

# ETICA E GIUSTIZIA

Rivista di cultura giuridica

2 | 2025

*diretta da Marco Gradi*

EDITORIALE SCIENTIFICA

# ETICA E GIUSTIZIA

Rivista di cultura giuridica

*diretta da Marco Gradi*

2 | 2025

EDITORIALE SCIENTIFICA

*Etica e giustizia: rivista di cultura giuridica*  
anno I, numero 2 (dicembre 2025)

*Direttore responsabile*

Marco GRADI (Università di Messina)

*Comitato scientifico*

Francesco ARCARA (Università di Catania); Luigi BALESTRA (Università di Bologna); Ermanno CALZOLAO (Università di Macerata); Remo CAPONI (Università di Firenze); Antonio CAPPUCIO (Università di Messina); Riccardo CARDILLI (Università di Roma Tor Vergata); Giovanni CHIODI (Università di Milano Bicocca); Silvana DALLA BONTÀ (Università di Trento); Tommaso DALLA MASSARA (Università di Roma Tre); Angelo DONDI (Università di Genova); Pasquale FEMI (Università di SALERNO); Andrea GIUSSANI (Università di Urbino); Tommaso GRECO (Università di Pisa); Alessio LO GIUDICE (Università di Messina); Mauro GRONDONA (Università di Genova); Paola LUCARELLI (Università di Firenze); Francesco P. LUISO (Università di Pisa); Luca LUPÀRIA DONATI (Università di Milano); Vittorio MANES (Università di Bologna); Stefania PELLEGRINI (Università di Bologna); Francesco RIMOLI (Università di Roma Tre); Lucia RISICATO (Università di Messina); Giuseppe RUFFINI (Università di Roma Tre); Stefano RUGGERI (Università di Messina); Antonio SAITTA (Università di Messina); Alessandro SOMMA (Università di Roma Sapienza); Sara TONOLO (Università di Padova); Niccolò TROCKER (Università di Firenze); Giuseppe TROPEA (Università di Reggio Calabria); Isabel TRUJILLO (Università di Palermo).

*Consiglio internazionale*

Teresa ARRUDA ALVIM (Pontificia Universidad Católica de São Paulo); Óscar CRUZ BARNEY (Universidad Nacional Autónoma de México); Antonio CABRAL (Universidade do Estado do Rio de Janeiro); Paula COSTA E SILVA (Universidade de Lisboa); Anna DONOVAN (University College London); Catherine L. FISK (University of California, Berkeley); Fernando GASCÓN INCHAUSTI (Universidad Complutense de Madrid); Leandro J. GIANNINI (Universidad Nacional de La Plata); Juan F. HERRERO PEREZAGUA (Universidad de Zaragoza); Cristoph A. KERN (Universität Heidelberg); David J. LUBAN (Georgetown University); Séverine MENÉTREY (Université libre de Bruxelles); Andrea ORTOLANI (University of Tsukuba); Christoph G. PAULUS (Humboldt-Universität zu Berlin); Joan PICÓ I JUNOY (Universitat Pompeu Fabra de Barcelona); John SORABJI (University College London); Carlos TORMO CAMALLONGA (Universitat de València); Emöd VERESS (University of Miskolc).

*Comitato di valutazione*

Biagio ANDÒ (Università di Catanzaro); Vincenzo ANSANELLI (Università di Genova); Andrea BERTOLINI (Scuola superiore Sant'Anna, Pisa); Raffaella BIANCHI RIVA (Università di Milano); Claudia CASCIONE (Università di Bari); Antonio CASSATELLA (Università di Trento); Elena D'ALESSANDRO (Università di Torino); Clarice DELLE DONNE (Università di Reggio Calabria); Flora Di DONATO (Università di Napoli Federico II); Romolo DONZELLI (Università di Macerata); Alessandro FABRI (Università di Catania); Beatrice FICCARELLI (Università di Firenze); Elisabetta Fusar POLI (Università di Brescia); Tommaso GAZZOLI (Università di Sassari); Paola LICCI (Università di Roma Tor Vergata); Francesca LOCATELLI (Università di Bergamo); Fabio MACIOCE (LUMSA Roma); Alberto MARCHESE (Università di Messina); Concetta MARINO (Università di Catania); Elena MATTEVI (Università di Trento); Serena QUATTROCINO (Università di Torino); Fabrizio SIRACUSANO (Università di Catania); Vincenzo TIGANO (Università di Catanzaro); Alessandra VALASTRO (Università di Perugia); Enzo VULLO (Università di Sassari); Elena ZUCCONI GALLI FONSECA (Università di Bologna); Beatrice ZUFFI (Università di Padova).

