



# ORDINES

*Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee*

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2021

FORUM

A CURA DI ANDREA ROMEO

**Avvocatura, deontologia e il concetto di diritto**

contributi di

**MAURO BARBERIS, LUIGI PANNARALE, FEDERICO  
PUPPO, ALDO SCHIAVELLO, PAWEŁ SKUCZYŃSKI,  
ISABEL TRUJILLO**

**ABSTRACT** - The forum hosts a jurisprudential discussion focused on the possible relationship involving the role and function of lawyers in the legal system, the idea of legal ethics and the concept of law. The paper purpose aims at providing an insight on the various jurisprudential issues that such a topic may raise. In fact, in the following discussion among prominent jurists, different interesting approaches stem out, due to the clever contributions of Mauro Barberis, Luigi Pannarale, Federico Puppo, Aldo Schiavello, Paweł Skuczyński, Isabel Trujillo.

**KEYWORDS** - Legal Ethics, Concept of Law, Lawyer, Morality.

ANDREA ROMEO\*

## Avvocatura, deontologia e il concetto di diritto

### 1. Una breve introduzione

Il forum che si pubblica in questo numero raccoglie analisi e suggestioni sul rapporto che può intercorrere tra la figura avvocato, e la funzione da questo svolta nel sistema giuridico, l'etica professionale e il concetto di diritto, cercando di mettere insieme, in una trama comune, problemi e questioni trasversali. L'idea di fondo, sulla quale si è cercato di stimolare le riflessioni di importanti studiosi di filosofia e sociologia del diritto, è che i tre concetti considerati – la funzione dell'avvocato, l'etica professionale e il concetto di diritto – siano molto più influenzabili reciprocamente di quanto possa *prima facie* apparire, e chiamino in causa un approccio speculativo sinergico, proteso ad uno studio di una deontologia forense filosoficamente consapevole. L'avvocato, soprattutto – come è stato opportunamente osservato<sup>1</sup> –, è la figura dimenticata, forse addirittura negletta, dalla tradizione di pensiero giusfilosofico continentale, quest'ultima ossessionata prima dal legislatore e poi dal giudice, e che non ha disdegnato di occuparsi dello scienziato del diritto. Ciò a dispetto, invero, della quotidianità dell'azione dell'avvocato. Ora, se è vero che nel contesto anglosassone, e specialmente quello nordamericano, ormai da tempo la filosofia del diritto ha rivendicato come propri i temi del dibattito di *legal ethics* – si parla appunto di *jurisprudential turn in legal ethics*<sup>2</sup> –, è altrettanto vero che da qualche anno, però, si assiste ad un rinnovato – ma forse non ancora sbocciato del tutto – interesse della filosofia del diritto continentale per la figura dell'avvocato e il

---

\* Assegnista di ricerca in Filosofia del diritto – Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Sociologia, Università *Magna Græcia* di Catanzaro.

<sup>1</sup> Cfr. M. LA TORRE, *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2002, 53-54. Come fa notare l'Autore; «[a] centinaia si ammassano libri e articoli dedicati alla funzione del giudice e al potere giudiziario, studiato da molteplici quasi infinite prospettive»; ma «se tanto si parla e si discute di giudici, sotto silenzio continua a passare la figura dell'avvocato».

<sup>2</sup> Cfr. 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 *EAD., Avvocatura e teoria del diritto. Per una deontologia forense filosoficamente consapevole*, a cura di M. LA TORRE, Esi, Napoli, 2015.

rapporto tra l'etica professionale forense e le diverse concezioni del diritto<sup>3</sup>.

Tale interesse si deve in parte anche ad un fenomeno per certi versi contraddittorio: mentre da un lato si registra il ritorno di argomenti paradigmaticamente essenzialisti nel dibattito giusfilosofico, dall'altro, per converso, si dà un contro movimento teorico che insiste sull'importanza cruciale del punto di vista interno. Il quale – va detto – può essere inteso più liberalmente come punto di vista del partecipante alla pratica del diritto. Da questa prospettiva, allora, riguadagna terreno la figura dell'avvocato, che pur non compiendo nessuna azione riconducibile ad una funzione paradigmatica del diritto – non crea diritto, non decide, e nemmeno sistematizza i concetti giuridici facendone scienza –, nondimeno è attore fondamentale della prassi, rappresentando un *medium* per la concreta applicazione, “vivente”, delle regole giuridiche. L'avvocato – come dice Gustavo Zagrebelsky – «è colui che opera una prima trasfigurazione e fa entrare la multiforme esperienza della vita nella tipicità del diritto o, dal punto di vista opposto, è colui che fa entrare il diritto nella vita: una sublimazione giuridica o una contaminazione fattuale»<sup>4</sup>. Il diritto – si sa – è un oggetto complicato, una selva intricata di regole e istituti, e per renderlo non solo essoterico, ma soprattutto per attivarlo nella prassi, ci vogliono degli esperti che conoscano il sistema delle norme e soprattutto come farlo funzionare, nonché siano abilitati a farlo<sup>5</sup>. Il che è molto semplice a dirsi, assai meno a farsi. Ne era già ben consapevole Domenico Giuriati – anche perché avvocato egli stesso –; soprattutto perché il cliente, *puzzled* o *bad* che sia, non vuole solo lumi su un istituto giuridico o una categoria dogmatica (ché allora la funzione cognitiva potrebbe essere ben servita anche da un giurista teorico), ma su un fatto particolare, e la traduzione di ciò in termini operativi. «Rispondere per la verità: presto detto» – questo è il compito dell'avvocato interrogato per Giuriati –, «ma che cosa è la verità? *Quid est Veritas* chiedeva quel giudice-tipo ch'ebbe nome Pilato»<sup>6</sup>. Ce n'è davvero una

<sup>3</sup> Si veda, per esempio, il bel saggio di I. TRUJILLO, *Etica delle professioni legali*, Il Mulino, Bologna, 2013.

<sup>4</sup> Si veda il capitolo quarto “Avvocati” in G. ZAGREBELSKY, *La giustizia come professione. Un'indagine sulla natura, i simboli, i cliché di chi esercita le professioni del diritto*, Einaudi, Torino, 2021, spec. 101. «[D]alla porta della legge» – scrive Zagrebelsky – «l'uomo di campagna non è autorizzato a passare se non è accompagnato». *Ivi*, 102.

<sup>5</sup> S.L. PEPPER, *The Lawyer's Amoral Ethical Role: A Defense, A Problem and Some Possibilities*, in *A. B. Found. Res. J.*, 4/1986, spec. 616-617.

<sup>6</sup> Cfr. D. GIURIATI, *Come si fa l'avvocato* (1874), Rubbettino, Soveria Mannelli, 2021.

sola per il giurista, una *one right answer* potremmo dire, ovvero essa è piuttosto uno «splendido poligono che offre tante sembianze diverse quanti sono gli sguardi che sopra quella si figgono?»<sup>7</sup>. Evidentemente dal tipo di risposta che si intende dare ad una tale domanda può dipendere, di conseguenza, un certo idealtipo di avvocato, una certa concezione di etica professionale e soprattutto una certa idea del diritto.

Invero le funzioni ascritte o pensate per gli avvocati nelle varie concezioni teoriche sono tra le più disparate. Per alcuni, essi coadiuvano gli individui “giuridicamente laici” affinché questi ultimi possano conoscere, e usare il diritto, in modo consapevole<sup>8</sup>. Oppure, in un altro senso, per aiutare i cittadini a farsi tali, supplendo ad alcune possibili deficienze della cittadinanza<sup>9</sup>, o persino come paladini della dignità umana<sup>10</sup>. Per altri ancora gli avvocati lavorerebbero come *quasi-official* o organi del sistema giuridico, consentendo alle regole giuridiche di svolgere un certo “servizio” – a là Joseph Raz, per intenderci<sup>11</sup> – nei confronti della comunità politica. Al contrario, secondo altri punti di vista, gli avvocati servirebbero solo gli interessi dei clienti, senza dover mostrare troppo riguardo al diritto o alla morale, in virtù di un certo scetticismo di fondo sulle regole giuridiche stesse (e ancor di più su quelle morali)<sup>12</sup>. Nel contesto di questo ricco coacervo di vedute sembra possibile sostenere che la funzione dell’avvocato, come pure il modo di intenderne l’etica professionale, dipendano anche dalla concezione del diritto che si assume. E così, per esempio, il positivismo giuridico – almeno secondo certe letture<sup>13</sup> – se assunto come concezione di fondo potrebbe suggerire un certo modello di *advocacy* e di deontologia professionale, come del resto, il realismo giuridico americano, che ha offerto la cultura giuridica di fondo per una certa lettura della cosiddetta *visione standard*<sup>14</sup>. Egualmente, una visione non positivista o dworkiniana del diritto potrebbe proporre un

---

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> S. PEPPER, *op. cit.*

<sup>9</sup> M. LA TORRE, *Libertà di parola. Cittadinanza e avvocatura*, Carocci, Roma, 2021.

<sup>10</sup> D. LUBAN, *Lawyers as Upholders of Human Dignity (When They Aren't Busy Assaulting It)*, in *U. Ill. L. Rev.*, 3/2005, 815-845.

<sup>11</sup> W.B. WENDEL, *Razian Authority and its Implications for Legal Ethics*, *Cornell Law Faculty Publications*, Paper n. 579, 2010, 191-199.

<sup>12</sup> Cfr., sul punto T. SCHNEYER, *Some Sympathy for the Hired Gun*, in *J. Leg. Edu.*, 41/1991, spec. 16.

<sup>13</sup> W.H. SIMON, *Authoritarian Legal Ethics: Bradley Wendel and the Positivist Turn*, in *Tex. L. Rev.*, 90/2012, 709-726. Si veda pure A. WOLLEY, *Is Positivist Legal Ethics an Oxymoron?*, in *The Georgetown Journal of Legal Ethics*, 32/2019, 77-107.

<sup>14</sup> D.B. WILKINS, *Legal Realism for Lawyers*, in *Harv. L. Rev.* 104/1990, spec. 477.

idealtipo proteso alla ricerca del *legal merit* della questione proposta dal cliente<sup>15</sup>.

Il tema dell'avvocato e della sua etica offre dunque innumerevoli spunti e tagli prospettici per investigare il concetto di diritto stesso e soprattutto per affrontare il problema centrale per la filosofia del diritto che è classicamente quello del rapporto tra la morale e il diritto stesso.

L'idea di fondo di questo forum, dunque, come anche la sua aspirazione, è quella di provocare riflessioni e suggestioni in una forma agile, quasi dei "flash", sui temi sopra abbozzati da parte di importanti studiosi della filosofia e della sociologia del diritto, nel tentativo mai nascosto di rinfocolare il dibattito, rintuzzandone la vivacità. A tal fine si è preferito non formulare delle domande specifiche ma lasciare agli studiosi un canovaccio più libero, per così dire, di modo da poter ottenere possibilmente più visioni e interpretazioni. Gli Autori che hanno accettato l'invito – e che qui pubblicamente ringrazio – hanno sviluppato il tema seguendo coordinate diverse, offrendo punti di vista innovativi e brillanti suggestioni, dando così la riprova delle tante questioni che possono rovesciarsi sul tappeto e richiedere una riflessione problematizzata da parte della filosofia del diritto. Ciò a testimonianza della svolta giusfilosofica dell'etica forense.

---

<sup>15</sup> Si veda in proposito W.H. SIMON, *The practice of Justice: A Theory of Lawyers' Ethics*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1998.

2/2021

MAURO BARBERIS\*

## La deontologia dell'avvocato nel diritto-fatto-dai-giudici

*Let's kill all the lawyers*  
(W. Shakespeare, *Henry VI, part. II*)

La letteratura sugli avvocati consta di pochi lavori specificamente dedicati al tema, e di sterminate variazioni sul topos del leguleio avido, astuto, e trombone. In un importante saggio di Massimo La Torre<sup>1</sup>, rispetto al quale il presente intervento è parassitario sia per tematica sia per bibliografia, la percentuale, a occhio, è di 1 a 100: per ogni serio tentativo di concettualizzare il ruolo, cioè, ci saranno almeno cento deplorazioni dell'avvocato come personaggio da commedia dell'arte. Qui di seguito cercherò di cambiare la percentuale adottando il punto di vista dell'avvocato, o dell'uomo cattivo (*bad man*): punto di vista forse indispensabile per capire il diritto<sup>2</sup>.

Per la cronaca, sto scrivendo un manuale di filosofia/teoria del diritto, che pur seguendo lo schema espositivo dei precedenti ne sostituirà l'approccio analitico-linguistico con uno evolutivo. Anche in tale manuale *non* parlerò né dell'avvocato né della sua deontologia: perché mai? Confesso che verso gli avvocati il mio atteggiamento è duplice. Ho fatto pratica da avvocato, ma questo ha confermato tutti i pregiudizi che nutrivo già prima. Al punto che la locuzione "deontologia dell'avvocato", con tutto il rispetto, mi pare un ossimoro, come quella "moralità dell'avvelenatore" evocata da Herbert Hart nella discussione con Lon Fuller.

Peraltro, la ragione di questo mio silenzio, condiviso da gran parte dei filosofi del diritto, è teorica, e ha a che fare con il concetto stesso di diritto. Nel nuovo manuale, nel solco di una nota e difettosa definizione del diritto fornita da Oliver W. Holmes, proporrò una ridefinizione del diritto così formulata: la soluzione dei conflitti sociali da parte di giudici e

---

\* Professore Ordinario di Filosofia del diritto dell'Università di Trieste.

<sup>1</sup> M. LA TORRE, *Il giudice, l'avvocato, e il concetto di diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli (Cz), 2002, specie 53-155.

<sup>2</sup> «If you want to know the law and nothing else, you must look at it as a bad man, who cares only for the material consequences»: O.W. HOLMES, *The Path of the Law*, in *Harvard Law Review*», 10/1897, 459.

amministratori, e nulla di più pretenzioso, è quanto intendo per ‘diritto’<sup>3</sup>. Detto altrimenti, il diritto è quel gioco, quella istituzione o, meglio ancora, quel sotto-sistema sociale, differenziatosi in Occidente da altri, come morale, costume, religione<sup>4</sup>, per il fatto di ruotare attorno all’amministrazione della giustizia.

Detto ancora diversamente, il diritto si occupa non della fisiologia ma della patologia della vita sociale: rimedia a situazioni quali il dubbio, l’incertezza, la disfunzionalità economica grave e – ancor più specificamente – le liti, i conflitti. Di fatto, in tutte le culture umane, sin dalle più antiche testimonianze storiche, sono andati specializzandosi solutori di conflitti quali anziani, sacerdoti, sciamani, saggi nonché, in Occidente, con la differenziazione del diritto da morale, costume e religione, autentici giudici, provenienti dalle fila degli avvocati, oppure vincitori di concorsi più rigorosi dei concorsi universitari (ci vuol poco), ma comunque indipendenti dal potere politico<sup>5</sup>.

Già questa definizione in chiave rimediale di “diritto”, mi sembra, mostra sia l’importanza della professione di avvocato, sia i suoi limiti strutturali. Il ruolo è cruciale e – come afferma Giovanni Tarello, di cui temo di esser rimasto l’unico allievo – necessario<sup>6</sup>: si può immaginare uno Stato in cui l’amministrazione della giustizia torni prerogativa del sovrano o di suoi dipendenti, come in Cina, ma non uno Stato dove non ci si possa rivolgere a un avvocato. Giudici e funzionari – poteri pubblici, comunque – richiedono contro-poteri privati – non certo anch’essi pubblici, come vorrebbe Luigi Ferrajoli – i quali patrocinino i diritti/interessi dei cittadini.

Già da questa osservazione, peraltro, traspaiono i limiti strutturali del ruolo dell’avvocato. Certo, si tratta di contro-potere necessario all’amministrazione *giuridica* della giustizia, se mi si permette l’apparente pleonasma, perché questa non si trasformi nella weberiana giustizia del cadì. Qualcosa di simile, quest’ultima, alla “giustizia” amministrata da quel temutissimo khan asiatico di cui parla Peter Hopkirk nel *Grande gioco* (1990), che si diletta a inventare supplizi fantasiosi per i propri sudditi. Ad esempio, faceva tagliar loro la faccia dalla bocca alle orecchie, da ambo

---

<sup>3</sup> «The prophecies of what the courts do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law»: O.W. HOLMES, *The Path of the Law*, cit., 461.

<sup>4</sup> N. LUHMAN, *La differenziazione del diritto* (1981), trad. it., Il Mulino, Bologna, 1990.

<sup>5</sup> Cfr. anche M. LA TORRE, *Il giudice, l’avvocato e il concetto di diritto*, cit., specie 123.

<sup>6</sup> G. TARELLO, *Due interventi in tema di deontologia*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», xii, 1/1982, 218, dove l’avvocatura è detta «la più necessaria delle professioni, nonché [...] la più liberale in tutti i sensi».

2/2021

i lati: così producendo un sorriso perenne come quello del *Joker*, l'avversario di Batman.

A un avvocato, il suddetto khan avrebbe probabilmente fatto tagliare la lingua: sua, dell'avvocato, principale arma contro il potere. Il punto è, però, che l'Avvocatura è e deve restare un contro-potere della Magistratura: non un potere che s'aggiunge agli altri, in una sorta di congiura cosmica contro l'individuo. Tarello, che, come La Torre, aveva un'opinione altissima degli avvocati, anche per ragioni familiari, constatava che non si dà un'interpretazione "avvocatile", non foss'altro perché, giustamente, gli avvocati cambiano l'interpretazione di una stessa disposizione a seconda degli interessi dei propri clienti<sup>7</sup>: e a quel punto, aggiungo io, bravi i giudici che li sgamano.

A proposito, anch'io considero i giudici i principali giocatori del gioco del diritto: come Joseph Raz, ma senza alcuna particolare simpatia nei loro confronti. Se proprio vogliamo parlare di simpatie e antipatie, semmai, la mia principale antipatia va verso il legislatore: quest'organo sedicente democratico, spesso formato soprattutto da avvocati, nato con tutt'altre funzioni – approvare il bilancio, ossia le tasse – e poi disprezzato anche dal principale sostenitore della riduzione del diritto a legge, Jeremy Bentham. Persino lui, infatti, si fidava abbastanza poco del Parlamento da auto-attribuirsi il ruolo di Legislatore, o piuttosto di Codificatore del Genere Umano.

Per fortuna, anche nelle funzioni legislative il Parlamento – rivelatosi perfettamente incapace di svolgerle, almeno in Italia, specie nel caso più importante, la tutela dei diritti<sup>8</sup> – è stato ormai sostituito dagli esecutivi e si avvia, nei casi migliori, a esercitare una funzione di controllo dei governi, divenendo un contro-potere anch'esso, ma stavolta dell'Amministrazione<sup>9</sup>. Sicché, ancora una volta, avevano ragione i giusrealisti veri – non quelli analitici: anche "giusrealismo analitico" è un ossimoro, come "political constitutionalism" – quando sostenevano che il

---

<sup>7</sup> G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, 66.

<sup>8</sup> Cfr. M. BARBERIS, *Ma il Parlamento non sarà l'ultimo posto al mondo dove fare una legge sul fine vita?*, in G. D'ALESSANDRO, O. DI GIOVINE (a cura di), *La Corte costituzionale e il fine vita. Un confronto interdisciplinare sul caso Cappato-Antoniani*, Giappichelli, Torino, 2020, 21-38.

<sup>9</sup> Il più sottovalutato di tutti i poteri; eppure, oggi il più importante e capillare, come ricorda M. BRIGAGLIA, *Il potere. Una rilettura di Michel Foucault*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020.



diritto lo fanno giudici *e* funzionari, nella forma dell'applicazione e dell'attuazione, rispettivamente<sup>10</sup>.

