in senso meccanico) della legge»⁵ mentre l'avvocato addirittura «viene espulso dal sistema giuridico, trasformandosi o in un sosia, in un “doppio” della parte che si muove per motivi del tutto opportunistici e soggettivi oppure in un *alter ego* del giudice»⁶. Ne consegue che, se tutto il diritto si sintetizza nella sola legge statale, tutto ciò che rappresenta la meccanica applicazione di essa è legittimo e «le regole deontologiche connesse alle professioni giuridiche evaporano – per così dire – al sole cocente della norma positiva che si autoapplica»⁷.

Il modello deontologico della “*standard view*” si sorregge su tre pilastri, che sono stati efficacemente individuati da David Luban – esperto di *legal ethics* – in «*partisanship, neutrality, and non-accountability*»⁸.

Il dovere di “*partisanship*” impone all'avvocato una fedeltà incondizionata verso il cliente. Il dovere di “*neutrality*”, invece, gli preclude la possibilità di avanzare un giudizio etico sui suoi obiettivi processuali. Infine, il principio di “*non-accountability*” costituisce la fisiologica conseguenza dei precedenti doveri: gli obblighi connessi al ruolo del difensore non possono essere condizionati dalla morale comune,

⁵ Ivi, 159.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Ivi, 120

⁸ D. LUBAN, *Misplaced Fidelity*, in *Texas L. Rev.*, 90 (2012), 673-690, spec. 673. Sul punto si veda anche A. ROMEO, *Legalità, giustizia e deontologia. La funzione degli avvocati tra giustizia sostanziale ed etica professionale*, in *Ordines*, 2/2015, 243.

dimodoché il professionista non è (moralmente) responsabile per la condotta della parte che, semplicemente, è chiamato ad assistere.

La fedeltà incondizionata verso l'assistito, giocoforza, non sembrerebbe lasciare spazio per l'aspirazione e il perseguimento di forme di giustizia sostanziale: "buon" avvocato potrà essere solo colui che è in grado di fare ottenere al suo cliente anche ciò che non avrebbe pieno diritto a conseguire.

Al riguardo, una interessante interpretazione che, partendo dallo stesso punto di partenza, giunge a conclusioni differenti proviene da un illustre avvocato e giudice inglese, Lord Denning (1899-1999), la cui opinione sul ruolo dell'avvocato si distingue per una alta dose di ambiguità. Quest'ultimo, pur riconoscendo fra gli obblighi del difensore quello di accettare la difesa di chiunque ne faccia richiesta – non importa quanto spiacevole e impopolare sia la causa e quanto malvagio sia il suo cliente – qualifica l'avvocato come un funzionario della giustizia. Nella sua linea di pensiero, in sostanza, convergono le due "anime" dell'avvocato: egli deve accettare l'incarico e fare il possibile per favorire il cliente, la cui difesa è richiesta "fino alla fine", tuttavia – si manifesta qui l'ambiguità – la sua obbedienza deve essere rivolta ad una causa più alta di quella (personale) che persegue il cliente. Questa è la causa della giustizia e della verità⁹. Così, come afferma il cancelliere D'Aguesseau in un famoso discorso davanti al Parlamento di Parigi sul finire del diciassettesimo secolo, l'avvocato sembra avere una doppia responsabilità, verso il suo cliente e verso il giudice: «[v]ous êtes placés, pour le bien du public, entre le tumulte de passions humaines et le trône de la justice; vous portez à ses pieds les vœux et les prières des peuples; c'est par vous qu'ils reçoivent ses décisions et ses oracles: vous êtes également redevables et aux juges et à

⁹ Cfr. M. LA TORRE, *Variaciones sobre la moral del abogado: Ambigüedades normativas, teorías deontológicas, estrategias alternativas*, cit., 180.

vos parties; et c'est ce double engagement qui est le principe de toutes vos obligations»¹⁰.