*Comitato editoriale*

Giulia Di FAZZO (Università di Messina), con funzioni di capo-redattrice; Valentina BERTOLDI (Università di Roma Sapienza); Luigi DE PROPRIS (Università di Catanzaro); Elena GABELLINI (Università di Bologna); Piergiuseppe LAI (Università di Sassari); Antonio LAS CASAS (Università di Catania); Giuseppe TOSCANO (Università di Messina).

*Comitato di redazione*

Massimiliano BINA (Università dell'Insubria); Chiara BRUGLIO (Università di Roma Sapienza); Francesco CICCOLO (Università di Messina); Riccardo COLETTA (Università di Macerata); Davide CORRARO (Università di Padova); Vincenzo DE CAROLIS (Università di Roma Tre); Guidomaria DE CESARE (Università di Urbino); Antonella FALCONE (Università di Messina); Angela Maria FELICETTI (Università di Bologna); Cristina LOVISE (Università di Roma Tre); Florin Costinel MALATESTA (Università di Roma Sapienza); Dama MICALI (Università di Messina); Ruggiero SICILIANO (Università di Palermo); Francesco Maria SIMONCINI (Università di Roma Sapienza); Mauro G. SMIROLDO (Università di Genova).

Sede e contatti della redazione

Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Messina  
Piazza Salvatore Pugliatti n. 1, 98122 Messina  
eticaejustitia@unime.it

*Editore*

Editoriale Scientifica, via San Biagio dei Librai n. 39, 80138 Napoli

*Registrazione:* Autorizzazione del Tribunale di Messina, n. 2 del 2025

*ISSN:* 3103-3539

*Periodicità:* semestrale

*Condizioni di acquisto*

Fascicolo singolo: € 35,00. Abbonamento annuale: € 60,00

I saggi della rivista sono inoltre disponibili in formato digitale sulla piattaforma Torrossa.

*La pubblicazione della Rivista è finanziata dall'Unione europea (Next Generation EU, Missione 4, Componente 1) e dal Ministero dell'Università e della Ricerca nell'ambito del progetto PRIN 2022 «Edu4Just» (2022XRYZR5), del quale è responsabile scientifico per l'Università di Messina il prof. Marco Gradi (CUP J53D23006030006).*

# ETICA E GIUSTIZIA

## Rivista di cultura giuridica

Indice del fascicolo 2 | 2025

### SAGGI

ANTONIO RUGGERI <i>Costituzione, giustizia costituzionale, etica pubblica repubblicana</i> .....	353
FABIO MACIOCE <i>Il dovere di lealtà e probità delle parti, oggi</i> .....	383
VINCENZO ANSANELLI <i>Etica forense e «law of lawyering»: prospettive di diritto comparato</i> .....	407
NICOLETTA MINAFRA <i>Etica forense e raccolta delle prove</i> .....	437
ELENA GABELLINI <i>Cause frivole e dovere di dissuasione del cliente</i> .....	461
DAMIANO MICALI <i>Il giuramento dell'avvocato</i> .....	485
MASSIMILIANO BINA <i>Alla ricerca della felicità perduta: un nuovo paradigma per il diritto forense</i> .....	519

### ESPERIENZA GIURIDICA

GUIDOMARIA DE CESARE <i>Il buon giudice e l'atto proliso: sul potere discrezionale di irrogare sanzioni</i>
--

<i>processuali (commento all'ordinanza del Consiglio di Stato, sezione III, 17 gennaio 2025, n. 352, alla sentenza del Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 13 marzo 2025, n. 3, e alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 5 giugno 2025, n. 4902) .....</i>	543
--	-----

## DIALOGHI

<b>FRANCESCO P. LUISO</b>	
<i>L'avvocato e l'etica professionale .....</i>	<b>581</b>
<b>PAULA COSTA E SILVA</b>	
<i>L'avvocato di fronte alla prova illecita: illecitità del mezzo o disvalore dell'azione? .....</i>	<b>585</b>