Produzione del diritto, questa, che a ben vedere costituisce un antidoto contro i due principali rischi nell'esercizio del potere normativo, che chiamerò creazionismo teorico e pratico. Contro il creazionismo teorico – l'idea che si possa creare del diritto dal nulla, come un qualunque dio – tale forma di produzione ricorda che il diritto non è prodotto esclusivamente dal legislatore, né è riducibile a linguaggio, come pensano invece gli analisti. Al creazionismo pratico – l'idea ancor più delirante che sia bene creare diritto dal nulla – la stessa forma di produzione oppone un diritto prodotto senza pretesa di crearlo: diritto che è, già solo per questo, migliore.

Comunque sia, nel *judge (and officer) made law*, giocato attorno all'amministrazione della giustizia, all'avvocato spetta un ruolo cruciale: e faceva bene, sempre Tarello, a ricordare che la Costituzione italiana stabilisce un diritto inalienabile alla difesa, specie penale, che non può essere surrogato da difese d'ufficio. Già questo risolve il problema della deontologia o addirittura dell'etica dell'avvocato: altro sostantivo, 'etica', oggi abusato, in espressioni come 'etica delle professioni legali', 'comitato etico' e anche 'etica del turismo', a seguito di mode, come il politicamente corretto, importate scriteriatamente da oltreoceano.

Nel caso dell'avvocatura, il problema della deontologia, o dell'etica delle professioni legali, per fortuna, si riduce a questa domanda: ammesso che l'avvocato giochi comunque un ruolo fondamentale nel processo, "gioco" giuridico per eccellenza, quale modello di avvocato dovremmo preferire? A una domanda così, naturalmente, non si può rispondere in assoluto, invocando un modello platonico di Avvocatura, bensì solo in relazione a un contesto istituzionale dato: che è poi, in Occidente, la democrazia liberale, costituzionale e internazionale. Come aveva capito Tocqueville, infatti, è proprio questa la Migliore Repubblica degli Avvocati, per così dire.

È qui, sul modello di avvocato da scegliere, che incontro i due migliori filosofi del diritto della loro generazione, attratti l'uno dall'altro in una specie di trasporto intellettuale: il già citato Tarello e Luigi Lombardi Vallauri. Del primo si è già detto che concepiva l'avvocatura come l'istituzione liberale per antonomasia: una sorta di contro-potere al potere

---

<sup>10</sup> E non solo i giusrealisti: come nota M. LA TORRE, *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, cit., 118, anche Hans Kelsen fa della giurisdizione – l'amministrazione della giustizia – una specie del genere amministrazione.

di giudici (e burocrati), altrimenti straripante e pericoloso per la libertà. Idea nient'affatto liberista e "panglossiana", però<sup>11</sup>: libertà e istituzioni liberali nascono proprio come effetto non intenzionale di azioni umane rivolte ad altri scopi, e proprio per questo non necessariamente "moralì".

Del resto, la legge evolutiva degli effetti non intenzionali (dell'azione umana intenzionale) non è confermata solo dal fatto che, perseguendo i propri interessi oltre a quelli del cliente, gli avvocati concorrono con il giudice a innescare quel processo virtuoso che è, al suo meglio, il diritto-come-amministrazione-della-giustizia. Vale anche l'esatto contrario: dalle migliori intenzioni di avvocati di provincia come Robespierre, di intellettuali comunisti fascinati dal Popolo, e di riformatori catto-socialisti, sono nate quelle aberrazioni, incomparabili fra loro, che sono rispettivamente il Terrore giacobino, i Gulag sovietici e la riforma del titolo V della Costituzione italiana.

D'altra parte, gli avvocati hanno anche interessi "sinistri", quale quello alla irragionevole durata dei processi: che conviene esclusivamente ai magistrati scansafatiche e, appunto, agli avvocati interessati solo all'aumento delle loro parcelle, in proporzione agli anni, decenni, ere geologiche delle liti. Ed è proprio qui, nella correzione di un effetto non solo non intenzionale, ma proprio "perverso", del rapporto giudice-avvocato, che incontro la deontologia forense di Lombardi Vallauri: il cui merito principale consiste nel ricordarci che il diritto è sì un rimedio alle patologie sociali, ma tale da potersi trasformare anch'esso in patologia<sup>12</sup>.

Il buon avvocato – perché di questo stiamo parlando – non dovrebbe essere profittare de, e/o alimentare le liti, benché la durata di queste oggettivamente concorra a impinguare le sue parcelle. Il buon avvocato dovrebbe essere come il (buon) medico, abbastanza interessato alle sorti del proprio cliente/paziente da prevenire le liti, invece di provarle, e comunque da ridurre la durata al minimo indispensabile. E questo non solo per evitare le reprimende dell'Unione Europea, ma prima di tutto perché si tratta di patologie sociali, come e più delle malattie. Ognuno di noi dovrebbe avere, anzitutto un buon medico, poi un migliore avvocato, infine un ottimo commercialista.

---

<sup>11</sup> Come sembra invece sostenere, sospettosamente, M. LA TORRE, *Il giudice, l'avvocato, e il concetto di diritto*, cit., 151.

<sup>12</sup> Cfr., in particolare, L. LOMBARDI VALLAURI, *Amicizia, carità, diritto. L'esperienza giuridica nella tipologia delle esperienze di rapporto*, Giuffrè, Milano, 1969.

2/2021

LUIGI PANNARALE\*  
**L'avvocato servitore di due padroni**

SOMMARIO: 1. *Le aspettative nei confronti dell'avvocatura* – 2. *Le immagini di avvocato* – 3. *Le prospettive di mutamento.*

1. *Le aspettative nei confronti dell'avvocatura*

Secondo il romanziere svizzero Friedrich Dürrenmatt il compito di un bravo avvocato non è quello di affermare un'astratta idea di verità e di giustizia. «Egli deve limitarsi a indagare e ad evidenziare al giudice, se sia lecito che un soggetto sottoposto a giudizio, possa essere da lui considerato colpevole o innocente, al di là del fatto che sia sostanzialmente colpevole o innocente»<sup>1</sup>.

Come spesso succede, anche in questo caso l'affermazione di Dürrenmatt può apparire paradossale, suscitare il nostro stupore e persino l'indignazione di qualcuno, ma, superato il primo sconcerto, può aiutarci a sgombrare il campo da un eccesso di retorica e dall'uso degli stereotipi che spesso accompagna le raffigurazioni di questa professione, a volte esaltata e altre volte bistrattata nell'immaginario collettivo.

In altra occasione ho evidenziato come, almeno nella produzione cinematografica italiana, prevalga di gran lunga la seconda tendenza, cioè quella che rappresenta un avvocato spregiudicato, interessato soprattutto ai propri onorari, oppure un succube degli interessi del proprio cliente (soprattutto quando si tratta di un malavitoso di grosso calibro, di un potente o di un "buon cliente"), un consigliere fraudolento per tentare di soddisfare le sue esigenze attraverso la elusione o addirittura la violazione della normativa vigente, un complice scaltro e disponibile a giustificare anche le peggiori nefandezze<sup>2</sup>. È difficile dire se tale prevalenza sia dovuta ad un'effettiva peggiore qualità dell'avvocatura italiana rispetto a quella di oltreoceano, dove, invece, prevalgono di gran lunga le pellicole, nelle quali l'avvocato è rappresentato quasi come un eroe, al servizio dei più deboli, un paladino della verità e della giustizia contro le angherie ed i soprusi dei potenti; oppure se il pregiudizio negativo nei confronti dei

---

\* Professore Ordinario di Sociologia del Diritto nel Dipartimento di Giurisprudenza Università degli studi di Bari "A. Moro".

<sup>1</sup> F. DÜRRENMATT, *Giustizia*, Marcos Y Marcos, Milano, 2005, 171.

<sup>2</sup> L. PANNARALE, *La verità degli avvocati: un'indagine sul cinema italiano*, in *Sociologia del diritto*, 3/2020, 33-51.

nostri avvocati possa avere altre giustificazioni. Verrebbe quasi di dar la colpa a Manzoni ed al suo Azzecagarbugli<sup>3</sup>!

In realtà, a ben guardare, vi sono molte ragioni che possono spingere ad avere opinioni così contrastanti sulla professione di avvocato<sup>4</sup>. Innanzitutto, nel corso della loro professione gli avvocati devono interagire con una pluralità di soggetti, ognuno dei quali può avere aspettative diverse nei loro confronti<sup>5</sup>, in buona parte fondate sul codice deontologico che regola questa professione e, perciò, aventi il carattere della normatività. Tra questi soggetti vi sono sicuramente i clienti, ma vi sono anche i colleghi, le controparti e spesso anche i giudici, i cancellieri, gli ufficiali di polizia giudiziaria, e molti altri. Da una sommaria lettura delle norme deontologiche appare, tuttavia, evidente che le aspettative di questi soggetti nei confronti degli avvocati si fondano su presupposti diversi e non sempre sono compatibili tra loro. Ne deriva che il soddisfacimento di alcune aspettative inevitabilmente comporta la delusione di altre e che la valutazione del professionista in capo ai diversi soggetti che hanno interagito con lui può essere molto differente. Il giudice potrà apprezzare la sobrietà difensiva dell'avvocato, che al cliente potrà sembrare freddezza eccessiva nei confronti delle proprie ragioni; il collega potrà essere felice della sua capacità di mediazione, che il cliente potrà scambiare per arrendevolezza; il cliente, a sua volta, potrebbe preferire un avvocato che non metta in dubbio le sue narrazioni, anziché tormentarlo anche più di quanto faccia il pubblico ministero o l'avvocato della parte avversa<sup>6</sup>. Questa situazione è ben chiara a quanti abbiano svolto questa professione o siano entrati in contatto per i più svariati motivi con un avvocato. Tanto che non mancano alcuni principi di saggezza per risolvere alcuni di questi conflitti e facilitare le scelte di comportamento di un avvocato, del tipo "i clienti passano, i colleghi restano", che dovrebbe indurre a non interrompere mai il rapporto di colleganza, sia pure per favorire un cliente particolarmente appetibile.

La seconda ragione è che gli avvocati sono chiamati a svolgere prestazioni professionali molto diverse tra loro. In alcuni casi essi possono essere degli ausiliari del giudice nello svolgimento di determinate

---

<sup>3</sup> F. ARATO FRANCO, *Parola di avvocato: l'eloquenza forense in Italia tra Cinque e Ottocento*, Giappichelli, Torino, 2020.

<sup>4</sup> A. BELLODI ANSALONI, *L'arte dell'avvocato, actor veritatis: studi di retorica e deontologia forense*, Bononia University Press, Bologna, 2016.

<sup>5</sup> M. LA TORRE, *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, Soveria Mannelli, Catanzaro, 2002.

<sup>6</sup> A. ROMEO, *Deontologia e teoria del diritto. L'avvocato nel dibattito giusfilosofico contemporaneo*, Edas, Messina, 2015.

procedure (curatore fallimentare, liquidatore, amministratore giudiziario, amministratore di sostegno, tutore, curatore, ecc.) o addirittura degli ausiliari dello stato (commissario ministeriale, commissario liquidatore, ecc.) ed è evidente che in tali ipotesi l'interesse pubblico dovrebbe essere affatto prevalente rispetto ad ogni possibile riguardo agli interessi di altri soggetti. Una scelta persino ovvia, se non fosse che, in alcuni casi, la tutela di un siffatto interesse pubblico può diventare addirittura un atto eroico, perché l'avvocato dovrà mettere in conto l'eventualità delle conseguenze devastanti che il suo rigore professionale potrà sortire in altri ambiti della propria esistenza, fino al sacrificio della propria stessa vita o di quella dei propri cari: un esempio particolarmente significativo è rappresentato nel film *Un eroe borghese* di Michele Placido del 1995, tratto dal romanzo omonimo di Corrado Stajano (1991)<sup>7</sup>, dove si racconta dell'assassinio dell'avvocato Giorgio Ambrosoli.

Ma anche i mafiosi e i delinquenti della peggiore risma hanno diritto ad avere un difensore e, in questo caso, l'avvocato è costretto a muoversi su un terreno minato, in cui la lealtà verso il proprio assistito a volte implica un'adesione a quei codici comportamentali che caratterizzano la mafia e le altre organizzazioni criminali o terroristiche, se si vuole evitare di incorrere nelle drastiche sanzioni previste da tali codici. L'avvocato si trova di fronte ad una terribile scelta, che non riguarda semplicemente l'adesione alle norme deontologiche che dovrebbero orientare i propri comportamenti, bensì anche la possibilità di dare sempre e comunque la prevalenza a tali norme, anche quando si abbia la consapevolezza di imporre un drastico cambiamento alle modalità della propria esistenza ovvero rischi enormi a se stesso e a quanti abbiano con lui relazioni affettive o parentali. Abbiamo anche su questo aspetto rappresentazioni cinematografiche particolarmente efficaci: penso a *I guappi* di Pasquale Squitieri (1974) oppure a *L'avvocato della mala* di Alberto Marras (1977).

Esiste davvero anche in questi casi un modo "tecnico" e asettico di svolgere il proprio mandato difensivo, oppure – come ci ricorda il titolo di questo contributo – l'avvocato si trova a doversi barcamenare tra due opposte esigenze, entrambe vincolanti, sia pure in modo diverso, ma tra loro tragicamente incompatibili? Esiste la possibilità che l'avvocato abbia la stessa buona sorte di *Truffaldino* nella nota commedia di Goldoni e possa dire anch'egli: «ho fatto una gran fadiga, ho fatto anca dei

---

<sup>7</sup> S. CORRADO, *Un eroe borghese: il caso dell'avvocato Giorgio Ambrosoli assassinato dalla mafia politica*, Einaudi, Torino, 1991.

mancomenti, ma spero che, per rason della stravaganza, tutti si siori me perdonerà»<sup>8</sup> (Goldoni 1745).

Le scelte deontologiche non sono tuttavia meno complicate anche nei più “normali” casi dell’attività giudiziaria comune, come ci rende evidente la sempre più intensa attività degli organi disciplinari e la casistica sempre più ampia di questioni che vengono sottoposte al vaglio di tali organi. Purtroppo, non possiamo soffermarci in questa sede ad analizzare i mutamenti quantitativi e qualitativi dell’attività degli organi di disciplina, ma riteniamo quanto mai utile che la sociologia del diritto focalizzi lo sguardo su tali fenomeni. Da tale analisi, infatti, si potrebbe forse ricavare qualche utile informazione anche sui mutamenti radicali intervenuti nell’esercizio della professione forense e nelle stesse modalità dei rapporti tra i soggetti implicati dalle vicende giudiziarie: una conseguenza inevitabile – direbbe qualcuno – dell’esponenziale crescita del numero di avvocati iscritti agli albi, come pure del volume del contenzioso rispetto a qualche decennio addietro. Tuttavia, a mio avviso, queste possono essere solo alcune, ma non le uniche ragioni del mutamento, la cui analisi richiederebbe un approfondimento soprattutto qualitativo sulle modalità di svolgimento della professione e sulla stessa “ideologia” professionale di ceto, ammesso che ne esista ancora una<sup>9</sup>.

## 2. *Le immagini di avvocato*

La semplice lettura delle norme presenti nei vari “titoli” del codice deontologico evidenziano l’estrema difficoltà di interpretare e di applicare l’insieme di quelle norme, rendendole tra loro tutte coerenti. Tale difficoltà è, infatti, accresciuta dall’impossibilità di dare a molte di quelle norme un significato univoco, che prescindendo dalla considerazione del caso concreto. Il bilanciamento non sarà mai definitivo e il rischio di sbagliare, anche quando non si agisca orientati dal perseguimento di finalità illecite, è quanto mai elevato. Mai come in questo campo, infatti, la comparazione di mezzi e fini può essere determinante nella scelta e nella sua valutazione: la norma astratta dal caso concreto appare ovvia, ma ciononostante spesso inapplicabile se non attraverso il ricorso ad una serie infinita di aggiustamenti, di compromessi, di bilanciamenti tra opzioni diverse.

---

<sup>8</sup> C. GOLDONI, *Il servitore di due padroni* [1745], Marsilio Editori, Venezia, 2011.

<sup>9</sup> F. CIPRIANI, *La professione di avvocato*, in L. VIOLANTE (a cura di), *Legge diritto giustizia*, Einaudi, Torino, 1998.

Queste ultime considerazioni ci inducono ad evidenziare un terzo e ultimo fattore (probabilmente se ne potrebbero individuare anche molti altri), che favorisce l'insorgere di valutazioni e raffigurazioni di avvocato assai diverse nell'opinione pubblica: ormai diviene sempre più difficile, anzi addirittura impossibile pensare ad un'immagine di avvocato univoca, monolitica, omogenea. Vi sono molti modi di fare l'avvocato e ognuno di questi modi ha implicazioni diverse anche sul modo in cui l'avvocato può in concreto stabilire relazioni "deontologicamente orientate" con gli altri soggetti presenti sulla scena della sua vita professionale.

La professione di avvocato, considerata per lunga parte del secolo scorso la più nobile delle professioni liberali<sup>10</sup>, ha ormai perso quella omogeneità che consentiva un trattamento omogeneo di tali relazioni. Anzi, a ben guardare, non vi era neanche bisogno di una loro regolamentazione particolarmente dettagliata, perché non vi era motivo di dubitare della correttezza e del rigore morale di quei professionisti, che quindi non avevano bisogno di essere obbligati da nessun codice deontologico, in quanto si poteva fare affidamento sul loro senso del dovere e sulla loro correttezza e lealtà. Le norme deontologiche erano molto meno numerose e anche abbastanza rari gli interventi disciplinari, a quell'epoca affidati agli stessi consigli dell'ordine e forse anche per questo particolarmente benevoli nei confronti degli incolpati, trattandosi di una giustizia domestica, che solo in pochissime occasioni sarebbe stata sottoposta al vaglio estremo delle Sezioni unite della Corte di Cassazione. Si può dire che le aspettative rivolte nei confronti degli avvocati circa la loro integrità morale, la loro preparazione professionale e il loro rispetto del diritto e del senso di giustizia fossero ancora prevalentemente di carattere cognitivo. Non si avvertiva come particolarmente urgente la necessità di normativizzarle e di stabilizzarle all'interno di un codice. Lo scarno codice deontologico dell'epoca serviva solo per affrontare rare situazioni di conflitto, oppure ancor più rari casi in cui il professionista era venuto meno in modo plateale ai propri doveri nei confronti del cliente, del collega o del magistrato.

Questo quadro appare notevolmente cambiato oggi, perché vi sono ormai molti tipi diversi di avvocato. Non solo è divenuto ormai inimmaginabile un avvocato "generico", che al pari del medico di famiglia continui ad occuparsi disinvoltamente di questioni civili, penali, tributarie, amministrative, così come invece era frequente almeno fino alla prima metà del secolo scorso e, in alcune realtà di provincia, anche fino a molto

---

<sup>10</sup> A. GUARINO, *Mestiere di avvocato: conversazioni dell'avvocato di tutti*, Jovene, Napoli, 1955.

più tardi; ma gli avvocati sono diventati diversi tra loro anche per molti altri aspetti. Li differenzia il reddito, in quanto vi sono alcuni tra loro che riescono a ottenere un notevole successo economico per i più svariati motivi ed altri che stentano a raggiungere livelli di sopravvivenza e spesso abbandonano la professione anche in età matura; ma anche il luogo geografico nel quale svolgono la loro professione (Nord, Sud, città metropolitane, piccoli centri urbani, aree rurali o industriali, ecc.), la dimensione dei loro studi (studi monopersonali sempre più rari, studi associati tra professionisti che mirano semplicemente a dividere tra loro i costi di gestione, studi associati, grandi studi), il ruolo che essi svolgono nel proprio studio. Non mancano ormai casi in cui l'avvocato rivesta sostanzialmente un ruolo di lavoratore dipendente non solo quando presta la sua attività per una pubblica amministrazione, ma anche nel caso in cui sia inserito nell'ufficio legale di qualche grande impresa o quando collabori addirittura con una retribuzione mensile fissa all'interno di uno studio associato più o meno grande<sup>11</sup>.