Questa peculiare lettura circa la funzione dell'avvocato mette in rilievo la tensione interna, mai sopita, che caratterizza questo professionista del diritto, all'interno del quale si concentrano almeno tre distinti ruoli: «(i) quello del rappresentante, del mandatario, del procuratore (che rappresenta gli interessi della parte e che deve identificarsi con gli interessi di questa); (ii) quello del consulente tecnico, che assiste la parte nel difficile compito di districarsi nei meandri della legge e della procedura giudiziaria (là dove anche in tal caso gli interessi del consulente tecnico e quelli della parte sono grosso modo identici ovvero si sovrappongono gli uni agli altri). (iii) V'è infine l'"avvocato" in senso stretto, il difensore in giudizio. [...] All'avvocato così considerato non compete né si addice una identificazione piena con la parte. Ciò in quanto il suo discorso mantiene una pretesa di correttezza: egli parla rivendicando principi di giustizia [...]»¹¹.

Una possibile soluzione a questo conflitto insito alla professione forense potrebbe essere quella di accettare l'idea di una "morale speciale" dell'avvocato rispetto alla morale comune, che gli consentirebbe di tenere, in virtù del peculiare ruolo che è chiamato ad incarnare, comportamenti normalmente proibiti all'uomo comune.

La tesi della "morale speciale" è tradizionalmente supportata da quattro giustificazioni principali, articolate più o meno nella maniera che segue¹²:

(i) Il primo argomento fondamentale è che sia plausibile che la difesa degli interessi del cliente da parte dell'avvocato si risolva nella difesa

¹⁰ Ivi, 181.

¹¹ M. LA TORRE, *Il Giudice, l'Avvocato e il Concetto di Diritto*, cit., 146.

¹² Di questa analisi se ne dà più diffusamente conto in M. LA TORRE, *Variaciones sobre la moral del abogado: Ambigüedades normativas, teorías deontológicas, estrategias alternativas*, cit., 88 ss.

di atti ingiusti e moralmente inaccettabili, giacché, nel complesso, le conseguenze di una attività difensiva condotta in questo modo, all'interno del sistema, produrrebbero una percentuale di bene superiore a quella che si potrebbe ottenere se gli avvocati non esistessero, pertanto, la loro attività professionale contribuisce comunque al funzionamento della macchina della giustizia. Infatti, «se la difesa partigiana [*partisan advocacy*] funziona come deve, essa rende più nette le scelte che i giudici hanno da assumere e fa risaltare maggiormente i particolari del caso in questione»¹³.

(ii) Il secondo argomento si basa sull'accordo tra avvocato e cliente. Attraverso un accordo, infatti, il cliente conferisce l'incarico al proprio legale di difendere i suoi interessi, e gli indica anche le modalità di conduzione della difesa. In tal modo l'avvocato diventa un mero esecutore della volontà del suo cliente, godendo di assoluta irresponsabilità morale per la condotta della parte che assiste in giudizio.

(iii) Il terzo argomento giustifica la “morale speciale” in virtù delle aspettative generali verso l'avvocato, in ragione del suo particolare ruolo professionale. Giacché l'avvocato nel sistema legale può incarnare le vesti del difensore, il cliente si aspetterà da lui una totale neutralità rispetto agli obiettivi che questi intende perseguire con l'ausilio della sua consulenza tecnica.

(iv) Infine, l'ultimo argomento è quello della “giustificazione istituzionale”, per la quale sarebbe necessario distinguere la condotta illecita “personale” da quella “istituzionale”, vale a dire il male prodotto intenzionalmente da un individuo dal male prodotto per l'agire all'interno di una certa istituzione¹⁴. In base a questa lettura vi sarebbe una cesura

¹³ J. P. DAWSON, *The Oracles of the Law*, ristampa, Greenwood, Westport, Conn. 1978, 503. Sul punto si veda anche M. LA TORRE, *Il Giudice, l'Avvocato e il Concetto di Diritto*, cit., 150.

¹⁴ Così scrive al riguardo lo studioso americano Charles Fried: «We should absolve the lawyer of personal moral responsibilities for the result he accomplishes, because the wrong is only institutional» (C. FRIED, *The Right and Wrong*, Harvard University Press,

importante tra l'etica professionale del giurista e quella dell'uomo comune: «[c]ome essere umano deciderei in questo modo, ma come giudice o avvocato sono *obligato* a prendere una decisione opposta – è questo il *refrain* di tale atteggiamento»¹⁵.

Passate velocemente in rassegna le principali argomentazioni a sostegno della c.d. morale di ruolo dell'avvocato, è legittimo domandarsi fino a che punto queste strategie argomentative siano capaci di convincere il lettore.

Quanto al primo argomento, è stato osservato che «se cruzan y entrelazan dos perspectivas teóricas distintas: (a) por un lado una visión providencial, una especie de teodicea por la cual el sufrimiento o el mal individual se compensa por un bien futuro y colectivo o general; (b) y por otro lado hay una perspectiva consecuencialista o utilitarista según la cual lo que importa son los resultados y el bien agregado producido por la conductas»¹⁶, cioè si intersecano le due prospettive teoriche del provvidenzialismo e del consequenzialismo-utilitarismo. L'una – il provvidenzialismo – giustifica la sofferenza attuale dell'individuo in vista del conseguimento del benessere futuro collettivo; l'altra – il consequenzialismo-utilitarismo – sacrifica il bene individuale in vista dell'utilità del maggior numero di utenti nel sistema nel lungo periodo. «Ora, a prescindere pure dalla nota sarcastica osservazione di Keynes che “nel lungo termine” saremo tutti defunti, osservazione che punta al carattere astratto ed antividualistico in ultima istanza di quell'idea, la tesi per cui da una azione immorale possa in séguito avere origine un evento morale è qualcosa che confligge con la nozione stessa di

Cambridge, Mass, 1978, 192). Sul punto si veda anche M. LA TORRE, *Variaciones sobre la moral del abogado: Ambigüedades normativas, teorías deontológicas, estrategias alternativas*, cit., 189-190.

¹⁵ M. LA TORRE, *Il Giudice, l'Avvocato e il Concetto di Diritto*, cit., 152.

¹⁶ M. LA TORRE, *Variaciones sobre la moral del abogado: Ambigüedades normativas, teorías deontológicas, estrategias alternativas*, cit., 91.

morality»¹⁷. Un simile approccio, inoltre, è rischioso in quanto conduce ad un atteggiamento nichilista che tutto permette e nulla vieta, in assenza di una soglia normativa che funga da limite all'agire umano.

La seconda argomentazione, che fa leva sull'esistenza di un accordo tra avvocato e cliente, pare troppo debole per assumere la plausibilità di una "morale speciale" in capo al professionista forense, si prenda ad esempio la teoria del negozio giuridico e del contratto: se l'oggetto o la causa del contratto sono illeciti, questo sarà nullo. Allo stesso modo si può sostenere che «si el objeto o la causa del acuerdo es inmoral, el acuerdo es moralmente inválido e incapaz de ofrecer una justificación moral a lo que normalmente nos resulta éticamente deplorable»¹⁸, cioè, se l'oggetto o la causa del contratto è immorale, questo sarà incapace di offrire una giustificazione a ciò che, normalmente, risulta eticamente scorretto.

La terza argomentazione è fondata sull'aspettativa che il cliente nutre verso l'avvocato, aspettativa che si basa sulla mera osservazione e considerazione del ruolo che il legale svolge nel contesto processuale. Tuttavia «las expectativas que se fundan sobre ciertos hechos no impiden que los hechos puedan ser sometidos a juicio moral y que incluso al final se decida que sea moralmente necesario condenar y modificar los hechos en cuestión»¹⁹, l'esistenza di aspettative basate sull'osservazione di fatti non deve impedire una valutazione morale dei fatti medesimi. Altrimenti saremmo di fronte alla fallacia descrittivistica, ovvero la pretesa di derivare un *dover essere* dalla mera osservazione di un *essere*, un fatto sociale.