È evidente che questa grande varietà di ruoli e di status non potrà non avere conseguenze anche sul modo di interpretare la professione, nonché sulle aspettative che si potranno avere nei confronti di questi professionisti, così diversi tra loro.

Anche in questo caso si può fare ricorso alla cinematografia per esemplificare la nostra analisi.

Il primo film al quale si può fare riferimento è *Il tuttofare* di Valerio Attanasio (2018), dedicato, in tono da commedia, alla figura del praticante avvocato<sup>12</sup>. Gli inizi di ogni professione, com'è facilmente immaginabile, non sono mai privi di difficoltà, legate alla precarietà, all'insicurezza professionale e alla crisi dilagante, ma lavorare dodici ore al giorno, per sei giorni la settimana a trecento euro in nero appare una scelta inspiegabile, se si pensa che, per un verso, il lavoro di avvocato non garantisce più l'appartenenza ad una élite economica e sociale, ma "rappresenta ormai un lavoro come un altro, sottopagato e decisamente inflazionato" e che, per l'altro, l'esame di accesso alla professione è quanto mai difficile con "percentuali di bocciature bulgare superiori al 70%". Eppure, ogni anno sono più di 30.000 "i disperati che tentano la sorte".

---

<sup>11</sup> Cfr. L. PANNARALE, *I giovani e l'organizzazione della professione tra vecchi modelli e nuove opportunità*, in Osservatorio Permanente Giovani avvocati – Consiglio Nazionale Forense, *Giovani avvocati così, altrove o altrimenti?*, Giuffrè, Milano, 2010.

<sup>12</sup> V. POCAR, *Il praticante procuratore: una ricerca sociologica sull'accesso alla professione di avvocato*, Unicopli, Milano, 1983.



2/2021

Il praticante, protagonista del film, è il dottor Antonio Bonocore, non uno dei tanti. Egli, infatti, svolge la sua pratica nello studio del professor avvocato Toti Bellastella (interpretato da Sergio Castellitto), titolare di uno dei più accorsati studi legali di diritto penale, ereditato dal suocero che ne era stato il fondatore e gestito congiuntamente alla moglie, che ha mantenuto una quota maggioritaria pari al 90%, tale da consentirle di tiranneggiare il marito e tutti i dipendenti; il nostro praticante ne segue le orme anche in università, dove è un suo dottorando, ancorché senza borsa, perché l'unica borsa disponibile ha trovato miglior destinatario nel figlio naturale di un arcivescovo.

Il professor avvocato Bellastella è ben consapevole delle qualità del suo praticante, che si classifica quinto su 5000 alle prove scritte dell'esame di abilitazione, ma è una persona senza scrupoli e si serve di lui come cameriere, come cuoco e, infine, anche come marito fittizio di una delle sue amanti, promettendogli facili guadagni (un contratto da 10.000 euro al mese) e una velocissima carriera anche in ambito accademico («in due anni La faccio diventare professore associato»). Insomma, nonostante il dottor Bonocore abbia tutte le carte in regola per aspettarsi una fulgida carriera, purtroppo proviene da una famiglia molto modesta ed è costretto a subire pressioni, ricatti e umiliazioni pur di assecondare la propria ambizione, perché studio, preparazione e abnegazione non bastano in un mondo devastato dal clientelismo e dominato dalle raccomandazioni.

L'avvocato Bellastella, tuttavia, non è solo disinvolto nella sua vita privata, lo è altrettanto in quella professionale, dove utilizza ogni mezzo per la difesa dei propri clienti, ricorrendo disinvoltamente alle proprie capacità istrioniche («noi avvocati dobbiamo avere una certa vocazione attoriale») e non esita a consigliare ad un pericoloso mafioso di cambiare sesso, così da favorirne addirittura l'evasione nel trasferimento dal carcere maschile a quello femminile. La sua vita sopra le righe, alla fine, lo porterà persino in carcere per frode fiscale. Ma le sue amicizie altolocate (tra i suoi clienti c'è pure il ministro della pubblica istruzione, che si era reso protagonista di un episodio di violenza su una minorenni, dal quale lo scaltro professionista era riuscito a scagionarlo) riescono a farlo completamente riabilitare, tanto che alla fine sarà addirittura nominato egli stesso ministro della giustizia.

Diversa sarà, invece, la sorte del povero avvocato Bonocore, il quale, alla fine, esasperato dai mille sotterfugi e dai gravissimi pericoli corsi per colpa del professor Bellavista, si beccherà pure una condanna per lesioni, per averlo malmenato, che segnerà la fine della sua carriera legale

e la necessità di riciclarsi in un mestiere del tutto diverso, quello di cuoco in una modesta trattoria.

Il film sbeffeggia irriverentemente (e senza traccia di possibile redenzione) la figura dell'avvocato, iconizzato come avido, bugiardo, meschino, donnaiolo, cocainomane, evasore fiscale e conferma, ancora una volta, una diffusa sfiducia nella sua professionalità: l'avvocato deve essere scaltro, abile nel maneggiare il diritto, ma sostanzialmente privo di scrupoli e, in alcuni casi, non meno criminale dei delinquenti che difende («è un ambiente cinico, molto cinico!»). Anzi il suo successo professionale dipende proprio dalla sua disponibilità a superare ogni limite, soprattutto i limiti deontologici imposti alla sua professione.

L'altra pellicola, nella quale viene descritta in modo specifico la varietà di modi di svolgere la professione di avvocato e i diversi destini di quanti la esercitano è un film di oltreoceano, *L'uomo della pioggia* (*The Rainmaker*, 1997) di Francis Ford Coppola, nel quale un giovanissimo avvocato, coadiuvato da un attempato praticante incapace di superare l'esame di abilitazione, riuscirà a far prevalere le ragioni del suo cliente contro gli spregiudicati e potenti difensori di una importante compagnia assicuratrice, nonostante che quel successo sia poi vanificato dalla bancarotta della stessa compagnia. Anche in questo caso, tuttavia, l'avvocato di successo e ben remunerato è pur sempre un avvocato cinico e spregiudicato, per il quale la tutela del proprio cliente prevale rispetto ad ogni altra ragione e non trova limiti di sorta nelle norme deontologiche che dovrebbero guidare la sua attività. Per essere avvocati dei più deboli, bisogna accettare un ruolo quasi eroico, straordinario, comunque largamente minoritario tra gli esercenti la professione, rinunciando alle lusinghe dei facili guadagni e dell'inserimento in quelle società professionali in grado di garantire il successo e una folgorante carriera, o almeno (per i meno brillanti) uno stipendio sicuro in cambio di una fedeltà incondizionata all'organizzazione professionale di cui si fa parte e che deve prevalere anche rispetto alla tutela delle ragioni del cliente.

### 3. *Le prospettive di mutamento*

Da questa eterogeneità dell'avvocatura consegue anche un ulteriore effetto. I consigli dell'ordine e gli altri organismi rappresentativi della professione si trasformano in organizzazioni oligarchiche funzionali soltanto agli interessi e alle rivendicazioni di una parte circoscritta (e forse

2/2021

anche limitata) del ceto forense, lasciando privi di voce sia i grandi studi professionali, che non hanno bisogno di simili forme di rappresentanza per sviluppare la propria attività di lobbying, sia e – direi – soprattutto le fasce più deboli e ormai niente affatto marginali dell'avvocatura, formate dai professionisti più giovani, ma anche da quelli di minore successo professionale, dalle donne (nonostante la professione si stia velocemente femminilizzando) e dagli avvocati dei piccoli centri urbani. Insomma, i consigli dell'ordine (e ancor più il Consiglio nazionale forense) sembrano dominati da quei professionisti con buoni redditi, discreto successo professionale, interpreti dei modi più tradizionali di esercizio della professione, i quali riescono a finalizzare gli organismi di rappresentanza ai propri specifici interessi, spesso fortemente corporativi, intraprendendo all'interno di questi organismi un vero e proprio *cursus honorum*.

Anche la giustizia dei consigli disciplinari è, in realtà, una giustizia domestica soltanto per quella parte del ceto forense che riesce a monopolizzare gli organi di rappresentanza. Pertanto, si corre il rischio di una giustizia ambivalente, spesso severa (o quanto meno "imparziale") con gli estranei alla "oligarchia" e, invece, molto più condiscendente verso coloro i quali possono godere di una sorta di "solidarietà meccanica" da parte di chi li deve giudicare.

Questa analisi può, perciò, evidenziare la necessità di scelte coraggiose nei processi di riforma della professione. Da un lato ci si dovrebbe chiedere se e in che misura gli ordini professionali abbiano ancora una ragione di esistere, se non riescono di fatto a garantire una partecipazione democratica di tutti gli iscritti e si facciano spesso portatori delle istanze e degli interessi di una parte circoscritta e forse neanche più maggioritaria dei professionisti iscritti all'albo professionale. Dall'altro ci si dovrebbe chiedere se non sia il caso di superare alcuni vecchi *tabù*, che hanno finora impedito di disciplinare alcuni aspetti della professione ormai niente affatto marginali, quali ad esempio quello degli "avvocati-dipendenti" all'interno degli studi legali. Si tratta di professionisti spesso privi anche delle più elementari tutele, riconosciute a qualsiasi altro lavoratore dipendente, semplicemente perché non si è disposti ad accettare che la "più nobile delle professioni" possa essere svolta da un impiegato e, quindi, si preferisce ostinatamente continuare a negare l'esistenza di questo tipo di professionisti, nonostante che costituiscano una parte niente affatto trascurabile degli avvocati non soltanto tra i professionisti più giovani.

Proprio per rappresentare questa situazione di disagio, nell'ultimo decennio si sono cominciate ad osservare manifestazioni di dissenso organizzate dell'attuale modo di gestire e di configurare la professione, cercando di dare voce a chi non sia in grado di trovare adeguata rappresentanza nei tradizionali canali istituzionali.

Tra le organizzazioni più attive vi è la M.G.A., acronimo di *Mobilizzazione generale degli avvocati*, un sindacato degli avvocati, fondato nel 2011 e che oggi ha sedi diffuse su tutto il territorio nazionale. Uno degli obiettivi della M.G.A. è l'affermazione di una nuova visione sociale, sindacale, politica della categoria professionale, che possa portare all'eliminazione di tutte quelle situazioni di sfruttamento, fra le quali la già evidenziata prassi, invalsa in molti studi professionali, di utilizzare il lavoro di avvocati che di fatto si trovano in posizione di subordinazione nei confronti dei colleghi che ne sono titolari. In questi casi sono rinvenibili tutti gli indici presuntivi, principali e sussidiari, individuati dalla giurisprudenza per la configurazione del rapporto di lavoro subordinato, rapporto che invece viene occultato con l'uso strumentale della partita iva e con la simulazione di rapporti di consulenza o di collaborazione fittizi, con la corresponsione di compensi molto spesso irrisori rispetto alla qualità e alla quantità delle prestazioni lavorative. È una realtà amara che riguarda moltissimi professionisti, i quali da un lato hanno un trattamento lavorativo equivalente o spesso peggiore di quello riservato ad un normale impiegato, dall'altro hanno gli stessi oneri fiscali e previdenziali del loro datore di lavoro.

Per questi motivi la M.G.A. lotta per abbattere il lavoro sottopagato e lo sfruttamento del lavoro all'interno degli studi legali, con il riconoscimento della figura dell'avvocato dipendente di altro avvocato, così come previsto dalla proposta di legge AC 428, elaborata unitamente alla C.G.I.L. e che attualmente pende presso la Commissione giustizia della Camera dei deputati, così come lotta per il superamento del sistema ordinistico, l'abolizione della Cassa nazionale forense e il passaggio all'INPS della previdenza forense. Per potenziare la propria azione MGA si è dotata anche di un organo di stampa ufficiale. Si tratta di *Lotta Forense*, un giornale quindicinale di informazione politica e sindacale forense, dove vengono analizzate le tematiche concernenti le condizioni di lavoro degli avvocati nonché le generali contingenze politiche, sociali e sindacali. Il sindacato nazionale forense vuole unire le fasce più deboli di tutto il comparto del lavoro autonomo, professionale e a partita iva a tutti gli altri

2/2021

lavoratori, in modo tale da creare un blocco politico e sindacale unico, capace di difendere i diritti di tutti.

Come si vede, un programma ambizioso e fortemente antagonista rispetto agli attuali assetti della professione, che è sempre stata molto gelosa delle sue specificità e dei suoi “primati”, sui cui esiti forse è ancora presto per esprimersi.

Non più differibile, invece, appare la necessità che la sociologia del diritto torni ad occuparsi in maniera più specifica di questa professione, trascurata ormai da qualche decennio nelle sue ricerche.

FEDERICO PUPPO\*

## La forza dell'esempio: l'etica professionale come virtù

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Dalla deontologia all'etica, ovvero dal dovere alla virtù – 3. Un problema di metodo – 4. L'educazione alla virtù (a mo' di conclusione).

### 1. Introduzione

Questo breve scritto nasce da un interrogativo e dal tentativo di cercarne una risposta. L'interrogativo insiste sul tipo di contributo che l'educazione universitaria, prima, e la pratica forense, poi, possono offrire agli studenti e praticanti futuri avvocati in merito alla conoscenza e trasmissione dell'etica forense. Per (cercare di) rispondere a tale domanda, data la natura del presente saggio, dovrò evitare di problematizzare diverse questioni e sarò costretto a non poter esplicitare molti assunti che fanno da sfondo e base teorica per condurre la presente succinta indagine: farò ciò con qualche necessaria eccezione, perché, ad esempio, per poter iniziare debbo almeno assumere che all'interno dell'offerta didattica universitaria esistano dei corsi dedicati all'etica ovvero deontologia forense<sup>1</sup> o che, durante la pratica, o meglio sin dall'inizio di essa, i praticanti si possano vedere impegnati nell'esercizio dell'etica

---

\* Professore Ordinario di Filosofia del Diritto - Facoltà di Giurisprudenza di Trento.

<sup>1</sup> I due termini – “etica” e “deontologia” – non sono ovviamente sinonimici, ma questo è uno dei punti che non potrò approfondire. Mi limito così a chiarire che, come apparirà chiaro nel corso di questa breve indagine, ritengo il secondo più problematico del primo, perché rimanda, nella sua genesi concettuale, all'impostazione del deontologismo che appare per molti versi (come si vedrà) limitata ed erronea. Certamente se ne potrebbe proporre anche un uso più 'neutro', ovvero limitarsi a sostenere che “deontologia” identifica l'etica di una certa classe professionale, e questo sarebbe, a mio modo di vedere, più accettabile: però si correrebbe il rischio di un rimando all'impostazione deontologista, con il che il problema non sarebbe risolto (ed ecco perché meglio sarebbe usare “etica professionale”, che ha anche il pregio di immediatamente indicare una continuità, e non una separazione, fra l'ambito dell'etica professionale e quello dell'etica generale). Va però anche detto che altri ha fatto uso del termine “deontologia” in un senso che appare assai affine a quello che qui attribuisco ad “etica”, come accade, a mero titolo di esempio, nella trattazione di A. Romeo, che però è costretto a chiarire che «assume una concezione più larga e porosa di deontologia, intendendola, cioè, come riflessione più profonda sul rapporto tra avvocatura e diritto – addirittura del concetto di questo –, e tra attività di difesa tecnica e morale» (A. ROMEO, *Introduzione*, in D. GIURATI, *Come si fa l'avvocato*, a cura e con una introduzione di A. ROMEO, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2021, 5).

professionale (che è ben più dell'apprendimento del codice deontologico forense), ovvero dei valori che essa rappresenta e delle condotte che essa istanzia, con il problema di capire che ruolo giochi il *dominus* in tutto questo.

Assumere tutto questo è tuttavia una posizione di tipo normativo più che descrittivo. In effetti, la mia personale convinzione è che, in questo campo, si assista per lo più ad alcune significative mancanze: ritengo, infatti, che proprio quel tipo di formazione – che per molti versi dovrebbe rappresentare, almeno a mio modo di vedere, l'ineliminabile base di partenza per la preparazione di un *buon* avvocato – registri delle vistose carenze e lacune. Detto più chiaramente, mi pare che, normalmente, di etica forense lo studente futuro praticante avvocato, prima, e il praticante avvocato futuro avvocato, poi, si occupi poco o niente: e se questo potrebbe essere scusabile nel momento dell'educazione universitaria (anche se non è detto che necessariamente lo sia)<sup>2</sup>, di certo non lo è nel momento della formazione professionale, dove invece può accadere e/o accade che di etica, ovvero di deontologia, il praticante avvocato non si occupi se non al momento della preparazione dell'esame di abilitazione. Solo allora, in effetti, e sin tanto che la forma dell'esame resterà, ancorché modificata, l'attuale, quella certa forma di etica che è la deontologia verrà presa in considerazione quando il codice deontologico forense verrà studiato per ottenere l'agognato titolo: anche se ciò, beninteso, non comporterà *ipso facto* che così il praticante, ormai avvocato, sappia cos'è l'etica professionale e si comporti di conseguenza.

## 2. Dalla deontologia all'etica, ovvero dal dovere alla virtù

---

<sup>2</sup> Potrebbe essere scusabile perché, ad esempio, la materia potrebbe essere trattata all'interno di un corso complementare, che lo studente, futuro praticante avvocato, potrebbe non avere scelto. Ma, d'altra parte, non è detto che in tutte le Facoltà venga attivato un corso di questo tipo, perché va anche detto che, ormai, molti laureati in Giurisprudenza scelgono professioni diverse rispetto a quelle forensi, di talché l'offerta formativa, che non può essere infinita, potrebbe orientarsi ad altro. Insomma, la questione, come tutte quelle che investono l'università, è complessa (a proposito: pur sapendo che formalmente le "Facoltà" non esistono più – sostituite, nella loro denominazione e articolazione, da "Dipartimenti" o "Scuole" – preferisco riferirmi ancora ad esse – anche perché, almeno a Trento, una "Facoltà di Giurisprudenza" esiste ancora).

In effetti – ed ecco uno dei punti assai problematici di cui parlavo prima e che non potrò adeguatamente discutere –, potrebbe non esserci affatto coincidenza tra deontologia ed etica professionali, giacché l'apprendimento di una serie norme, ossia regole e principi (cui si riconduce la deontologia), pure necessario e sufficiente, ovviamente insieme ad altro, per superare l'esame di abilitazione e quindi lucrare il titolo di avvocato, potrebbe forse essere necessario, ma certo non sufficiente, per essere un *buon* avvocato (qualifica che pertiene a colui in cui si riconosce un preciso atteggiamento etico). Questa distinzione tra etica e deontologia presenta problemi assai complessi, ma si può comprendere in modo agevole, secondo me, riflettendo brevemente sul valore e sull'interpretazione di una formula che, sin dai tempi antichi, si usa per individuare il retore, prima, e l'avvocato, poi, ovvero: *vir bonus dicendi peritus*. Molto, tantissimo, si è scritto su ciò: io mi limito a notare che forse si è molto insistito, nel far del tempo, sulla *peritia*, ancora oggi in qualche modo al centro del dibattito circa le specializzazioni della professione forense, mentre assai poco si è detto in merito alla *bonitas*, giacché la *peritia* è una cosa e la *bonitas* un'altra, anche se le due, almeno nel modello che qui si candida, devono andare assieme. In altri termini, affinché si abbia un avvocato occorre possedere entrambe, giacché o un avvocato possiede *peritia* ed è *bonus* o, possedendo solo *peritia* ma non *bonitas*, avvocato non è. Laddove la *bonitas* identifica la virtù (o il precipitato di un insieme di virtù) che caratterizza il dover essere dell'essere<sup>3</sup> *vir* di chi è *dicendi peritus*: ma come si apprende tale virtù?

Credo che un'efficace risposta a tale quesito, capace anche di rimettere al centro della scena l'importanza della pratica e la figura del *dominus*, provenga dal possibile impiego, in questo campo, della *Virtue Ethics* (o etica delle virtù), un'importante e variegata corrente di studi che, soprattutto nel contesto della filosofia anglosassone, ha da tempo rimesso al centro della discussione proprio la nozione di virtù e il ruolo del soggetto, con ciò distinguendosi in maniera netta dagli altri contemporanei e maggioritari filoni del deontologismo e dell'utilitarismo consequenzialista, proponendo l'attualizzazione dell'etica sulla base di

---

<sup>3</sup> E questa non è necessariamente una fallacia naturalistica, almeno sulla base degli argomenti, qui condivisi, di G. SINISCALCHI, *Norma. Tra fatto e sostanza del diritto*, in A. ANDRONICO, T. GRECO, F. MACIOCE, *Dimensioni del diritto*, Giappichelli, Torino, 2019, 207-226; e sulla scorta della lettura della celebre massima offerta da M. MANZIN *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture sul ragionamento processuale*, Torino, Giappichelli, 2014, in part. cap. X.



radici classiche. Solo da poco tempo il lettore italiano può godere di trattazioni complete e aggiornate sulle varie anime del virtueticismo<sup>4</sup>, insieme anche a sue precisazioni e rivisitazioni robuste<sup>5</sup>, che, per i motivi che cercherò di enunciare, mi sembrano particolarmente interessanti per noi giuristi.

Personalmente, l'interesse per tale tipo di approccio viene, innanzitutto, dalla capacità che esso mostra nel saper trattare situazioni etiche particolarmente pregnanti, come sono i dilemmi morali<sup>6</sup>, ma anche e soprattutto dal fatto che, anche al di fuori di tali situazioni eccezionali, uno dei suoi punti pregiati insiste sul fatto che «al fine di valutare una situazione nella sua concretezza e imprevedibilità sotto il profilo morale in vista delle scelte e azioni conseguenti non basta ricorrere a precetti generali (deontologismo), né alla valutazione delle conseguenze di un'azione (consequenzialismo, utilitarismo), ma occorre un carattere formato, ovvero dotato di quelle che la tradizione chiama virtù»<sup>7</sup>. Sui metodi per individuare le virtù, su come conoscerle ed apprenderle, sulla metaetica che fa da sfondo ai concorrenti approcci della *Virtue Ethics*, sulle critiche che sono state loro mosse e sui possibili modi di superarle, oltre che ai vantaggi che presentano, e su tutti gli altri profili che identificano questo ricco filone di studi, qui non posso certo riferire, potendo limitarmi a rimandare ai testi indicati. Assumerò in altri termini che, almeno a grandi linee, i profili caratterizzanti gli approcci virtueticisti siano noti, volendo piuttosto concentrarmi sul mettere in luce il valore intrinseco che, almeno per il tema che ho qui scelto di affrontare, essi possono rivestire – in altri termini, questo non è un saggio sull'etica delle virtù, ma sul ruolo che essa può giocare nell'apprendimento dell'etica forense.

---

<sup>4</sup> Mi riferisco al bel volume di A. CAMPODONICO, M. CROCE, M.S. VACCAREZZA, *Etica delle virtù. Un'introduzione*, Carocci, Roma, 2017. Approfitto peraltro per precisare che già qualche anno fa questo tipo di impostazione è stata in modo assai convincente toccata nel contesto di studi dedicati all'«etica delle professioni legali», come recita il titolo di I. TRUJILLO, *Etica delle professioni legali*, il Mulino, Bologna, 2013, la quale si sofferma anche sull'etica dell'agente morale (in part. 71 ss.), mettendo sinteticamente in luce i pregi ma anche le criticità che il successivo dibattito sul virtueticismo tenderà poi, almeno a mio parere, da un lato, a chiarire e, dall'altro lato, a superare.

<sup>5</sup> Il riferimento è in particolare a M.S. VACCAREZZA, *Esempi morali. Tra ammirazione ed etica delle virtù*, il Mulino, Bologna, 2021, ma anche, per alcuni profili relativi alla saggezza pratica, a EAD., *Le ragioni del contingente. La saggezza pratica tra Aristotele e Tommaso d'Aquino*, Orthotes, Napoli, 2012.

<sup>6</sup> Cfr. ad es. D. EDMONDS, *Uccideresti l'uomo grasso? Il dilemma etico del male minore*, Raffaello Cortina, Milano, 2014.

<sup>7</sup> A. CAMPODONICO, M. CROCE, M.S. VACCAREZZA, *Etica delle virtù*, cit., 10.

Da tale punto di vista, posso così limitarmi a ricordare come, al netto di anche importanti distinzioni che caratterizzano i maggiori approcci riconducibili al filone della *Virtue Ethics*<sup>8</sup>, tale approccio pone al centro della discussione, accanto alla riscoperta delle virtù etiche e alla loro identificazione, caratterizzazione e finalità, la ragione pratica e le emozioni nella loro reciproca sinergica interazione. Si tratta, in effetti, di «un'impostazione etica di carattere comprensivo, integrale e legato all'esperienza concreta»<sup>9</sup> in cui riveste importanza il ruolo assegnato «al concetto di *eudaimonia* (felicità, vita buona, fioritura)»<sup>10</sup> che fa comprendere come questa prospettiva «sia centrata sulla formazione del carattere morale dell'agente (*agent centered*) e, meglio, sul bene e sui beni (prospettiva della *prima persona*), di cui le virtù del carattere sono implicazioni necessarie, anziché essere focalizzata sull'azione retta (*action centered*), sui precetti da ottemperare (*deontologismo*) o su conseguenza da raggiungere (*conseguenzialismo*)»<sup>11</sup>. E, per quanto si riconosca un ruolo alle regole e principi deontologici, il virtueticismo centra la propria attenzione «sul possesso fondamentale della virtù della saggezza pratica, che è in grado di dare una risposta alle varie situazioni, grazie alla sua capacità di sintesi tra il fine buono del carattere virtuoso e le istanze morali presenti nel contesto»<sup>12</sup>.

In effetti «senza un fine determinato dalla razionalità pratica, le virtù o sono considerate mere espressioni di emozioni o disposizioni necessarie al fine di limitare il carattere distruttivo delle emozioni [...]. Le virtù etiche [invece] [...] sono tratti del carattere, in cui la dimensione emotiva è informata dalla razionalità, che esigono una presa di coscienza e che hanno una valenza morale»<sup>13</sup>. Tutto ciò fa sì che l'identificazione del soggetto virtuoso, nelle declinazioni che tale lemma assume<sup>14</sup>, sia centrale e possa condurre ad una lettura capace di superare, ad un tempo, le secche del deduttivismo/automatismo e del particolarismo etico<sup>15</sup>. In tale

---

<sup>8</sup> Su cui valga il rimando a *Ibidem*.

<sup>9</sup> *Ivi*, 14.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> *Ibidem* (corsivi degli AA.).

<sup>12</sup> *Ibidem*

<sup>13</sup> *Ivi*, 91.

<sup>14</sup> Su cui v. princ. M.S. VACCAREZZA, *Esempi morali*, cit.

<sup>15</sup> Quale quella offerta, su tutti, in dialogo critico con molti autorevoli rappresentanti del virtueticismo, in *Ibidem*.

contesto, in cui appaiono essenziali il ruolo dell'educazione<sup>16</sup> e della crescita personali – insieme ad un'altrimenti ignorata attenzione alla «dimensione sociale e intersoggettiva della comunità e delle pratiche in cui l'io stesso è inserito»<sup>17</sup> –, risulta centrale e determinante, nelle riflessioni che «s'ispirano piuttosto fedelmente alla tradizione classica d'impronta aristotelica, tomista o anche stoica, pur reinterpretandola»<sup>18</sup>, il recupero di «quella virtù sintetica che la tradizione aristotelica chiama *phronesis*, la quale per Aristotele presuppone la maturazione delle virtù etiche [...] possibile grazie alla sinergia di emotività e razionalità»<sup>19</sup>.

Ora, se, da un lato proprio tale necessario rapporto fra emotività e razionalità è al centro delle riflessioni virtueticistiche, dall'altro lato è noto come questa sia una problematica tornata prepotentemente alla ribalta degli interessi anche giuridici, soprattutto per quanto attiene alcuni dibattiti relativi alla decisione giudiziale<sup>20</sup>; ma, soprattutto, è quel riferimento alla *phronesis*, letta qui, seguendo Maria Silvia Vaccarezza, come vera e propria forma di «competenza etica generale»<sup>21</sup>, che non può essere ignorato. Questo, se non altro, sulla base del fatto che questa «virtù sintetica»<sup>22</sup>, sovente resa altrove con il termine di “saggezza” – la virtù della razionalità pratica<sup>23</sup> – trova un tradizionale corrispondente nel

---

<sup>16</sup> La *Virtue Ethics* ha infatti una «intrinseca dimensione educativa che non ritroviamo nella stessa misura in altre prospettive etiche» (A. CAMPODONICO, M. CROCE, M.S. VACCAREZZA, *Etica delle virtù*, cit., 14).

<sup>17</sup> *Ibidem*

<sup>18</sup> *Ivi*, 10.

<sup>19</sup> *Ivi*, 10, 12.

<sup>20</sup> *Ex multis*, ne danno recente testimonianza i contributi e i riferimenti raccolti in M. MANZIN, F. PUPPO, S. TOMASI, *Ragioni ed emozioni nella decisione giudiziale*, in *Studies on Argumentation & Legal Philosophy*, 4, Trento, Università degli studi di Trento, 2021 (disponibile in OA all'URL <https://iris.unitn.it/handle/11572/296052>).

<sup>21</sup> M.S. VACCAREZZA, *Esempi morali*, cit., 100.

<sup>22</sup> Cfr. *ibid.*, *passim*.

<sup>23</sup> Che «se ci si attiene alla concezione che ne ha dato Aristotele, cioè come capacità di deliberare bene, ovvero di trovare i mezzi più efficaci (azioni da compiersi o da evitarsi) per attuare un fine buono (attenzione: non un fine qualsiasi, altrimenti sarebbe semplice abilità, o astuzia), la saggezza è la qualità più desiderabile che ci sia. Essa, infatti, sa applicare la regola generale al caso particolare, quindi è conoscenza dell'universale, ed in questo senso è un vero e proprio sapere di tipo concettuale (anche se non è scienza), ma è anche intuizione del particolare, come la percezione sensibile, quindi è “intelligenza”, *insight* (*nous*). Perciò la saggezza è flessibile, duttile, elastica, capace di adattarsi a tutte le situazioni, senza mai perdere di vista il fine buono. In quanto conoscenza del particolare, la saggezza presuppone una certa esperienza, non nel senso dell'empirismo inglese (sensazioni, percezioni, idee), ma nel senso aristotelico dell'essere esperti, di avere fatto

contesto giuridico, dove sin da Cicerone è identificata con quella (*iuris*-)*prudentia* che dà il nome al nostro sapere e, infine, alla Facoltà in cui esso si impartisce: «La più grande fra tutte le virtù è la sapienza, che i Greci chiamano σοφία, da non confondersi con la prudenza [*prudentia*], detta φρόνησις dai Greci, che io definirei la scienza delle cose che si devono cercare o fuggire»<sup>24</sup>.

Ecco che, allora, proprio in forza di questa che appare ben più di una suggestiva indicazione, il richiamo ad una concezione che potremmo definire “classica” dell’etica è meno vetusto di quanto sembri o, almeno, di quanto possa sembrare secondo la lettura moderna che, almeno per le professioni legali, ha preferito adottare una concezione deontologista, tesa a tradurre l’etica in un insieme di norme codicistiche inserite in un sistema corrispondente ai tipici canoni del paradigma di tipo kelseniano. Cosa che è avvenuta però quando ormai, da un lato, proprio tale paradigma sembrava mostrare tutti i propri limiti al cospetto della odierna crisi del diritto e della scienza giuridica e, al contempo, dall’altro lato, la concezione deontologista sembrava inadeguata a dar soddisfacentemente conto del come un agente morale assume le proprie decisioni<sup>25</sup>. Si tratta di

---

molte esperienze, di conoscere i casi della vita; perciò, è più facile trovarla nelle persone anziane, o comunque mature, che nei giovani (i quali invece brillano nelle matematiche, dove, a quanto pare, dopo i trent’anni non si riesce a produrre più niente di nuovo). Inoltre, la saggezza ha il vantaggio che, una volta appresa, non si dimentica più, mentre tutte le altre forme di sapere, col passare del tempo, si dimenticano. Essa, dunque, come tutte le virtù, è un vero e proprio “abito”, cioè un’abitudine connaturata, una specie di seconda natura, e quindi forma il “carattere” (*ethos*)» (E. BERTI, *Saggezza o filosofia pratica?*, in *Etica & Politica / Ethics & Politics*, 2/2005, 1-14 (liberamente disponibile online al sito [https://www.openstarts.units.it/bitstream/10077/5349/1/Berti\\_E%26P\\_VII\\_2005\\_2.pdf](https://www.openstarts.units.it/bitstream/10077/5349/1/Berti_E%26P_VII_2005_2.pdf), consultato il 27 dicembre 2021). 2005), 2s). Questo testo, che richiamerò anche in conclusione, pone severi problemi alla *Virtue Ethics* di matrice neoaristoelica, ma ritengo che il dibattito interno a questo movimento possa essere considerato idoneo a superare alcuni rilievi di Berti che, in ogni caso, ha ragione nel mettere in guardia rispetto a quelle letture che, pur riabilitando la *phronesis* e pur essendo rappresentative (ma, ecco il punto, non esclusive) del virtueticismo, non sanno trovarne le differenze rispetto alla filosofia pratica (con il che si finisce a darne una lettura particolarista e relativista).

<sup>24</sup> Cicerone, *De officiis*, I, 153.

<sup>25</sup> Sulla crisi del diritto si v., per i molti spunti che offre e per l’attualità dell’analisi che presenta, T. GRECO *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Laterza, Bari, 2021; per ciò che concerne il discorso intorno alla scienza giuridica ci sia permesso il rimando a F. PUPPO, *Metodo pluralismo diritto. La scienza giuridica tra tendenze “conservatrici” e “innovatrici”*, Aracne, Roma, 2013; sulle insufficienze del modello deontologista cfr. quanto già citato *supra* nn. 4, 5 e 6 da leggersi, ad es., insieme a C. BAGNOLI, *Dilemmi morali*, De Ferraris&Devega, Genova, 2006 e M.G. ROSSI, *Dilemmi morali*, in *Sistemi intelligenti*, 1/2011, 187-205, fra l’altro proprio per il ruolo epistemico delle emozioni,

fattori distinti, eppure collegati e concorrenti che stanno, per così dire, investendo allo stesso tempo il diritto, chi contribuisce a formarlo e chi lo pratica, in un movimento di crisi complessivo che ha toccato, fra il resto, anche la riflessione etica contemporanea, laddove «la ripresa delle virtù [...] nasce dall'insofferenza nei confronti di etiche basate su una concezione delle azioni concepite "oggettivamente" sulla base di un modello mutuato dalle scienze, ovvero come staccate dal soggetto che le compie e valutabili in quanto tali (deontologismo) oppure in base alle loro conseguenze pure esse oggettivabili (utilitarismo, consequenzialismo)»<sup>26</sup>.

Cosa che, come si accennava, ha contribuito a riportare, anche sulla scena dell'etica contemporanea, il soggetto<sup>27</sup> ovvero, per ciò che ci riguarda, l'uomo virtuoso o *phronimos*. Un uomo che chiunque voglia vantare per sé la qualifica di "giurista" dovrebbe conoscere sin dal primo anno di studi universitari, dal momento che proprio quel modello è additato, in negativo, da uno dei più classici luoghi di formazione di ogni giurista, ossia l'*Antigone* di Sofocle.

### 3. *Un problema di metodo*

È infatti esattamente in questo testo, che ha reso immortale il mito della stirpe di Edipo, che noi giuristi siamo chiamati, da sempre, a confrontarci, prima ancora della grande trattazione aristotelica, con il tema della *phronesis*. Non posso che trattarne brevemente, ma per comprendere ciò occorre innanzitutto tralasciare le interpretazioni che troppo facilmente si limitano ad attribuire ad Antigone il ruolo di eroina che si ribella al potere tirannico di Creonte in nome di una legge pretesa gerarchicamente superiore ad un'altra: queste interpretazioni, infatti, per quanto avvalorate anche dalle rivisitazioni Novecentesche di Brecht e Anouilh oltre che da

---

anche negative, nelle decisioni morali (che proprio il deontologismo di matrice kantiana è, fra i suoi limiti, incapace di trattare).

<sup>26</sup> A. CAMPODONICO, M. CROCE, M.S. VACCAREZZA, *Etica delle virtù*, cit., 95.

<sup>27</sup> Come se, anche in questo campo, si sia finalmente consumata una delle grandi rivoluzioni che ha investito la storia del pensiero e dell'umanità (su cui, fra molti altri, si sofferma, in modo attinente rispetto ad uno dei temi toccati anche dal virtueticismo – ancora quello dello statuto delle emozioni e del loro rapporto inscindibile con la razionalità – E.R. KANDEL, *The Age of Insight: The Quest to Understand the Unconscious in Art, Mind, and Brain, from Vienna 1900 to the Present*, Random House, New York, 2012 (= *L'età dell'inconscio. Arte, mente e cervello dalla Grande Vienna ai nostri giorni*, Raffaello Cortina, Milano, 2012, 2016<sup>2</sup>).

copiosa messe di noti studi, incorrono nella fallacia ermeneutica che attribuisce agli antichi le *nostre* moderne concezioni del diritto e dell'ordinamento giuridico. Siamo noi, infatti, che guardiamo al diritto secondo un preciso approccio teorico che abbiamo, nei secoli, sviluppato e che ci ha portato a privilegiare, rispetto ad esso, quel modello che culmina con la lezione kelseniana: che però, lapalissianamente, prima di questo tempo non esisteva<sup>28</sup>.

In effetti, condivido del tutto l'opinione di Fabio Ciaramelli che, in un bel testo dedicato, sin dal titolo, al dilemma di Antigone, osserva come «l'insegnamento tratto dall'Antigone riguarda la filosofia pratica e non quella teoretica: riguarda, cioè, in prima battuta, la riflessione che assume come irriducibile punto di partenza la contingenza e l'indeterminatezza dell'agire umano, e non quella che delucida le determinazioni e connessioni necessarie portate allo scoperto dall'intelligenza dell'essere»<sup>29</sup>. Qui si tratta, quindi, innanzitutto di ricordare che il mito, che anticipa quella tragedia che lo porta sulla scena, è «molto più che un infantile preludio del *lógos* [...]. [Perché] in esso troviamo già l'espressione di una peculiare razionalità»<sup>30</sup>, quella fronetica, assente tanto in Creonte quanto in Antigone: entrambi, infatti, si macchiano di *hybris*, al punto che non ha letteralmente senso chiedere chi dei due abbia ragione, giacché hanno entrambi torto. Infatti, «Antigone e Creonte sono entrambi incapaci di tessere insieme le leggi della propria terra con la giustizia degli dei [...]. Sia Creonte sia Antigone sono auto-nomisti, esseri umani che hanno messo la legge sotto la loro tutela. Entrambi mancano di *phronesis* e perciò cadono nella *hybris*»<sup>31</sup>, quella tracotanza che li isola e fa a ciascuno dei due

---

<sup>28</sup> Perché, ad esempio, non esisteva neppure il concetto di “gerarchia” così come lo impieghiamo noi: mi sono soffermato su questo nel mio F. PUPPO, *Metodo, pluralismo, diritto*, cit., a cui mi permetto di rimandare.

<sup>29</sup> F. CIARAMELLI, *Il dilemma di Antigone*, Giappichelli, Torino, 2017, 59.

<sup>30</sup> E. STOLFI, *La cultura giuridica dell'antica Grecia. Legge, politica, giustizia*, Carocci, Roma, 2020, 49.