Infine, anche la quarta argomentazione lascia un gusto amaro in bocca. La strategia adottata in questo caso è quella di distinguere il comportamento illecito "personale" da quello "istituzionale", e di

¹⁷ M. LA TORRE, *Il Giudice, l'Avvocato e il Concetto di Diritto*, cit., 151.

¹⁸ M. LA TORRE, *Variaciones sobre la moral del abogado: Ambigüedades normativas, teorías deontológicas, estrategias alternativas*, cit., 192.

¹⁹ *Ibidem*.

giustificare il comportamento – normalmente giudicato immorale – di colui il quale agisce all’interno di una particolare istituzione, quale potrebbe essere, ad esempio, l’avvocatura. Questo argomento, tuttavia, non funziona per il semplice fatto che «las instituciones no son entidades ontológicas distintas y superiores a las conductas individuales de que se componen y que por consiguiente no pueden ser asumidas como un hecho indefectible por la consideración moral»²⁰, le istituzioni non sono entità ontologiche diverse dalle condotte individuali di cui si compongono, per cui non possono considerarsi esenti da valutazioni di carattere morale. Peraltro le istituzioni non sono date solo da regole, ma anche e soprattutto dall’applicazione delle regole. L’applicazione delle regole, a sua volta, è un fatto discrezionale. Infatti le regole non regolamentano la propria modalità di applicazione, con la conseguenza che prima di applicare una regola l’agente dovrà interrogarsi su come agire, pertanto sarà inevitabilmente posto davanti alla scelta, anche morale, di *come* applicare la regola. Così l’avvocato non potrà appellarsi a nessuna “morale speciale” per la sola appartenenza ad una istituzione, ma anzi dovrà trovare proprio all’interno dell’istituzione il suo “Witz”, il suo senso, e dopo averlo chiarito, a partire da esso, trovare un possibile criterio direttivo per la sua condotta. In conclusione, si osserva che il senso dell’istituzione «tiene que ser a su vez interpretado y justificado, y tal interpretación y justificación no se puede operar sin algún tipo de razonamiento normativo fuerte, es decir finalmente de carácter substantivamente moral»²¹.

A sostegno della *standard view* dell’avvocato, nell’ambito del dibattito deontologico moderno, non si pone quale unico argomento la tesi della c.d. morale di ruolo, v’è altresì l’idea che, altrimenti, se gli avvocati avessero il potere di giudicare le conseguenze etiche delle possibili azioni giuridiche, alcuni individui potrebbero vedersi negati i propri diritti. E se ciò

²⁰ Ivi, 190.

²¹ Ivi, 191.

accadesse si determinerebbe «un surrettizio e pericoloso passaggio dalla democrazia verso una “oligarchia di avvocati”»²².

Per la tradizione giuspositivista – paradigma dominante tra i giuristi moderni – «una volta determinati gli interessi del cliente, il professionista, agendo come un freddo e distaccato “*hired gun*”, è chiamato a individuare la gamma di azioni giuridiche che appaiono più efficaci per raggiungerli e renderli concreti, finanche forzando l’indeterminatezza semantica che accompagna le disposizioni normative attraverso interpretazioni creative, ovvero sfruttando, all’occasione, ogni plausibile lacuna, cavillo o scappatoia presente nel sistema»²³. Una tale posizione, è chiaro, non offre sufficiente spazio teorico per lo sviluppo di una dottrina deontologica delle professioni legali, pertanto, a tal fine, pare necessario abbandonare il modello giuspositivista e guardare altrove.

Diametralmente opposto è il risultato cui si giunge adottando un diverso concetto di diritto. Se, infatti, il diritto fosse concepito come necessariamente connesso al ragionamento morale, il modello teorico della “*standard view*” potrebbe risultare, per certi versi, aberrante. Così, visioni alternative si inseriscono nel solco di un modello deontologico improntato ad un certo «attivismo morale»²⁴ nelle consulenze giuridiche. Gli avvocati avrebbero il dovere di effettuare *ex ante* valutazioni etiche

²² R. WASSERSTROM, *Lawyers as Professionals: Some Moral Issues*, in *Hum Rts*, 5 /1975, 1-24, spec. 6. Si veda anche A. ROMEO, *Legalità, giustizia e deontologia. La funzione degli avvocati tra giustizia sostanziale ed etica professionale*, cit., 245.

²³ A. ROMEO, *Legalità, giustizia e deontologia. La funzione degli avvocati tra giustizia sostanziale ed etica professionale*, cit., 241-242.

²⁴ 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. ROMEO (a cura di), in K.R. KRUSE, *Avvocatura e teoria del diritto. Per una deontologia forense filosoficamente consapevole*, M. LA TORRE (a cura di), Napoli 2015, 39. Sul punto si veda anche A. ROMEO, *Legalità, giustizia e deontologia. La funzione degli avvocati tra giustizia sostanziale ed etica professionale*, cit., 249.

sulle azioni che i propri clienti vorrebbero intentare, rifiutando di patrocinare le cause ingiuste.

Piero Calamandrei, politico, avvocato e accademico italiano, nella sua opera *Troppi avvocati!* del 1921 disegna l'immagine dell'avvocato come un collaboratore del giudice, orientato all'ideale della giustizia sostanziale e del bene comune. Per lui l'avvocato ha una funzione sociale e statale importantissima: «[o]ggi, quando si pensa che anche il processo serve a riaffermare nella sentenza l'autorità dello Stato, 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»²⁵. Sul piano deontologico tale prospettiva implica che l'avvocato sia il primo giudice della parte, e in quanto tale – così raccomanda Calamandrei – deve consentire il suo patrocinio solamente quando pensa che, giovando al privato facilitandogli la vittoria sull'avversario, giova anche allo Stato provocando una sentenza conforme al diritto²⁶. È chiaro che seguendo questo orientamento la funzione dell'avvocato viene gravata di grosse responsabilità. Dovendo in un certo senso sottoporre a scrutinio morale le condotte dei suoi possibili clienti prima di assumere l'incarico, l'avvocato costituirebbe, in sostanza, un filtro d'accesso al meccanismo di

²⁵ P. CALAMANDREI, *Troppi avvocati!*, ora in, *Opere giuridiche*, M. CAPPELLETTI (a cura di), Vol. 2, Morano, Napoli 1965, 68. Sul punto si veda anche M. LA TORRE, *Variaciones sobre la moral del abogado: Ambigüedades normativas, teorías deontológicas, estrategias alternativas*, cit., 186.

²⁶ Nel contesto angloamericano tale impostazione deontologica viene avvertita come necessaria dall'avvocato David C. Hoffman, il quale, nel suo scritto *Fifty Resolutions in Regard to Professional Deportment* del 1836, alla massima numero undici dichiara: «If, after duly examining a case, I am persuaded that my client's claim or defense (as the case may be), cannot, or rather ought not to, be sustained, I will promptly advise him to abandon it. To press it further in such a case, with the hope of gleaning some advantage by an extorted compromise would be lending myself to a dishonorable use of legal means in order to gain a portion of that, the whole of which I have reason to believe would be denied to him both by law and justice».

difesa processuale, con la conseguenza assai rischiosa che sarebbero seriamente minate le basi dello Stato di diritto.

3. *Una proposta alternativa*

Da quanto detto sino ad ora, insomma, emerge il paradosso che fa oscillare l'attività forense tra il rispetto di valori tipicamente costituzionali (come la giustizia) da un lato, e gli interessi della parte assistita dall'altra, dimodoché la natura dell'avvocato sembrerebbe destinata ad una irriducibile "doppiezza", salvo prospettare una terza via. Si potrebbe concettualizzare una funzione alternativa dell'avvocato, come garante contro l'abuso del diritto. Così potrebbe essere in parte superata quella schizofrenia endemicamente legata alla figura dell'avvocato che negli anni, tra l'altro, ha contribuito a rendere impopolare questo nobile mestiere.