<sup>31</sup> F. CIARAMELLI, *Il dilemma di Antigone*, cit, 66. Proprio con riferimento al peso assegnato all'aggettivo “autonomo”, e guardando al tema più generale della possibilità di educare alla moralità attraverso esempi virtuosi – su cui dirò corsivamente nell'ultimo paragrafo –, vorrei qui intanto ricordare, giuste le parole di M.S. Vaccarezza che «da Platone e il neoplatonismo cristiano al *phronimos* aristotelico, e da Socrate all'*Imitatio Christi*, l'idea del miglioramento morale come adeguamento a un modello ideale è stata una forza propulsiva decisiva, sia in termini di motivazione che di giustificazione. È altrettanto noto come la figura dell'esemplare o modello morale cada in certo senso in disgrazia nella modernità [...] è innegabile che l'autonomia kantiana rigetti intrinsecamente l'idea di una moralità come *imitatio*. La stessa idea di adeguamento a un ideale di eccellenza, a

illusoriamente presumere di poter bastare a se stesso, sulla base di una propria personale *Stufenbau* incapace di tessere insieme quelle leggi che entrambi rappresentano.

Da tale punto di vista, Sofocle non ci dice, in positivo, quale avrebbe potuto essere il *nomos* capace di comporre questa disputa, che rifletteva quella in essere, al tempo, fra i diversi *corpora* di Atene: non ce lo dice perché non può dircelo, dal momento che se quel *nomos* ci fosse la tragedia non sarebbe più tale, venendo a perdere quel carattere dilemmatico che ne rappresenta il fulcro essenziale e per spostarsi sul piano della teoresi qui espressamente esclusa. Invece Sofocle ci dice, in negativo, cosa accade se ciascuna delle parti in causa, al di là dei meriti della propria posizione, pretende di affacciarla come l'unica possibile, macchiandosi, per l'appunto, di quella *hybris* che «impedisce di acquisire e coltivare ciò che, nella *Critica della capacità di giudicare*, Kant chiamava 'mentalità allargata', consistente nella attitudine a tener conto anche del punto di vista dei propri interlocutori»<sup>32</sup>.

Per quanto in discussione in questo saggio, è quindi chiaro il ruolo giocato dalla tragedia sofoclea: il modello dell'uomo virtuoso cui rimanda è il *phronimos*, e la virtù che egli incarna è proprio quella «saggezza pratica a più riprese invocata dal Coro [che] è ben diversa cosa da una presa di posizione individuale ricavabile per via deduttiva da premesse universali e necessarie, ma potrà solo, eventualmente, emergere da una nuova mediazione tra le ragioni in conflitto. In effetti, se la *hybris* è la dismisura o tracotanza, che sempre incombe sull'interazione e sulla interlocuzione degli esseri umani, sulla loro fragilità sprovvista di punti di riferimento evidenti, il solo rimedio contro la *hybris* è la *phronesis*, la saggezza pratica, la capacità di discernimento»<sup>33</sup> che dovrebbe appartenere, per definizione, ad ogni giurista e a chiunque pratici la professione forense. Cosa si richiede, infatti, in primo luogo a noi giuristi se non la capacità di

---

ben vedere, fa a pugnì con l'istanza di autonomia così centrale dalla modernità in poi: l'obbligo di adeguarsi all'eccellenza [...] equivarrebbe ad accettare di sottomettere sé stessi [...] a una forma eteronoma. Il che, in una morale dell'autonomia, è esattamente il contrario di come le cose dovrebbero stare: è il potere della ragione a imporre una forma, attraverso l'obbligazione, sulla materia recalcitrante del mondo, per cui l'obbligazione stessa altro non diventerebbe che il "potere costrittivo della forma su di noi"» (EAD., *Esempi morali*, cit., 17 ss). Non si fa fatica a leggere, fra queste righe, anche una possibile illustrazione dei canoni cui risponde l'impostazione del giuspositivismo formalista kelseniano.

<sup>32</sup> *Ivi*, 118.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

discernere, ovvero di saper leggere il reale, le azioni compiute da noi e da altri e le ragioni che le giustificano (o pretendono di farlo), fino al punto di poterci interrogare sul fondamento delle stesse e così cogliere i principi e i valori che le fondano e saper guardare (almeno secondo la lettura che qui si propone), con tale metodo, a sè stessi e alle virtù del proprio agire?

Ecco che, allora, letta in questi termini, la proposta virtueticista appare del tutto congrua e praticabile in capo a chi ha fatto, nel tempo, di quella capacità di discernimento la sua professione: con il che si comprende come il metodo del giurista sia anche, allo stesso tempo, espressione della propria etica; o, se si vuole dirla in altri termini, perché il giurista sia *vir bonus dicendi peritus*.

#### 4. L'educazione alla virtù (a mo' di conclusione)

Nella prospettiva dell'etica della virtù, sin qui corsivamente ripercorsa in un'ottica filosofico-giuridica, giocano ormai un ruolo centrale, nell'apprendimento delle virtù, l'importanza dell'educazione e dell'esempio dell'uomo virtuoso, assi portanti di un percorso di crescita e perfezionamento personali. Maria Silvia Vaccarezza<sup>34</sup> ha di recente declinato la teoria educativa virtueticista alla luce di un modello educativo pluralista che mi sembra particolarmente meritevole di attenzione se non altro perché l'Autrice genovese si è fatta carico di approfondire alcuni limiti del virtueticismo e di superarli, sviluppando una lettura che trovo significativa anche per chi si occupi di etica professionale forense.

Vorrei qui limitarmi a evidenziare un punto particolarmente pregnante che dà il senso di questo mio (ovviamente discutibilissimo) giudizio: ammesso e non concesso che l'etica sia declinabile secondo il paradigma frontetico sin qui richiamato, resta aperta la domanda su come sia possibile trasmettere la virtù. Ebbene, la risposta, cui già ho fatto cenno, è che il «modello educativo esemplarista si fonda sulla fiducia nel fatto che, anzitutto, educare alla moralità sia uno scopo educativo legittimo, e, in secondo luogo, tale scopo sia molto più facilmente perseguibile mostrando figure ammirevoli che non additando principi»<sup>35</sup>. Si tratta di un'indicazione certamente non priva di profili problematici (che certo qui non posso trattare e per cui mi basti rimandare a quanto già

---

<sup>34</sup> Il riferimento è al più volte citato M.S. VACCAREZZA, *Esempi morali*, cit., che si occupa espressamente di educazione nelle pp. 173 ss.

<sup>35</sup> Ivi, 175.



menzionato) ma, altrettanto certamente, in prima battuta assai meritevole di attenzione se non altro perché, in primo luogo, si assume che si possa educare alla moralità (e quindi anche, per esempio, alle emozioni, che ne sono parte costitutiva ed ineliminabile) e poi anche perché, in secondo luogo, rende immediatamente chiara la distanza che intercorre tra il presumere di poter apprendere l'etica affidandosi allo studio di un codice deontologico (cosa che peraltro è possibile solo in presenza di un codice, e perciò tutt'altro che apprezzabile in via di principio – se quel codice non ci fosse, come peraltro a lungo non c'è stato, cosa insegneremmo?) e poterlo invece fare nel confronto costante con i modelli virtuosi di riferimento. Laddove essi sono senz'altro il *dominus* e, prima ancora, fra le aule universitarie, gli *exempla* di figure notevoli (si pensi all'Avv. Ambrosoli o all'Avv. Corce, giusto per nominare due eroi civili della professione forense) ma financo «personaggi dei romanzi e dei film, in linea con quanto affermato già da Aristotele nella *Poetica*, dove lo Stagirita sostiene che la poesia è più prossima della storia alla filosofia perché presenta archetipi in linea di principio universali (Aristotele, *Poetica*, 1451b 1-15)»<sup>36</sup>. Qui, insomma, si delinea a grandi linee la possibilità di impostare un insegnamento che sappia passare, per dirla con uno slogan, da una “deontologia incartata” ad un’“etica incarnata”, perché, alla domanda su «come si comunicano allora le virtù? [Qui si risponde:] Essenzialmente attraverso persone che le testimoniano nella loro vita»<sup>37</sup>.

Da questo si possono trarre anche indicazioni molto concrete sul come impostare la didattica universitaria: così, ad esempio, un corso dedicato all'etica delle professioni forensi non ignorerebbe il codice deontologico (come si potrebbe?) ma, piuttosto, come abbiamo appena accennato, ne impartirebbe l'insegnamento attraverso il ricorso a vicende e figure paradigmatiche, anche coinvolgendo i professionisti forensi che potrebbero trasmettere la propria esperienza, ovvero facendo ricorso alla metodologia delle cliniche legali, che potrebbero aiutare gli studenti a impegnarsi in esperimenti mentali di tipo dilemmatico. Insomma, si tratterebbe di impartire l'insegnamento delle regole e dei valori che rappresentano il cuore della deontologia problematizzandone l'orizzonte di significanza, secondo un insegnamento universitario in chiave *pratica*.

Laddove questo aggettivo, giusta l'insistenza sulla *phronesis*, ha un significato filosofico pregnante, perché la collega, nell'impostazione aristotelica, ad una *episteme* precisa, secondo, ancora una volta, un

<sup>36</sup> A. CAMPODONICO, M. CROCE, M.S. VACCAREZZA, *Etica delle virtù*, cit., 132.

<sup>37</sup> *Ivi*, 133.

insegnamento disatteso nelle modernità che ha un'opinione molto diversa della saggezza, che finirà con l'essere «criticata da Kant [...] [che ne tratta] come abilità tecnico-pratica e quindi quasi completamente accantonata dalla filosofia dell'Ottocento e della prima metà del Novecento»<sup>38</sup>. Nel secolo breve, la *phronesis* sarà riscoperta soprattutto ad opera di Gadamer e dei suoi epigoni, tra cui anche qualche rappresentante della *Virtue Ethics*, cui si deve però anche, al contempo, una lettura relativistica del tutto lontana dall'impostazione aristotelica, dipendente dal fatto che in loro trascolora la distinzione fra filosofia pratica e saggezza, pure centrale nello Stagirita. Non posso ovviamente qui occuparmene<sup>39</sup>, ma non posso non ricordare come, in effetti, l'impostazione aristotelica rimandi ad un fondamento *forte* della filosofia pratica che «conosce anch'essa, come tutte le scienze, la verità, anzi, come tutte le scienze, la dimostra»<sup>40</sup>. Siamo qui in presenza, non a caso, di quella verità tipica dei contesti deliberativi dell'*agon* politico, che pertiene, come l'*agon* giudiziale, all'ambito della retorica che, sempre secondo la lezione aristotelica correttamente intesa<sup>41</sup>, è quel tipo di sapere che interviene a garantire quelle verità che valgono "per lo più" in ragione della natura dei problemi di cui si discute e non dei limiti cognitivi di chi lo fa. Ecco che, allora, siamo giunti, al termine di questo breve itinerario, a mostrare come la riflessione sull'etica professionale si collega anche ad una riflessione sul concetto di diritto<sup>42</sup> che, secondo la linea qui prescelta, è anche inevitabilmente una riflessione sull'antropologia che fonda tanto l'una (l'etica) quanto l'altro (il diritto)

---

<sup>38</sup> E. BERTI, *Saggezza o filosofia pratica*, cit., 1.

<sup>39</sup> Valga su tutti il rimando a *Ibidem*.

<sup>40</sup> *Ivi*, 6, di cui però, per ciò che subito diremo, non condivido il prosieguo («quindi non è un semplice discorso esortativo, o persuasivo, come possono essere, ad esempio, quelli che insegna a fare la retorica; ma le dimostrazioni che essa sviluppa non hanno la stessa "esattezza" (*akribeia*) delle dimostrazioni matematiche, le quali valgono "sempre", cioè dimostrano verità necessarie, bensì valgono soltanto "per lo più", cioè nella maggior parte dei casi, di regola, ma quindi anche con eccezioni») proprio perché quelle verità che valgono "per lo più" sono esattamente quelle dell'ambito retorico.

<sup>41</sup> Per cui valga il rimando, *ex multis*, a F. PIAZZA, *La Retorica di Aristotele. Introduzione alla lettura*, Carocci, Roma, 2008. Per una breve indagine storico-filosofica sulla retorica ci sia concesso il rimando a F. PUPPO, *Retorica. Il diritto al servizio della verità*, in, A. ANDRONICO, T. GRECO, F. MACIOCE (a cura di), *Dimensioni del diritto*, Torino, Giappichelli, 2019, 293-318.

<sup>42</sup> Cfr. *supra* nt. 1.

giacché entrambi rimandano all'“uomo retorico”<sup>43</sup>, in una unione di ambiti diversi e concorrenti in cui converge anche l'educazione<sup>44</sup>.

Resta ovviamente inteso che il fondante richiamo al soggetto responsabilizzi soprattutto, dato il tema che qui è in discussione, ciascun docente e, ancor più, ciascun *dominus*: perché sarà a questi che il praticante guarderà per apprendere l'etica professionale ancor prima e ancor più di impegnarsi nello studio del codice deontologico forense che, è bene ricordarlo, viene da un codice precedente la cui genesi è riconducibile ad una raccolta di buone prassi condivise. A riprova del fatto che, probabilmente, al netto degli afflatti normativi che pure hanno pesato in modo significativo sul campo di nostro interesse, non è forse mai esistita un'etica che sia stata capace di non interrogare il soggetto sul senso del proprio agire e così metterlo di fronte al dover trovare ragioni per agire e comprendere chi tipo di professionista, e quindi di uomo, voglia essere.

---

<sup>43</sup> Chiarisce molto bene il legame fra filosofia pratica, saggezza e antropologia aristotelica, E. BERTI, *Saggezza o filosofia pratica?*, cit. Sullo stesso tema si leggano anche, nelle rispettive parti di interesse, A. CAMPODONICO, M. CROCE, M.S. VACCAREZZA, *op. cit.*, e M.S. VACCAREZZA, *op. cit.* Sulle caratteristiche dell'“uomo retorico” valga il rimando a F. PIAZZA, *op. cit.*, oltre che ai testi ivi citati; per parte nostra ci siamo brevemente occupati di questi ultimi profili in F. PUPPO, *Su antropologia, linguaggio e retorica. l'attualità della lezione aristotelica*, «Iustum aequum salutare», XVI, 1/2021, 65-78 (disponibile online al sito <http://ias.jak.ppke.hu/hir/ias/ias.htm>, consultato il 27 dicembre 2021).

<sup>44</sup> Giusta l'impostazione che ne dà, di recente, S. TOMASI, *Argomentazione, educazione, diritto. La retorica forense come strumento di formazione*, Cacucci, Bari, 2022.

ALDO SCHIAVELLO\*

## L'avvocato Hercules tra certezza e flessibilità del diritto

SOMMARIO: 1. La certezza del diritto e l'avvocato "Malaussène" – 2. Un nuovo inizio: l'avvocato filosofo del diritto – 3. L'avvocato tra casi facili e casi difficili – 4. L'avvocato nello Stato costituzionale.

*The first thing we do,  
let's kill all the lawyers*

[W. Shakespeare, *The second part of King Henry VI*]

### 1. La certezza del diritto e l'avvocato "Malaussène"

Pur evitando di fare di tutta l'erba un fascio è arduo negare che nell'immaginario collettivo l'avvocato sia accompagnato da una cattiva fama. Azzecagarbugli, Huria Heep, gli avvocati senza scrupoli di *Suits*, Saul Goodman, avvocato maneggione e corrotto di *Breaking Bad*; questi e altri analoghi – è un fatto – sono i primi esempi a cui la gente comune pensa come casi paradigmatici di avvocato. Certo, esiste, dell'avvocato, anche un'immagine positiva che ritroviamo ad esempio nel *Corpus Juris* di Giustiniano, nella *Summa Theologiae* di san Tommaso, in alcune novelle di Balzac ma anche, più di recente, in Joseph Miller, l'avvocato idealista di Philadelphia e, nella realtà, in Giorgio Ambrosoli, così ben raccontato da Corrado Stajano in *Un eroe borghese*<sup>1</sup>. Questi ultimi esempi, però, non sovengono alla mente in modo automatico ma richiedono uno sforzo di riflessione e questo è indice di un pregiudizio diffuso che presuppone una certa immagine del diritto e una certa idea della sua funzione.

A dar retta a Jerome Frank la nomea degli avvocati si fonda su una convinzione errata che può essere spiegata in chiave psicoanalitica<sup>2</sup>. La convinzione errata, che è poi il mito originario da cui prende il titolo il

---

\* Professore Ordinario di Filosofia del Diritto – Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Palermo.

<sup>1</sup> C. STAJANO, *Un eroe borghese* (1991), Il Saggiatore, Milano, 2016. Sulla duplice immagine dell'avvocato, cfr. M. LA TORRE, *Libertà di parola. Cittadinanza e avvocatura*, Carocci, Roma, 2021, 50-59. Per una carrellata di avvocati cinematografici, cfr. G. ZICCARDI, *Il diritto al cinema. Cent'anni di courtroom drama e melodrammi giudiziari*, Giuffrè, Milano, 2010.

<sup>2</sup> J. FRANK, *Law and the Modern Mind* (1930), Anchor Books Doubleday & C., Inc., Garden City, New York, 1963. Mi sono già occupato di queste tesi di Frank, in relazione alla normatività del diritto, in A. SCHIAVELLO, *Perché obbedire al diritto? La risposta convenzionalista ed i suoi limiti*, Ets, Pisa, 2010, 39-48.

primo capitolo di *The Law and the Modern Mind*, è l'idea che il diritto, di per sé, sia chiaro, determinato e certo. Se non fosse per gli avvocati che rimestano nel torpido, si saprebbe sempre con certezza in anticipo ciò che il diritto richiede in ogni situazione. È sin troppo facile ricordare il dottor Azzecagarbugli che a un intimorito e perplesso Renzo dice: «D'ogni intrigo si può uscire; ma ci vuole un uomo: il vostro caso è serio, vi dico, serio: *la grida canta chiaro; e se la cosa si deve decider tra la giustizia e voi, così a quattr'occhi, state fresco. Io vi parlo da amico: le scappate bisogna pagarle: se volete passarvela liscia, danari e sincerità, fidarvi di chi vi vuol bene, ubbidire, far tutto quello che vi sarà suggerito*»<sup>3</sup>.

Secondo Frank, benché l'idea dell'avvocato che complica e rende confuso ciò che è semplice e chiaro sia così diffusa, è comunque un'idea sbagliata. Non sono gli avvocati a rendere oscuro ciò che è chiaro; è il diritto in sé a non essere (e a non poter essere) pienamente determinato. Gli avvocati, così come più in generale i giuristi, svolgono l'imprescindibile funzione di adattare le norme generali, astratte e, in quanto tali, non del tutto certe, ai casi particolari. In questo modo essi garantiscono la flessibilità delle norme, che è una delle virtù principali di un buon sistema giuridico. La colpa degli avvocati, sostiene Frank, non è quella di scovare o escogitare cavilli ma, eventualmente, quella, ben diversa, di contribuire ad accreditare, insieme ai giudici, l'immagine di un diritto certo e determinato e anche l'idea che i casi controversi non sarebbero che trascurabili eccezioni. È opportuno precisare che gli avvocati e i giuristi in generale accreditano l'immagine di un diritto certo e determinato non soltanto per una sorta di ipocrisia professionale ma anche perché subiscono in prima persona il fascino del mito originario della certezza del diritto.

Come anticipato, Frank spiega questa immagine in chiave psicoanalitica. L'idea di Frank è che il mito della certezza del diritto affondi le sue radici nell'età infantile. La nascita è un trauma: l'armonia e la serenità che caratterizzano la vita pre-natale sono sostituite dalla lotta per l'esistenza. Tuttavia, all'inizio i bisogni del bambino sono pochi e facili da soddisfare: mangiare, bere, dormire e poco altro. Inoltre, i genitori fanno di tutto per venire incontro alle esigenze del proprio figlio. La situazione produce nel neonato una sensazione di onnipotenza in quanto ogni sua richiesta viene prontamente soddisfatta. Ben presto, l'illusione di avere un pieno controllo del mondo esterno viene meno. È a questo punto

---

<sup>3</sup> A. MANZONI, *I promessi sposi* (1840), capitolo III, edizione a cura di N. SAPEGNO e G. VITI, Le Monnier, Firenze, 1988, 66, corsivo aggiunto.

che il bambino considera i propri genitori come una sorta di scudo in grado di fraporsi fra sé e il caos del mondo esterno. L'onnipotenza che nella prima infanzia il bambino attribuiva a se stesso adesso è proiettata sui genitori i quali la esercitano in sua vece. Le regole di comportamento stabilite dai genitori sono dal bambino ritenute infallibili e meritevoli di essere seguite alla lettera. Anche questa fase, tuttavia, ha un termine. I genitori vengono deposti dal piedistallo; tuttavia, il fanciullo, poi ragazzo e infine uomo maturo, tranne in rari casi, piuttosto che rinunciare alla tranquillizzante sensazione di onnipotenza, va alla perenne ricerca di sostituti dei genitori. Il modo in cui il bambino si relaziona con i genitori costituisce il paradigma, il prototipo, dei rapporti successivi. Così il diritto (insieme ad altri fenomeni sociali come la religione) diviene un succedaneo parziale del "padre-giudice infallibile". Evidentemente, per assolvere questo ambizioso compito, il diritto deve essere ammantato della stessa perfezione di cui veniva ammantato il padre biologico. Questa, secondo Frank, la spiegazione del mito originario della certezza del diritto. La nomea degli avvocati sarebbe dunque funzionale a perpetrare questo mito e a custodire la tranquillizzante sensazione di onnipotenza che la maggior parte degli esseri umani persegue per tutta la vita. Non è il diritto a essere incerto, sono gli avvocati che lo presentano come tale!

Non è necessario accogliere in pieno l'analisi di Frank per riconoscere che la figura dell'avvocato mette in crisi l'idea moderna di diritto dominata dall'ideale della certezza. Le strade per trarsi fuori dall'imbarazzo sono state prevalentemente due. La prima l'abbiamo vista: restituire un'immagine caricaturale e negativa dell'avvocato. La seconda è più radicale: espungere l'avvocato dalla riflessione sul diritto. Come nota Massimo la Torre, «[l]a teoria del diritto, allorché rivolge la sua attenzione agli attori dell'esperienza giuridica, non ha occhi in genere che per tre sole figure: quella del legislatore, quella del giudice, e quella dello "scienziato" del diritto, del "professore", in altre parole. L'avvocato non è tematizzato»<sup>4</sup>.

Benché la modernità sia abbondantemente alle nostre spalle, i suoi miti sono duri a morire. Una riflessione sulla figura e sul ruolo dell'avvocato è un buon punto di partenza per individuare alcune caratteristiche salienti del diritto contemporaneo e, forse, per squarciare il velo su alcune mistificazioni che hanno caratterizzato l'ideologia giuridica dominante degli ultimi due secoli abbondanti.

---

<sup>4</sup> M. LA TORRE, *Libertà di parola. Cittadinanza e avvocatura*, cit., 50.

## 2. *Un nuovo inizio: l'avvocato filosofo del diritto*

Benché la figura dell'avvocato non sia stata adeguatamente tematizzata dalla scienza giuridica, è degno di nota che due tra i principali giusfilosofi del secolo scorso – Herbert Hart e Ronald Dworkin – abbiano svolto in età giovanile la professione di avvocato.

Hart fu avvocato tributarista negli anni immediatamente precedenti e immediatamente successivi alla Seconda guerra mondiale (durante la quale lavorò per il contro-spionaggio britannico). In una lettera scritta nel 1944 a Isaiah Berlin egli manifesta il «disgusto se non addirittura la nausea» rispetto alla prospettiva di tornare a esercitare la professione forense<sup>5</sup>. Nella lettera Hart indica con chiarezza le ragioni di questa avversione. In primo luogo, egli ritiene che il ruolo dell'avvocato tributarista, che si occupa di evasione ed elusione fiscale, sia anti-sociale o, almeno, a-sociale. In secondo luogo, egli non si trova a suo agio con i giuristi pratici, siano essi avvocati, praticanti o giudici e con la «mentalità giuridica in tutte le sue manifestazioni ristrette, superficiali e reazionarie»<sup>6</sup>. In terzo luogo, Hart prova orrore per la disonestà che caratterizza il sottobosco in cui gli avvocati trascorrono la loro vita professionale. In quarto luogo, Hart manifesta la preoccupazione che il suo impegno professionale possa scalzare tutti i suoi ulteriori interessi intellettuali e rendere la sua vita più angusta. Infine, per le ragioni precedenti, Hart è certo che, se facesse l'avvocato per tutta la vita, al termine di essa non potrebbe ripensare al tempo passato senza provare disgusto.

Ora, le esperienze personali lasciano il tempo che trovano e sarebbe un azzardo trarre da esse conclusioni filosofico-giuridiche definitive. Tuttavia, tra le righe delle ragioni che Hart avanza come giustificazione della sua avversione per la professione forense si intravede almeno una immagine del diritto che non è molto diversa da quella delineata nel paragrafo precedente. La certezza è il valore principale che deve essere garantito dal diritto.

Questa convinzione sta dietro la teoria mista dell'interpretazione proposta da Hart. Nella zona chiara ricadono i casi facili, per i quali i termini generali contenuti negli enunciati normativi "sembrano non avere

---

<sup>5</sup> N. LACEY, *A Life of H.L.A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, University Press, Oxford, 2004, 112 e ss.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

bisogno di alcuna interpretazione". La zona di penombra è occupata dai casi dubbi, nei confronti dei quali gli enunciati normativi esercitano pur sempre una funzione di guida dell'attività interpretativa, ma solo in modo incerto. Nei casi facili, il compito dell'interprete è quello di sussumere il caso sotto la norma generale. Nei casi difficili, gli interpreti esercitano discrezionalità in quanto possono scegliere tra più di un risultato. L'interprete e, in particolare, il giudice, nei casi difficili agisce in modo simile al legislatore. È importante sottolineare che per Hart la certezza è senz'altro più importante e più diffusa della flessibilità. Ciò si evince ad esempio dalla sua affermazione che i casi difficili sono assolutamente marginali rispetto ai casi facili: «(...) la vita del diritto consiste in larga misura nella guida che sia sui funzionari sia sui cittadini privati viene esercitata da norme determinate che, a differenza delle applicazioni di criteri variabili, *non* richiedono da loro un nuovo giudizio di caso in caso»<sup>7</sup>. L'idea è dunque che il diritto sia prevalentemente prodotto dal legislatore e in alcuni casi residuali – i casi difficili – anche dai giudici. I giuristi sono chiamati a descrivere in modo valutativo il diritto esistente. In una siffatta concezione del diritto l'avvocato non sembra rivestire alcun ruolo se non quello, disdicevole, adombrato anche da Hart nella sua lettera a Berlin, di allargare artatamente il campo dei casi difficili. Per dirla con La Torre: «O si decide, come fa il legislatore, e, a seconda della teoria adottata, anche il giudice (come credono, tra gli altri, Kelsen e Hart) oppure si "descrive", si "conosce" il diritto, e dunque si fa "scienza" (e il concetto di diritto si colloca in questa seconda dimensione, e dunque non ha bisogno di nessuna connessione concettuale con valori e principi, o virtù, vale a dire con la morale). In un tale dualismo radicale, ovviamente, la figura dell'avvocato non ha posto, ché questo non decide nel diritto, né invero descrive»<sup>8</sup>.

Con Dworkin le cose cambiano in modo netto. C'è un aneddoto che merita di essere narrato<sup>9</sup>. Il primo incontro tra Hart e Dworkin avviene ad Harvard nel 1956, dove Hart trascorre un anno invitato da Lon L. Fuller e Dworkin è uno studente di diritto molto brillante. Tanto brillante da impressionare Hart; quest'ultimo, oltre a premiare con il voto più alto il compito di Dworkin, ne legge alcuni passaggi in un seminario informale. Verso la fine del suo soggiorno ad Harvard, nel 1957, Hart invita Dworkin

---

<sup>7</sup> H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961; 1994<sup>2</sup>), Einaudi, Torino, 2002, 159.

<sup>8</sup> M. LA TORRE, *Libertà di parola. Cittadinanza e avvocatura*, cit., 51.

<sup>9</sup> La fonte è sempre N. LACEY, *A Life of H.L.A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, cit., 85 e ss.



a cena e gli chiede quali siano i suoi progetti per il futuro; in particolare, gli domanda se vuole intraprendere la carriera universitaria ovvero dedicarsi alla professione forense. Dworkin non ha bisogno di pensarci e risponde che avrebbe senz'altro fatto l'avvocato. Anche la carriera di Dworkin come avvocato è molto breve: lavora nel prestigioso studio newyorkese Sullivan e Cromwell dal 1958 al 1962 per poi essere chiamato come professore nell'Università di Yale<sup>10</sup>. Ma egli non rinnega mai la sua esperienza come avvocato. Anzi!

Pochi mesi prima della sua morte, avvenuta il 14 febbraio del 2013, Dworkin riceve il prestigioso premio Balzan; in quella occasione, tiene una lezione all'Accademia dei Lincei a Roma. Nelle righe iniziali del suo discorso Dworkin ricorda proprio di avere cominciato la sua carriera come avvocato di affari a *Wall Street* e, a dispetto delle apparenze, egli individua un nesso stringente tra questi inizi e la successiva attività di filosofo del diritto. Il suo interesse per le questioni astratte e, in generale, per la filosofia nasce dalla consapevolezza che per risolvere in modo soddisfacente questioni giuridiche e politiche eminentemente pratiche e concrete è richiesto un solido impianto filosofico alle spalle: si tratta di un approccio dal basso verso l'alto (*bottom up*) e non dall'alto verso il basso (*top down*). Questo approccio non va confuso con la "filosofia del diritto dei giuristi" che Norberto Bobbio contrappone alla "filosofia del diritto dei filosofi"; anche la "filosofia del diritto dei giuristi" parte dal "basso", dal diritto positivo e da quello che fanno giudici e giuristi, ma l'analogia si arresta a questo punto. Bobbio, e con lui tutta la filosofia analitica del diritto di matrice giuspositivistica, si preoccupa comunque di (tentare di) separare il diritto qual è dal diritto quale dovrebbe essere; il discorso scientifico, volto a descrivere il diritto esistente, dalle proprie preferenze personali e idiosincratiche su come il diritto dovrebbe essere. Dworkin, al contrario, ritiene che tali distinzioni siano illusorie e che il compito del filosofo del diritto e del giurista sia quello di "contribuire", attraverso i propri talenti argomentativi, a rendere il diritto esistente quanto più simile possibile al diritto ideale. In questo senso, il metodo del giurista teorico non si discosta da quello del giurista pratico: entrambi partecipano a un'agone con l'obiettivo di prevalere sugli altri. Il filosofo del diritto non guarda al diritto da una prospettiva archimedea e distaccata, ma partecipa a tutti gli effetti alla pratica giuridica.

---

<sup>10</sup> S. GUEST, *Ronald Dworkin. Third edition* (1992<sup>1</sup>; 1997<sup>2</sup>), University Press, Stanford, 2013, 11 e ss.

Un altro aneddoto contribuisce a chiarire il modo in cui Dworkin interpreta il ruolo della scienza giuridica e l'enorme distanza tra il suo approccio e quello prediletto dal giuspositivismo analitico<sup>11</sup>; i primi tempi del suo insegnamento ad Oxford, a cavallo tra gli anni '60 e '70 del secolo scorso, gli studenti, dopo avere ascoltato le tesi difese da Dworkin a lezione in modo brillante e, al tempo stesso, asseverativo, talvolta sollevano il dubbio che queste tesi non siano altro che i suoi punti di vista personali sul diritto. La risposta di Dworkin, accompagnata da un sorriso di finto stupore, non si fa attendere: «perché tutti qui dicono ad ogni pie' sospinto 'secondo la mia opinione'? È una specie di tic inglese? – È ovvio che si tratta della mia opinione; perché altrimenti la sosterrai?». Questo metodo, che Dworkin non si limita a praticare ma che si preoccupa anche di giustificare attraverso argomenti filosofici niente affatto ingenui, si accompagna sovente ad uno stile «...troppo simile a quello del politico o dell'avvocato che cercano di porre sul tappeto il minimo necessario per non esporre i propri punti deboli»<sup>12</sup>. Ed è questo stile che disorienta e/o indispettisce il lettore di Dworkin non nordamericano e/o giuspositivista analitico.

Anche in questo caso credo che abbia ragione La Torre a sostenere che non si tratti di una mera questione di stile ma di una scelta metodologica: «Una strada potrebbe essere quella di concepire Hercules non più come solo un giudice, bensì come un giudice accompagnato nelle sue sovrumane fatiche da un'altra figura, ugualmente importante nel processo e nella controversia, l'avvocato. Hercules è tale, sovrano padrone del diritto, in analogia a ciò che succede alla figura del Sovrano nella tradizione politica inglese, "re in parlamento", soltanto allorché è giudice contestato dall'avvocato. Sarebbe quest'ultimo colui che lo incorona vero sovrano del diritto, e gli offre la *chance* di farsi e dirsi Ercole»<sup>13</sup>.

### 3. *L'avvocato tra casi facili e casi difficili*

In che senso il giudice *Hercules* non può fare a meno dell'avvocato *Hercules*? Per rispondere a questa domanda è opportuno innanzitutto

---

<sup>11</sup> Sempre N. LACEY, *A Life of H.L.A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, cit., 328.

<sup>12</sup> M. JORI, *L'ultimo Hart e la teoria dionisiaca del diritto: una discussione mancata*, in *Ragion Pratica*, 21/2003, 405-434, la citazione è a 406.

<sup>13</sup> M. LA TORRE, *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Leo S. Olschki, Firenze, 2019, 29.

demistificare l'immagine del diritto costruita dalla cultura giuridica moderna e dal positivismo giuridico.

Attraverso la distinzione tra casi facili e difficili, Hart ritiene di avere offerto una spiegazione convincente di come il diritto riesca a garantire contemporaneamente i due valori della certezza e della flessibilità (cfr. par. 2). Hart, tuttavia, sottovaluta un problema: la distinzione tra casi facili e casi difficili non è netta e l'assenza di un confine preciso tra zona chiara e zona di penombra rende impossibile stabilire quando l'attività interpretativa cessa di essere un'attività cognitiva e si trasformi in un'attività creativa. Ciò può essere mostrato attraverso il cosiddetto paradosso del sorite. Si immagini che un organizzatore di *rave-party* tenga molto alto il volume della musica e che vi sia una norma giuridica che prevede una sanzione per gli organizzatori di eventi musicali che, a causa del volume troppo alto della musica, causino "seri danni" alle persone. In una occasione, l'organizzatore viene condannato per avere causato "seri danni" agli abitanti della zona. In occasione del successivo *rave-party*, egli riduce di poco il volume della musica; gli effetti della riduzione sono pressoché impercettibili e, di conseguenza, l'organizzatore viene condannato nuovamente. Proseguendo di minima diminuzione in minima diminuzione, l'organizzatore verrà condannato – e qui sta il paradosso – pur avendo mantenuto il volume della musica a un livello quasi impercettibile<sup>14</sup>. Il paradosso è conseguenza diretta della vaghezza dell'espressione 'seri danni': dal momento che tale sintagma non presenta confini precisi, sarebbe arbitrario, alla luce del principio di eguaglianza formale – secondo cui casi uguali debbono essere trattati in modo uguale e casi diversi in modo diverso – considerare l'organizzatore colpevole in un caso e non nel successivo. Il paradosso del sorite mostra dunque che la vaghezza non produce soltanto, come vorrebbe Hart, una distinzione tra casi facili e casi difficili ma mina la stessa possibilità di distinguere in modo netto gli uni dagli altri. Per Hart l'interpretazione entra in gioco nel momento in cui si raggiunge la zona di penombra; tuttavia, anche per stabilire se un caso è facile o difficile è necessario ricorrere all'interpretazione e all'esercizio di una certa discrezionalità. In altri termini, la distinzione tra casi facili e casi difficili è l'esito di una attività interpretativa e non il suo presupposto. Questa osservazione suggerisce di non attribuire un'importanza eccessiva, nell'elaborazione di una teoria dell'interpretazione giuridica, alla distinzione tra casi facili e casi difficili: qualsiasi decisione giudiziaria, per essere giustificata, deve seguire

<sup>14</sup> Cfr. T.A.O. ENDICOTT, *Vagueness and Legal Theory*, in *Legal Theory*, 3/1997, 37-63.

logicamente dalle premesse accolte, esplicitamente o implicitamente, dai giudici. Tuttavia, è sempre possibile, almeno in linea di principio, mettere in discussione le premesse della giustificazione che accompagna un provvedimento giudiziario. In definitiva, l'assenza di contraddizioni tra le premesse e la conclusione del ragionamento presentato dai giudici a sostegno delle loro decisioni è una condizione necessaria ma non sufficiente della giustificazione in ambito giuridico.

Questo aspetto problematico della vaghezza in relazione al linguaggio giuridico è colto in modo puntuale da Neil MacCormick: «...anche se è vero che vi sono alcuni [...] casi in cui i fatti acclarati non permettono seriamente di dubitare o di contestare l'applicabilità di una regola chiara, la linea di confine tra un caso come questo ed un caso che consente profonde divergenze di opinione [...] non può essere tracciata in modo netto. C'è uno spettro che va dal manifestamente semplice all'estremamente complicato, e, scorrendo tale spettro, non è possibile stabilire, se non vagamente, qual è il punto a partire dal quale è ammissibile sollevare dubbi di "rilevanza", di "interpretazione" e di "classificazione" in modo da aprire la strada alla possibilità di utilizzare argomenti consequenzialisti e argomenti di principio o analogici»<sup>15</sup>.

Questa obiezione alla possibilità di distinguere nettamente i casi facili dai casi difficili contribuisce alla crisi dell'idea di una conoscenza giuridica descrittiva e valutativa e apre le porte alla svolta interpretativa della scienza giuridica contemporanea.

È la consapevolezza che il diritto non sia un sistema di norme ma una "pratica sociale argomentativa" a sospingere l'avvocato un passo in avanti sul proscenio. Se il diritto è sempre l'esito di una attività interpretativa, allora la "cooperazione" tra l'avvocato e il giudice è imprescindibile. Questo è spiegato con estrema chiarezza ancora una volta da MacCormick:

Non dovrebbe sorprendere, quindi, che lo stile dell'argomentazione giudiziaria rispecchi in misura considerevole lo stile tipico degli argomenti usati dagli avvocati. In realtà, ci si dovrebbe aspettare che l'argomentazione giudiziaria e l'argomentazione forense si influenzino a vicenda; l'avvocato capace elabora, dalla sua prospettiva di parte, un argomento che si augura venga preso in considerazione dalla corte, trattandosi di un argomento del tipo di quelli che la corte riterrà ragionevole adottare, senza dubbio con qualche modifica, come una ragione forte o irresistibile per una decisione favorevole a quella parte. Il giudice o i giudici, trovandosi a dover fare una scelta a favore di una delle

---

<sup>15</sup> N. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto* (1978; 1994<sup>2</sup>), Giappichelli, Torino, 2001, 230.

due parti nel cui interesse tali argomenti sono stati prodotti, devono decidere in un modo o nell'altro e per rispetto di una convenzione (se non per rispetto della legge, come avviene di solito in Europa continentale), devono presentare le ragioni della decisione. Non deve sorprendere, quindi, che le ragioni che essi forniscono siano largamente indebitate nei confronti dei ragionamenti presentati dall'avvocato; anche nel caso in cui un argomento venga rigettato, i giudici solitamente usano all'avvocato la cortesia di motivare le ragioni del rigetto<sup>16</sup>.

Gli argomenti a sostegno di una soluzione giudiziale sono prospettati al giudice dagli avvocati; il giudice non fa altro che accogliere o meno tali argomenti; in alcuni casi li perfeziona, li rende più chiari, ne delimita l'ambito e così via. Ciò significa che l'evolversi del diritto dipende sempre dall'arguzia e dall'inventiva degli avvocati e, in questo senso, è corretto dire che i veri *Hercules* sono questi ultimi e non i giudici.