L'idea prende le mosse da una rinnovata interpretazione del concetto di tolleranza, avanzata da Massimo La Torre all'interno di un capitolo del libro *Seminari di filosofia del diritto*²⁷. Quest'ultimo muove la propria elaborazione concettuale dall'analisi critica delle due principali letture del concetto di tolleranza avanzate nel dibattito moderno. Una prima lettura concepisce la tolleranza come quell'atteggiamento intenzionale di un soggetto dotato di poteri autoritari, il quale, pur giudicando una condotta riprovevole, sulla scorta di ulteriori considerazioni, ritiene di non doverla sanzionare. La condotta tollerata, in altre parole, anche se giuridicamente permessa è marchiata come moralmente negativa o riprovevole. Tale concezione, tuttavia, è normativamente e moralmente inaccettabile, nonché del tutto inconciliabile con un regime che riconosca una piena

²⁷ M. LA TORRE, *Tolleranza*, in M. LA TORRE, G. ZANETTI, *Seminari di filosofia del diritto. Categorie del dibattito contemporaneo*, Rubettino, Soveria Mannelli 2000. Sul punto interessante è la disamina di A. ROMEO, *Legalità, giustizia e deontologia. La funzione degli avvocati tra giustizia sostanziale ed etica professionale*, cit., 284 ss.



n. 1/2019

libertà di espressione e uguale dignità a tutti gli esseri umani: «[i]l “tollerato” può essere qui nient’altro che il suddito di un principe benevolo. Ora, quest’ultima configurazione della situazione giuridica soggettiva dei singoli mi pare in contrasto col principio democratico, vale a dire con l’idea di una comunità di cittadini, individui tutti uguali e autonomi, padroni delle loro istituzioni politiche»²⁸.

Una seconda lettura, invece, intende la tolleranza come una situazione pre-giuridica, una variante lessicale della laicità dello Stato, del tutto inutile in presenza di un sistema di libertà su base egualitaria. Dove vi sono diritti, così si argomenta, proporre una tale concettualizzazione sarebbe fuorviante perché un diritto non si deve “tollerare” bensì riconoscere e proteggere.

Nondimeno La Torre ritiene si possa sostenere una terza variante del concetto di tolleranza, per la quale essa viene intesa come un criterio cui ispirarsi nell’esercizio di un diritto soggettivo. Per dirla à la Hart, «*rules cannot provide for their own applications*»²⁹, i diritti tacciono sulle modalità della loro applicazione, ed anche sulle conseguenze pratiche del loro esercizio. Quest’ultimo, in particolare, rimanda a criteri che non possono essere rinvenuti nel contenuto semantico dei diritti stessi. Perciò la riformulazione di un’autonoma concezione della tolleranza potrebbe essere declinata proprio come un criterio per la giustificazione delle modalità e dell’esercizio stesso di un diritto soggettivo. La prima formula che propone il La Torre è la seguente: «(i) *Prima di esercitare un diritto che abbia conseguenze fortemente negative sugli interessi di qualcuno, allorché l’esercizio di un tale diritto è facoltativo, è necessario che il titolare del diritto consideri gli interessi del possibile danneggiato come*

²⁸ M. LA TORRE, *Tolleranza*, cit., 155.