Facciamo un esempio<sup>17</sup>. Il diritto all'identità personale viene sancito dalla Cassazione nel 1985 (sent. n. 3769) in relazione al celebre caso Veronesi. Il professor Umberto Veronesi rilascia un'intervista in cui afferma che c'è un chiaro nesso eziologico tra l'insorgenza di tumori maligni e il fumo. Rispondendo a una domanda, il professore precisa che le sigarette leggere sono meno dannose. Qualche tempo dopo su un periodico compare una pubblicità redazionale in cui si dà risalto al fatto che il Prof. Veronesi, direttore dell'Istituto dei tumori di Milano, sostiene che quel tipo di sigarette riduce di quasi la metà il rischio di tumori. Veronesi e l'Istituto dei tumori di Milano citano in giudizio l'agenzia pubblicitaria per la lesione del proprio diritto all'intangibilità morale e al nome. La Cassazione riconosce la legittimità della pretesa del professor Veronesi sulla base di un argomento i cui passaggi salienti sono sei. In primo luogo, la Corte riconosce che il rispetto dell'identità personale è una esigenza diffusa nella società, come dimostrano le numerose richieste di tutela avanzate per via giudiziaria. In secondo luogo, la Corte evidenzia il fatto che il legislatore non riconosce in via diretta forme di tutela per questo interesse. In terzo luogo, la Suprema Corte ritiene che non si possa ricavare la tutela di questo interesse soltanto dal diritto al nome sancito all'art. 7 del Codice civile. In quarto luogo, i giudici ribadiscono che tale interesse può essere tutelato solo a partire da un fondamento giuridico-positivo. In quinto luogo, questo fondamento viene rinvenuto nell'art. 2 della costituzione che tutela i diritti inviolabili dell'essere umano. In

---

<sup>16</sup> *Ivi*, 27-28.

<sup>17</sup> Seguo qui, pedissequamente, G. PINO, *Il diritto all'identità personale*, Il Mulino, Bologna, 2003, in particolare 55-91.

conclusione, mettendo insieme l'art. 2 Cost. e l'art 7 c.c. la Corte sancisce la rilevanza giuridica del diritto all'identità personale.

In casi di questo tipo è l'avvocato a tracciare la strada. Il giudice si limita a decidere se percorrerla o meno. Nel primo caso, ovviamente, il giudice può modificare il tragitto, restringere o ampliare la carreggiata e, in definitiva, aprire un dialogo con l'avvocato. Nel secondo caso, il discorso è chiuso. Può tuttavia sempre essere riaperto, grazie a un avvocato più tenace o più sagace (o entrambe le cose), o a un giudice più disposto ad ascoltare o, banalmente, perché i tempi divengono maturi.

Un caso facile, la cui soluzione sembra scontata può, a un certo punto, trasformarsi in un caso difficile, grazie a un avvocato che riesca a presentarlo da un angolo visuale diverso. Insomma, è soprattutto l'avvocato a garantire la dinamicità del sistema giuridico. Ciò significa che il giudice *Hercules*, senza il supporto dell'avvocato, perde gran parte dei suoi poteri. O, per dirla tutta, che il vero semidio – in una concezione del diritto come pratica sociale argomentativa – è l'avvocato e non il giudice.

Questo vale sempre ma è particolarmente vero nel caso dei sistemi giuridici contemporanei che sono caratterizzati da un elevato grado di indeterminatezza.

#### 4. *L'avvocato nello Stato costituzionale*

L'età dei diritti e il costituzionalismo contemporaneo segnano un mutamento di paradigma rispetto al modo di concepire lo stato e, più in particolare, la sovranità statale<sup>18</sup>. Se la sovranità è il tratto distintivo dello stato moderno, la crisi della sovranità lo è dello stato contemporaneo<sup>19</sup>. Lo stato liberale ottocentesco – lo stato di diritto – riconosce come unici o principali limiti alla sovranità statale le "procedure" che l'autorità legittima deve rispettare per creare diritto valido; lo stato costituzionale aggiunge, ai limiti procedurali, anche limiti "sostanziali", di "contenuto", che impediscono che il potere costituito possa fare o decidere tutto ciò che vuole. La crisi della sovranità implica anche una nuova ripartizione del potere normativo tra gli organi dello stato. Si può anche dire che l'età dei diritti segni il passaggio da una concezione del *rule of law* ad un'altra.

---

<sup>18</sup> Per una analisi più approfondita di questo tema mi permetto di rinviare a A. SCHIAVELLO, *Il costituzionalismo contemporaneo ai tempi del Covid-19*, in *Persona e amministrazione. Ricerche giuridiche sull'amministrazione e l'economia*, n. 2/2020, 19-37.

<sup>19</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Laterza, Roma-Bari, 1997.

Con una certa approssimazione, tutte le concezioni del *rule of law* possono essere ricondotte a due modelli che declinano in modo diverso l'alternativa tra *rule of men* e *rule of law*.

Il primo modello pone l'accento su alcune caratteristiche, prevalentemente formali che, ove presenti, consentono di limitare il potere arbitrario dei governanti. In questa accezione, il *rule of law* sarebbe, al tempo stesso, un modo di organizzare il potere e una garanzia per coloro che a questo potere sono soggetti. La versione più nota di questo modello è quella elaborata da Lon Fuller<sup>20</sup>.

Il secondo modello di *rule of law* è collegato – almeno originariamente – al *common law* e alla cultura giuridica inglese e, più in particolare, ad autori quali Edward Coke prima e, dopo, Albert Dicey. In base a questo modello, il diritto positivo non si esaurisce nel diritto prodotto dal potere sovrano ma è l'esito dell'equilibrio tra i due elementi della coppia, risalente alla tradizione medievale, *gubernaculum/jurisdictio*. Il *gubernaculum*, che è espressione del potere sovrano, trova un limite insuperabile nella prassi giuridica di riferimento, che è retta da principi i quali, a loro volta, esprimono una vera e propria "ragione giuridica" i cui sacerdoti sono in primo luogo i giudici e, in seconda battuta, i giuristi. Questo modello di *rule of law* presuppone a) l'esistenza di valori e principi espressi dalla prassi giuridica e imm modificabili (o, almeno, non modificabili al modo della legislazione) e b) una cooperazione tra istituzioni, in particolare tra parlamento e corti<sup>21</sup>. È questo il modello *di rule of law* incarnato dall'età dei diritti. Questo secondo modello si propone un duplice obiettivo: quello di limitare il potere normativo degli organi politici in senso stretto, trasferendolo agli organi giurisdizionali, e quello (più aleatorio e discutibile) di incorporare nel diritto alcuni valori morali fondamentali e tendenzialmente condivisi. Tutto ciò impone dei costi evidenti in relazione alla tutela dell'autonomia individuale e della certezza del diritto.

Il passaggio dallo stato di diritto allo stato costituzionale ha comportato, tra le altre cose, la sostituzione di un modello idealtipico di giurista a un altro: dal giurista "custode" del diritto al modello del giurista

---

<sup>20</sup> L.L. FULLER, *La moralità del diritto* (1964; 1969<sup>2</sup>), Giuffrè, Milano, 1986, cap. 2. Cfr. A. PORCIELLO, *L'idea di diritto implicito: un ipotetico dibattito tra Lon L. Fuller e Robert Alexy*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 1/ 2017, 329-349.

<sup>21</sup> Cfr. G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Il Mulino, Bologna, 2012.

“creatore”<sup>22</sup>. In base al primo modello, il giurista è considerato il depositario di un sistema di norme già dato. L’attività principale del giurista custode è quella interpretativa, intesa come attività meccanica che non richiede alcun (o soltanto un minimo) esercizio di discrezionalità. Evidentemente, il giurista-custode è il distillato di scelte ideologiche e politiche relative al modo di intendere il principio di legalità, il rapporto tra poteri, l’autorità dello stato e così via. In base al secondo modello, il giurista è considerato a pieno titolo un partecipante alla prassi giuridica e si dà per scontato che egli contribuisca a modificare, integrare e trasformare il sistema giuridico di riferimento. Evidentemente, il modello del giurista creatore vale sia per il giurista teorico (il professore di diritto) sia – e, direi, a maggior ragione – per il giurista pratico (giudici e avvocati).

Nello stato costituzionale la distinzione tra “il diritto qual è” e il diritto “quale dovrebbe essere” perde gran parte della sua rilevanza. L’idea che il diritto sia una pratica sociale, caratterizzata principalmente da esercizi di interpretazione di disposizioni indeterminate alla luce dei principi e dei valori morali incorporati nel diritto, impedisce di ritenere che la domanda “qual è il diritto (in relazione a una fattispecie)?” possa ammettere una risposta che consista in una mera acquiescenza passiva rispetto a un dato preesistente; rispondere a tale domanda richiede un impegno personale alla costruzione dell’ordinamento giuridico migliore possibile alla luce della migliore interpretazione dei suoi principi fondamentali. E tale impresa non può prescindere, per le ragioni viste in precedenza, dal ruolo propulsivo e intrinsecamente creativo dell’avvocato. Come sa *Superman* – un supereroe moderno da affiancare a *Hercules* – *with great power comes great responsibility*. E la responsabilità principale è quella di mantenere la fedeltà al diritto mentre lo si crea.

---

<sup>22</sup> Riprendo questa modellizzazione da N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto* (1<sup>a</sup> ed. 1977), Laterza, Roma-Bari, 2007, 34 ss.



PAWEŁ SKUCZYŃSKI\*

## **Metaphor of the Lawyer as an Architect and the Concept of Law**

Thanks to the theory of conceptual metaphor, we know that more abstract ideas arise from less abstract ones. This takes the form of systematic mapping from the source domain to the target domain. More complex elements of reality are comprehended by assigning them features from the spheres of reality with simpler objects<sup>1</sup>. This approach can also be found in legal ethics, namely in an attempt to understand the role of a lawyer and their ethical obligations. Comprehension of this role is possible by indicating that we understand the tasks performed by lawyers as substantially similar to other activities<sup>2</sup>. An interesting consequence of this is also the possibility of grasping a similarity between the concept of law and our understanding of other areas of life. This paper analyses one such metaphor, i.e., the lawyer as an architect, which is undoubtedly based on the similarity between all activities in which general knowledge is applied to specific situations, and, therefore, it can be included in a wider group of metaphors in legal ethics, namely concerning expert knowledge.

Such an approach is typical of the theory of liberal professions, according to which, in modern societies, these professions take a special position enabling them to apply increasingly general cultural patterns to specific cases. In other words, their main function is to apply general rules to specific situations. However, this application is not strictly defined by these rules, which in practice means that the representatives of these professions face various dilemmas to which they are unable to find answers on the basis of the rules that they apply. In particular, the dilemmas concern the way in which applying rules should take place and how freely the representatives of a given profession can shape them. At the same time, these problems cannot be resolved by some other rules, because the problem of their application also arises. As a result, liberal professions, lawyers in particular, have more and more power in modern societies. With regard to the exercise of this power, it is justified to ask

---

\* Assistant professor at the University of Warsaw, Faculty of Law and Administration.

<sup>1</sup> G. LAKOFF, M. JOHNSON, *Metaphors We Live By*, University of Chicago Press, Chicago, 2003. See also Z. KÖVECSES, *Metaphor. A Practical Introduction*, OUP, Oxford, 2010.

<sup>2</sup> J.W. HAMILTON, *Metaphors of Lawyers' Professionalism*, in *Alberta Law Review*, 4/1995, 839 ss.

about social control and the ways of applying general patterns of culture to specific cases, for example, legal norms to specific cases.

For lawyers, it means that their function is to provide “a connective tissue” in social structure. Thanks to “integration” with the authority of power and, to a certain extent, independent care over the legal tradition, they are a kind of second line of defence against negative consequences of social conflict, and a kind of buffer between the legislature and executive bodies and the general public<sup>3</sup>. It is therefore the task of lawyers to apply law to specific cases and, by doing so, ensure an orderly society. As with all liberal professions, due to their place in the social structure, they cannot, in principle, be subject to external control. Only control within the profession itself is relevant. It is a sphere with professional ethics, understood as a set of norms regulating the practice of liberal professions, a kind of a tool of social self-control where, due to the special position of liberal professions and the level of complexity of their activities, traditional means of social control fail.

The above reflections allow us to conclude that, when using the metaphor of an expert in legal ethics, it seems necessary to assume that law is not only a system of norms in legal texts, as it is usually adopted in legal theory, but that it is, above all, practice or a social subsystem. This social subsystem is based on the knowledge of law, understood as a system of norms and covers jurisprudence, including various legal-theoretical approaches to law, as well as, above all, the sphere of law application. Such a broad approach makes it possible to adequately treat the application and compliance with the law, which is the reference of legal norms to specific factual states. The main task of lawyers is to apply law and provide service to lay people in specific situations. This gives rise to double moral responsibility of lawyers: for lay people and their affairs, and for law understood as social practice (subsystem). Of course, there arises the problem of which responsibility takes priority.

Can the conflict between these two types of responsibility be resolved by realisation that the role of a lawyer is very often understood as that of an architect and, therefore, metaphorically, certain features can be transferred from one profession to another? The work of an architect seems easier to comprehend because its effects are material. Lawyers' output, including judgments, legal measures, contracts, wills, etc., can be

---

<sup>3</sup> T. PARSONS, *A Sociologist Looks at the Legal Profession*, in ID., *Essays in Sociological Theory*, Free Press of Glencoe, New York, 1954, 370-385; ID., *The Professions and Social Structure*, in ID., *Essays in Sociological Theory*, cit., 34-49.

metaphorically related to architects' work, such as residential or farm buildings, as well as landscapes and interiors. There is also a normative dimension to the metaphor. Values such as safety, functionality, and beauty, must be taken into account in architectural constructs, but can also be applied to the acts of lawyers. It still needs to be explained what exactly this means, but the metaphor clearly indicates the line of thinking in this regard. This metaphor is also related to the issue of combining the requirements of professionalism of practice and the needs of specific clients, which is crucial for performing expert functions in society.

The deeply entrenched metaphor of a lawyer as an architect was first used in the 19th century. It is sometimes referred to other metaphors and presented as an element of evolution. For, if we assume that fighting – in the form of war or duel – was the original way of solving disputes, it is not surprising that the first lawyers thought in these terms about their clients' affairs<sup>4</sup>. However, with the advent of the industrial age, a new paradigm dominated: it was no longer about struggle but organisation, primarily of economic ventures, and the ability to achieve goals that were undertaken within it. Consequently, court battles lost their former splendour. A lawyer's abilities should thence be similar to those of an entrepreneur. Yet, this analogy does not fully reflect the role. More accurately, lawyers could be viewed as architects, because this metaphor clearly differentiates between those who design and create structures and those who deal with their materialisation – prepare mortar, lay bricks, etc. Lawyers are like architects of social structure, who construct the edifices of human ventures. The concept of a public mission is inherent to architect profession as well, but this mission is carried out in a completely different way than in the case of military metaphors<sup>5</sup>.

In a similar vein, this comparison was used by L.L. Fuller. It is traditionally acknowledged that his influence on professional ethics is about making the distinction between “the morality of duty” and “morality of aspiration”, which he laid down in the American Code of Professional Ethics of 1969. However, the influence is much greater. As a matter fact, it can be said that he is also the father of an important vision of

---

<sup>4</sup> M.H. FREEDMAN, *Lawyer as Hired Gun*, in *New York State Bar Journal*, 7/1990; S. CHIU, W. CHIANG, *FIGHT Metaphors in Legal Discourse: What Is Unsaid in the Story?* in *Language and Linguistics*, 4/2011, 877-915.

<sup>4</sup> A.C. HUTCHINSON, *Fighting Fair. Legal Ethics for an Adversarial Age*, CUP, New York, 2015.

<sup>5</sup> W.S. LOGAN, *The Lawyer as an Architect*, in *The Intercollegiate Law Journal* 1/1891-1892, 141 ss.

legal ethics. D. Luban spoke extensively about this, and he not only summed up what was said in this regard by Fuller, but also drew various important conclusions from his theses. First of all, he claims that the “internal morality of law” is not only a legal-philosophical concept related to ethical conditions that must be met by the legislator, but also a concept of legal ethics<sup>6</sup>. This is evidenced by, among other things, how amply he addresses the principles of “internal morality of law” in many of his writings. The principles are addressed not only to the legislator, but in some way also to those who apply law, such as judges, and above all lawyers, including advocates and legal advisers.

According to this approach, law should be considered as a purposeful enterprise, the success of which depends on the energy, acumen, intelligence, and conscientiousness of those who carry it out, and the goal of law consists in subordinating human behaviour to the control of general rules<sup>7</sup>. Therefore, the law cannot be reduced to a system of norms that come from the legislator. It is a joint undertaking which, to be successful, must involve those who make the law, those who apply it, and those who provide legal assistance. The enterprise takes place on various levels. It involves the creation of abstract, general norms that pertain to the whole of society or other large collectives. Their development requires that the legislator follows the principles of “internal morality of law.” It also consists of creating concrete, individual norms that regulate the relations between particular legal entities. Fuller speaks here about broadly understood transactions, including all kinds of legal acts, such as contracts, wills, etc. Thus, it is important that lawyers who provide service in these respects follow professional ethics.

Therefore, in this approach, when compared to other legal-philosophical concepts, law is “personalised” to an exceptional degree. Its success as a collective and purposeful enterprise depends on the activity of a specific group of people, namely lawyers. In the author’s opinion, it is more dependent on the actions of lawyers, such as advocates and legal counsels, than judges, who apply the law. At the same time, it becomes apparent that lawyers are regarded as those experts that ensure the effectiveness of the undertaking. For the discussed vision of professional ethics, it has two main consequences. First, since the principles of the “internal morality of law” constitute a certain set of practical skills of the

---

<sup>6</sup> D. LUBAN, *Natural Law as Professional Ethics: a Reading of Fuller*, in ID., *Legal Ethics and Human Dignity*, CUP, Cambridge 2007, 100.

<sup>7</sup> L.L. FULLER, *Morality of Law*, Yale University Press, New Haven - London 1963, 145-146.

legislator, and lawyers carry out similar activities but on a smaller scale, for each of these principles one can find a corresponding disposition of the lawyer's character. Therefore, individual principles of "internal morality of law" can be assigned professional virtues that are their equivalents in relation to lawyers<sup>8</sup>. Second, just as the activity of the legislator should be based on respect for those who are ruled, their autonomy, and trust in them, a lawyer as an expert should treat their clients in the same way<sup>9</sup>.

Fuller uses the term 'lawyer' as 'an architect of the social structure,' thus clarifying that of which their expert nature consists. According to him, every contract or will is like a constitution, which establishes a framework for future cooperation between various entities, by which it stabilises social relations. A lawyer's participation in the creation of legal obligations should be aimed at negotiating and designing them in such a way that will then allow various entities to cooperate harmoniously. Already at this stage, these entities learn to realise a joint undertaking and get to know one another. A lawyer, as an expert, should notice and support the process: not only the reaching of a formal agreement, i.e., expressing mutual obligations using a common language, but also the establishment of an informal relationship, which is the common basis of this agreement<sup>10</sup>. The lawyer, like an architect, should satisfy the client's will so that the designed building is durable and functional. Thus, it can even be said that in this approach it is not the lawyer who is like the legislator, but conversely: it is the lawyer's work that is paradigmatic, and the legislator does the same thing as the lawyer but on a larger scale<sup>11</sup>. In this view, legal ethics is also key to understanding the ethics of the rule of law.

K.L. Scheppele proposes a slightly different, more in-depth approach to a lawyer as an architect. She starts by stating that there is a type of legal architecture that is not only functional but also has a communicative role – it influences the image of law, its strength, values, etc. Also, architectural imagery in law is ubiquitous and manifests itself in thinking about law and its constructs as a structure. Consequently, Scheppele sees the relation between law and architecture not only as a metaphor, but also as a deeper symbolic relationship. To describe this, she uses the notions from the

---

<sup>8</sup> D. LUBAN, *Natural law*, cit., 105-107.

<sup>9</sup> *Ivi*, 112.

<sup>10</sup> L.L. FULLER, *The Lawyer as an Architect of Social Structures*, in *The Principles of Social Order. Selected essays of Lon. L. Fuller*, Duke University Press, Durham 1981, 264-270.

<sup>11</sup> D. LUBAN, *Natural law*, cit., 129.

theory of P. Bourdieu. In particular, she treats both domains as separate social fields with their respective methods of creating social reality. In both domains, there is a similar relationship between the place of their representatives in the social structure and the symbolic forms that they use. For example, the need to take into account the clients' needs and the criteria for justifying judgments – aesthetic in architecture and normative in law – are similarly viewed in both. There is a very similar disagreement about what good practice in a given profession is. It can be said that this similarity is the basis on which metaphors can be formed<sup>12</sup>.

Then, the author analyses three architectural trends – modernism, postmodernism, and post-postmodernism, and, on the basis of the architectural metaphor, looks for their counterparts in jurisprudence. She characterizes modernism as a view based on the assumption that all human activity should be subordinated to precisely designed structures, which, one could add, should make it rational. As a consequence, this trend proclaimed a radical and utopian idea of breaking with tradition and starting a new architectural practice founded on theory. This was expressed in the cult of functionality and aesthetic simplicity. The needs of the inhabitants were to be fulfilled not through a process of autonomous reporting of such needs, but by discovering them through theory and then applying them correctly. The lawyer as an architect in such a view would probably be closest to the idea presented by Fuller. A lawyer is to be a designer of space or the environment that gives form to human activities. At the same time, his work should include construction of 'legal edifices' that are most suited to people's needs. A lawyer's role is to organize human behaviour by applying general rules<sup>13</sup>. It can also be added that, on the level of theory, modernism can be associated with a programme of reforming law, for example, by formalists such as Ch. Langdell.

Modernism has been criticized primarily for its ambition to change the world and for the related utopian element. One reaction among others in architecture was the postmodern idea of double coding. It means that an architect uses two types of criteria, and thus two types of meanings in their work – one addressed to other experts and the other to lay people, that are users of the space arranged by them. Of course, these criteria and meanings can be different, just as attitudes towards them within both groups may be different due to the pluralism of these groups. Therefore,

---

<sup>12</sup> K.L. SCHEPPELE, *Judges as Architects*, in *Yale Journal of Law & the Humanities*, 24/2012, 345-361.

<sup>13</sup> *Ivi*, 362-367, 386-389.

the more of them that architects involve and the better they combine them, the more widely-accepted their work becomes. For example, they should not cut themselves off from tradition, but reuse it creatively. The space should be multivalent and open to the needs of various users, and it should have multiple relations with the surroundings. Pluralism and eclecticism are welcome.

In this approach, the lawyer as an architect is someone who knows how to combine various legal interpretations and narratives as well as the corresponding theoretical approaches. As Scheppele points out, a lawyer can speak with different voices, even at the cost of consistency. Thus, they take into account the pluralism of approaches and do not address their arguments exclusively to other lawyers. It is worth noting that postmodernism came to legal sciences not directly from architecture, but through philosophy and theory of literature. As a consequence, it was primarily interested in issues of interpretation and deconstruction of various legal institutions. Its classic incarnation is the Critical Legal Studies movement. One of the achievements of this movement is the demonstration that basic legal constructions, such as constitutional rights, are subject to the thesis about double coding. In the language of theory, they are clear as regards their content and functions. However, it is not the language of the subjects of these rights, and, above all, of all kinds of excluded individuals and groups. They are not able to articulate their expectations in this language, and so use these constructs, even though these people are often those who need them most. Thus, there is a gap between the idea of human rights and the mechanisms of their protection, which a lawyer as an architect must take into account and try to fill through interpretative relativism and giving voice to various narratives<sup>14</sup>.

An even more radical idea is expressed by post-postmodernism, which rejects the concept of double and multiple coding as assuming that an architect can respond to the expectations of different audiences through various elements and borrowings, because it means a kind of intentionalism when it comes to the meaning of the work, at least in terms of the choice of language or style. However, meaning is always constituted in action and cannot be designed. Thus, how a given structure will be adapted is a contingent matter beyond the architect's resolve. Therefore, conflicts about the meaning of the lawyer's work are also unavoidable. As a consequence, they should reject all conventions and use styles disregarding their relationships with the functions that the space is

---

<sup>14</sup> *Ivi*, 367-374, 389-391.

supposed to fulfil, and often against ordinary intuitions as well. In this way, an architectural design is to invite experts and users to play freely, in the course of which meaning can be negotiated.

In the metaphor of a lawyer as an architect, adopting this approach means further radicalisation of the metaphor. Legal structures must be designed in such a way as to take into account the negotiation of their meanings by interested entities, including the addressees. According to Scheppele, in relation to constitutional rights, this idea is best expressed in the concept of an extrajudicial constitution, the meanings of which are co-created by social movements and lay people, and not only within the framework of judicial discourse. It seems that this postulate is implemented in practice by movements such as legal feminism or critical racial theory, which do not so much translate the needs of the groups that they identify with into legal language but deconstruct its meanings and try to enrich them from their perspective. The counterpart of this on the side of a lawyer as an architect must be a dialogical attitude involving the inclusion of various social actors in the negotiation process. Lawyers, and judges in particular, must become not only moderators, but also participants in this dialogue<sup>15</sup>.

The above considerations show how multidimensional the metaphor of a lawyer as an architect is. Scheppele completes her review with additional emphasis that lawyers and architects, and perhaps representatives of other professions too, produce what she calls “living creations” – structures that live and are “inhabited” by their users. These include buildings, but also the creations of lawyers, including professional associations or financial instruments, and also court proceedings. A characteristic of these creations is that they have an effect on the social life of those for whom they are designed. This is an important foundation of the discussed metaphor. However, this metaphor has its limits. They result, for example, from the fact that there are many differences between law and architecture, such as the fact that the law and legal reasons are much more conventionalised. Lawyers, therefore, cannot distance themselves from history as the source of these conventions, although they may change their meanings. Moreover, in architecture, there is no differentiation of professional roles so characteristic of the law, in particular, there is no authoritative resolution of disputes by judges<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> *Ivi*, 374-378, 391-393.

<sup>16</sup> *Ivi*, 380-385.



Summing up, it can be said that the discussed view of legal ethics has many advantages and disadvantages. It seems that the primary advantage is the adjustment to the dominant model of practice in legal professions. The concept takes into account that, nowadays, the client usually expects the lawyer to effectively secure their legal interests. Possible empathy is not an indispensable element of the relationship between them, and the functions of empathy are taken over by efficient communication. However, at the same time this concept does not trivialise the lawyer's duty towards the client and does not reduce their role to technical execution of the client's instructions. The concept points out that it is the lawyer's duty to help the client. This help, however, is less focused on the client as an entity requiring any kind of recognition or support, but rather on the social relations in which the client participates and in which their interests are to be realised. This requires concentration on the formal way of their organisation, namely formulating them in a legal form in such a way that they are durable and functional. Thanks to this, it is also possible to relate this concept of legal ethics to providing service to business entities and all kinds of organisational units. There is also no need to recognise the sharp contrast between a private lawyer and a public authority lawyer.

However, this concept also has some drawbacks. First of all, there is a risk of total depersonalisation of the profession, consisting in reducing the sense of moral responsibility of lawyers and shifting them to the private sphere, thus making them susceptible to instrumentalisation (including for malicious purposes), but also a serious risk of alienation in the relationship with the client. Even if a lawyer as an architect does not display paternalism or moralism towards the client in their actions, it may still turn out that the client will not appreciate the lawyer's work due to a lack of understanding of its nature. Such risk will be particularly significant when the lawyer does not communicate properly with the client. This applies both to the moment of reconstruction of the legal problem and the actions taken. It should be noted that there are "sociable ways and antisocial ways of being an expert. Sociable expertise addresses other people in their unfolding prospects just as the artisan explores material change; one's skill of repair is exercised as a mentor; one's guiding standards are transparent, that is, comprehensible to nonexperts. Antisocial expertise shames others, embattles or isolates the expert."<sup>17</sup> A

---

<sup>17</sup> R. SENNETT, *The Craftsman*, Yale University Press, New Haven and London, 2008, 251.

lawyer should therefore be a social expert and simply justify their actions to the client.

ISABEL TRUJILLO\*

## **Avvocatura, deontologia e concetto di diritto ovvero: perché studiare la deontologia forense fa bene alla filosofia del diritto**

Il tema generale del *focus* raccoglie tre termini che sembrano essere collegati in modo forzato, ma che hanno un legame strettissimo. Il primo e più intuitivo è quello che collega la deontologia forense (la deontologia degli avvocati) al concetto di diritto. Per fare solo un esempio, il preambolo del codice deontologico degli avvocati europei all'art. 1.1 recita: «In una società fondata sul rispetto della giustizia, l'avvocato svolge un ruolo di primo piano. Il suo compito non si limita al fedele adempimento di un mandato nell'ambito della legge. L'avvocato deve garantire il rispetto dello Stato di diritto e gli interessi di coloro di cui difende i diritti e le libertà. L'avvocato ha il dovere non solo di difendere la causa del proprio cliente ma anche di essere il suo consigliere. Il rispetto della funzione professionale dell'avvocato è una condizione essenziale dello Stato di diritto e di una società democratica». Per comprendere il ruolo dell'avvocato e le sue regole di comportamento occorre guardare cioè al diritto e alle sue caratteristiche, prima fra tutte lo Stato di diritto e la tutela dei diritti delle persone. Il ruolo dell'avvocato è visto inoltre come parte di un progetto più ampio di quello della sola difesa del cliente. Questa visione – poi dettagliata nelle regole successive, che chiedono lealtà all'ordinamento e alle persone, rapporti di cooperazione con le istituzioni e con i colleghi e così via – indicano già un certo modo di concepire il diritto. L'indicazione più preziosa e intuitivamente comprensibile è quella dello Stato di diritto, ma il coinvolgimento dell'avvocato nella sua costruzione sembra chiedere di abbandonarne le letture meramente pubblicistiche ed intenderlo come l'anima del diritto, un *ethos* distintivo dell'interazione, dove ognuno – e certamente anche l'avvocato – è impegnato nella reciproca responsabilità<sup>1</sup>. Il *rule of law* – espressione preferibile a Stato di diritto, che ricorda ancora troppo il Rechtsstaat – e i diritti integrano la giustizia tipica del diritto, che è limitazione dell'arbitrio dei poteri ed eguaglianza nei diritti e nel rispetto

---

\* Professore Ordinario di Filosofia del Diritto – Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Palermo.

<sup>1</sup> G.J. POSTEMA, *Fidelity in Law's Commonwealth*, in *Private Law and the Rule of Law*, a cura di L.M. AUSTIN, D. KLIMCHUK, Oxford University Press, Oxford, 2014, 17-40.

delle libertà. Non è un caso che sia stato sostenuto che il cuore dell'etica forense sia proprio il *rule of law*<sup>2</sup>.

Ma vi è un altro senso in cui avvocatura, deontologia e concetto di diritto stanno insieme. Qui il punto di partenza è il concetto di diritto, la cui chiarificazione e comprensione è l'impegno fondamentale della filosofia del diritto. Secondo la classica distinzione, essa si dedica al compito ontologico quando si domanda cosa sia il diritto, al compito deontologico quando si domanda come debba essere il diritto, al compito fenomenologico quando cerca di rispondere alla domanda sull'evoluzione del diritto e sulla sua attuale configurazione, al compito metodologico quando si interroga sullo statuto della conoscenza scientifica del diritto<sup>3</sup>. Nell'articolo del codice poc'anzi citato si trova una risposta alla prima e alla seconda domanda (e implicitamente anche alla terza): il diritto è una pratica improntata al *rule of law* e alla garanzia dei diritti delle persone. Solo in questa luce la missione dell'avvocato è comprensibile. Non si tratta cioè di assumere il *rule of law* o la giustizia del diritto come dati di fatto, che stanno lì nelle cose. Piuttosto si tratta di intenderli come finalità proprie che occorre partecipare a costruire. Se le cose stanno così – e pare che i giuristi siano d'accordo quando si domandano come ci si debba comportare da avvocati –, allora il diritto non è un oggetto che sta lì fuori, un insieme di regole e/o di istituzioni che presentano caratteristiche specifiche, ma piuttosto una pratica sociale cooperativa, con le sue regole e le sue finalità, dove i diversi ruoli sono complementari, tutti rivolti ad un'unica missione, quella della realizzazione della giustizia schematicamente riassunta nei termini indicati<sup>4</sup>.

Scaturiscono allora domande lecite: non nasconde questa versione un grave pericolo, se la deontologia professionale e la giustizia sono da intendere come dimensioni esterne al diritto? Non è vero che esse dipendono dalle preferenze morali di ciascuno? L'alternativa è che quelle esigenze siano collegate allo stesso concetto di diritto, che di per sé mira alla giustizia. Quest'ultima posizione sfida la teoria del diritto contemporanea, sia nella sua versione giuspositivista – il cui mantra è la separazione concettuale tra diritto e giustizia –, sia nelle versioni post-positiviste, secondo le quali non si può negare che il diritto sia legato ad alcuni valori e tra questi alla giustizia, ma che si tratti di contingenze

---

<sup>2</sup> J. WALDRON, *The Rule of International Law*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 30/2006, 15-30.

<sup>3</sup> G. DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1962.

<sup>4</sup> F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano, 1990.

semmai derivanti da decisioni assunte dalle società democratiche. Siamo dunque di nuovo di fronte all'eterno problema del rapporto tra diritto e giustizia dal punto di vista concettuale.

La complessità di queste questioni porta taluni ad adottare e promuovere il cosiddetto *eliminativismo*, cioè la tesi secondo cui il concetto di diritto è inutile ai fini dell'esercizio professionale. Per esaminare questa tesi dobbiamo fare un passo indietro e tornare alla deontologia professionale. In studi precedenti ho distinto deontologia professionale ed etica professionale, intendendo la prima come la codificazione della seconda, solitamente in termini di doveri. La distinzione serve a comprendere due aspetti importanti della problematica generale della deontologia professionale. Innanzitutto, i codici che riassumono l'etica professionale sono di natura diversa: possono essere codici etici, di comportamento<sup>5</sup>, positivi, negativi, rivolti all'interno o all'esterno. Diversificato è anche il loro contenuto, che dipende non solo dalla specificità del ruolo, ma anche dal contesto concreto in cui l'operatore lavora, dalla storia del ruolo, dalla percezione sociale, dall'equilibrio rispetto agli altri ruoli. Da questi elementi dipende anche il modo di comprendere l'insieme di esigenze tipiche di un ruolo, che possono essere espresse in termini di doveri, ma anche di principi, o di virtù. L'etica professionale è un'etica di ruolo, cioè il risultato di una differenziazione etica in base alla posizione del soggetto<sup>6</sup>. La differenziazione – rispetto all'etica generale ma anche all'etica pubblica e ad altre etiche di ruolo possibili – avviene sulla base di ragioni che giustificano la specificità delle esigenze morali di chi si trova a svolgere il ruolo: in relazione al fine dell'attività da svolgere, prima di tutto, ma anche alle aspettative legittime dei destinatari, al tipo di interazione con altri ruoli, alla consistenza sociale

---

<sup>5</sup> È interessante il rapporto di studio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione sul codice di comportamento dei dipendenti pubblici, che distingue tra i vari tipi di codice, soprattutto codici etici e codici di comportamento e preferisce il secondo, ma riconoscendo l'impossibilità della loro purezza. È interessante perché, come nel caso della vicenda della riforma della legge professionale forense e della conseguente revisione del codice deontologico, anche per i dipendenti pubblici si cerca di avvicinare la codificazione dell'etica professionale al diritto disciplinare e al diritto punitivo dello stato, non tanto per l'estensione delle garanzie penali alla materia deontologica come nel caso degli avvocati, ma per la esigibilità e sanzionabilità del comportamento. Cfr. *Relazione finale del gruppo di lavoro sulle linee guida ANAC in materia di codici di comportamento dei dipendenti pubblici*, 2019, in: <https://www.anticorruzione.it/-/codici-di-comportamento-dei-dipendenti-pubblici-relazione-del-gruppo-di-lavoro-sulle-linee-guidaanac?redirect=%2Fappuntamenti> (2 dicembre 2021).

<sup>6</sup> I. TRUJILLO, *Etica delle professioni legali*, Il Mulino, Bologna, 2013.

della categoria e quindi al potere contrattuale che essa acquista, nonché alle conseguenti responsabilità. Da questo punto di vista, la riflessione sull'etica professionale del giurista (dell'avvocato, in particolare) va in direzione opposta all'eliminativismo: non solo non fa a meno del concetto di diritto, ma dipende da esso.

La connessione tra etica professionale e concetto di diritto è in realtà opposta a tre tesi distinte, che possono rientrare tutte nell'eliminativismo. La prima è che il giurista pratico non abbia bisogno del concetto di diritto per esercitare il suo ruolo professionale. La seconda è che quello che chiamiamo giuridico non sia altro che una decisione di potere camuffata. La terza è che non esistano obblighi giuridici perché alla fine tutti gli obblighi sono morali. La prima è una tesi pragmatica e porta a prescindere dal concetto di diritto e dal dibattito intorno ad esso<sup>7</sup> – oggi una posizione molto frequente anche in chiave di formazione del giurista. Qui occorre tornare al primo senso in cui deontologia forense e concetto di diritto sono collegati intorno al *rule of law*. La seconda è una tesi realista o scettica, che riconduce il diritto a decisione e potere di cui il giuridico non è che una copertura<sup>8</sup>. Qui si dovrebbe ricordare che il *rule of law* è precisamente un modo di segnare la differenza tra diritto e politica, che può essere anche decisione senza regola e limite. La terza tesi è pure una tesi riduzionista, perché non riconosce l'autonomia del diritto dalla morale. È la tendenza della tradizione dworkiniana, che non vede strada alternativa tra i fatti e i valori e che dà la vittoria a questi ultimi, con la conseguente riduzione degli obblighi giuridici ad obblighi morali<sup>9</sup>. A questa posizione si può controbattere difendendo una moralità propria del diritto<sup>10</sup> e studiando il processo di specificazione dell'etica professionale del giurista.

In ultima istanza, la riflessione sulla deontologia e il concetto di diritto mostra che vi è un'alternativa alle posizioni di Hart e di Dworkin, o in altre parole alla inconciliabilità tra l'idea che il diritto derivi da fatti

---

<sup>7</sup> L.A. KORNHAUSER, *Doing Without the Concept of Law* (August 3, 2015), *NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 15-33*. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2640605> (2 dicembre 2021).

<sup>8</sup> È la tentazione della genealogia. Cfr. P.-M. FOUCAULT, *Microfisica del potere*, Einaudi, Torino, 1977.

<sup>9</sup> Soprattutto l'ultimo Dworkin. Cfr. R. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge Mass., 2011. Cfr. anche M. GREENBERG, *The Moral Impact Theory of Law*, in *The Yale Law Journal*, 123/2014, 1118-1625.

<sup>10</sup> L.L. FULLER, *The Morality of Law: Revised Edition*, Yale University Press, New Haven, London, 1969.

sociali e da giudizi di valore<sup>11</sup>. Essa deriva da una visione dualista dei fatti e dei valori ispirata a letture riduttive della fallacia naturalista di stampo teoretico. In gioco è la specificità del diritto che, come si è detto, appartiene al regno della ragione pratica e interagisce con altre pratiche – morali e politiche – ma può e deve essere distinto da esse.

---

<sup>11</sup> S. HERSHOVITZ, *The End of Jurisprudence*, in *The Yale Law Journal*, 124/2015, 1160-1204.