²⁹ H.L.A. HART, *Problems of the philosophy of Law*, ora in H.L.A. HART, *Essay in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1988, 106. Sul punto si veda anche A. ROMEO, *Diritto, religioni, democrazia. La partecipazione democratica dei cittadini religiosi*, Giuffrè Editore, Milano, 2016, 166-169, spec. 168.

ragioni che ostano all'esercizio del suo diritto»³⁰. Qualora l'esercizio del diritto non sia facoltativo, non dipendendo dalla mera volontà del titolare, cioè quando sia stato superato ciò che La Torre definisce "primo controllo di tolleranza", allora entrerà in gioco la seconda formula: «(ii) È necessario esercitare il diritto nel modo meno dannoso possibile agli interessi che l'esercizio medesimo pone in questione e danneggia comunque in modo rilevante»³¹. Il principio di tolleranza non scompare una volta terminato il processo legislativo. Quest'ultimo, una volta concluso, avrà sì esaurito la fase giustificativa, ma non avrà chiuso le porte al discorso pratico. Infatti proprio in questo momento si apre il processo di applicazione delle norme e dei diritti, cui deve corrispondere un altro tipo di discorso pratico, dotato di caratteristiche proprie. Il discorso pratico applicativo, seguendo l'impostazione di La Torre, rimanda ai principi di razionalità, universalizzabilità e proporzionalità, non potendo l'esercizio di un diritto violare tali principi sul presupposto che gli stessi debbono essere considerati solo nella fase giustificativa-deliberativa.

Il principio di tolleranza, così formulato, consente di superare uno dei limiti più evidenti della "standard view" che si presenta allorché la legge, in astratto, permette al cliente di raggiungere determinati risultati, i quali nondimeno provocano un danno (moralmente) ingiusto ad altri. Sta tutta qui, infatti, la scissione interiore del buon uomo-avvocato.

Innanzitutto al caso di uno stupro di gruppo perpetrato contro una giovane ragazza innocente, come dovrebbe agire il difensore degli aguzzini? Come si può conciliare il ruolo del professionista chiamato a individuare i mezzi più efficaci per raggiungere gli interessi del suo assistito, con la pretesa di giustizia che, in teoria, impronta ogni sistema democratico?

Senza negare a nessuno il diritto alla difesa (rischio questo prospettato nell'ambito dell'adesione ad un modello deontologico improntato all'attivismo morale nelle consulenze giuridiche), il principio di tolleranza

³⁰ M. LA TORRE, *Tolleranza*, cit., 161.

³¹ *Ibidem*.

potrebbe fornire un valido criterio atto ad orientare l'esercizio del diritto medesimo. Infatti, «a parità di fedeltà al diritto e di piena realizzazione del suo contenuto di valore è ragionevole scegliere la condotta più adeguata tirando in conto le conseguenze della condotta medesima. Altrimenti è ben possibile parlare di *abuso* del diritto»³².

L'abuso del diritto viene riconcettualizzato come un eccesso di potere, la deviazione inflitta ad un diritto che si utilizza "intollerabilmente", cioè senza il rispetto dei tre principi che, insieme, costruiscono il "super-principio" di tolleranza, cioè: la razionalità («che impone di produrre argomenti a sostegno delle proprie affermazioni»³³), l'universalizzabilità («che ci impone innanzitutto un uso coerente del linguaggio e poi la possibilità dell'accordo da parte degli interessati sugli effetti di una generale applicazione delle regole o del generale esercizio del diritto»³⁴) e la proporzionalità.

Il processo di applicazione delle norme e dei diritti, insomma, deve essere orientato da qualche principio la cui fonte non è rintracciabile nel contenuto semantico della norma o diritto da applicare, ma riposa altrove: nella tolleranza, che può in definitiva riformularsi come «*principio dell'esercizio di un diritto*»³⁵.

L'avvocato, che invece di distorcere e piegare la norma agli interessi del suo cliente lo indirizzasse verso il modo meno dannoso possibile per realizzare ugualmente il suo diritto, non sovrappone l'etica dell'uomo comune agli interessi del suo assistito in nome di un principio di giustizia che impronta l'ordinamento giuridico in cui è calato, né viene meno alla fedeltà nei confronti della parte che assiste. Così è in grado di comporre il paradosso della "doppiezza" che contraddistingue la sua figura,

³² Ivi, 160.

³³ Ivi, 165.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Ivi, 166.

garantendo un esercizio “giusto” dei diritti dei propri clienti e assumendo le vesti di un garante contro l’abuso del diritto.