## STUDI E RICERCHE

<b>LUIGI DE PROPRIS</b>	
<i>Studi sull'etica giudiziaria (parte I: Alle origini del codice etico dei magistrati) ....</i>	<b>595</b>

## SAGGI

---

ANTONIO RUGGERI

*Professore emerito nell'Università di Messina*

### COSTITUZIONE, GIUSTIZIA COSTITUZIONALE, ETICA PUBBLICA REPUBBLICANA

SOMMARIO: 1. Valori e principi fondamentali: immutabilità dei primi, per un fisiologico svolgimento della vita dell'ordinamento nel tempo, e adattabilità dei secondi a nuovi bisogni diffusamente ed intensamente avvertiti in seno al corpo sociale. – 2. Il «nucleo duro» dei principi, espressivo del modello di società vagheggiato dal Costituente ed ispirato ad un'etica pubblica cui dà voce la Carta e che si apprezza per il tramite di una «consuetudine culturale» di riconoscimento particolarmente accreditata e diffusa in seno al corpo sociale, un nucleo che risulta quindi circondato da una trama linguistica incerta ed aperta a plurimi esiti ricostruttivi. – 3. Lo speciale significato che è da attribuire al principio di apertura alla Comunità internazionale e ad organizzazioni in seno a questa costitutesi in vista della salvaguardia della pace e della giustizia tra le nazioni, principio che ha la sua ragion d'essere nel fine della massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali attorno alla quale si costruisce ed incessantemente rinnova tanto l'identità costituzionale della Repubblica quanto l'identità costituzionale dell'Unione europea. – 4. Le tecniche decisorie messe a punto dalla giurisprudenza costituzionale al servizio della persona umana e le loro eccessive realizzazioni che portano talora all'effetto della sostanziale confusione dei poteri, con pregiudizio evidente per l'idea stessa di Costituzione e di Stato costituzionale quale risulta mirabilmente scolpita nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789.

1. *Valori e principi fondamentali: immutabilità dei primi, per un fisiologico svolgimento della vita dell'ordinamento nel tempo, e adattabilità dei secondi a nuovi bisogni diffusamente ed intensamente avvertiti in seno al corpo sociale.* — La Costituzione, nell'ac-

cezione affermatasi negli ordinamenti di tradizioni liberal-democratiche (e, dunque, anche nel nostro), è *in nuce* la positivizzazione di un patrimonio di valori fondamentali e, nei riguardi di questi servente, di un apparato essenziale di canoni parimenti fondamentali, di natura sia sostantiva che organizzativa, che reggono l'ordinamento<sup>(1)</sup>, canoni rilevanti al duplice piano dei rapporti tra i massimi organi di apparato e di quest'ultimo nel suo insieme con la comunità governata, ovverosia – come suol dirsi – dei rapporti caratterizzanti, rispettivamente, la forma di governo e la forma di Stato<sup>(2)</sup>. Non importa che dei canoni in parola si abbia la traduzione in un documento solenne, ovverosia in una Carta costituzionale, o che essi abbiano perlopiù natura non scritta, come si è avuto, per una ricostruzione storicamente accreditata, in Inghilterra (laddove, peraltro, non fanno – come si sa – difetto alcuni documenti materialmente costituzionali). Ciò che non può comunque mancare è l'ispirazione assiologico-sostanziale e la sua più o meno fedele traduzione in canoni di diritto. Per l'aspetto ora considerato, la Costituzione può, dunque, considerarsi nella sua essenza quale la forma giuridica più genuina e qualificante di un'etica pubblica, per ciò che qui specificamente interessa: repubblicana, in essa specchiandosi la sofferta vicenda storica maturata a seguito della caduta del regime autoritario e della fine della seconda grande guerra di cui lo stesso regime si era reso corresponsabile<sup>(3)</sup>.

I valori fondamentali – com'è chiaro – pervadono l'intera Costituzione e, discendendo, l'ordinamento dalla stessa fondato in

<sup>(1)</sup> In tema, per tutti, A. SPADARO, in più scritti, tra i quali, particolarmente, il suo *Contributo per una teoria della Costituzione*, vol. I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, 1994.

<sup>(2)</sup> Che poi davvero le due «forme» in parola possano essere tenute fino in fondo reciprocamente distinte è questione teorica complessa, altrove trattata, che non può tuttavia essere qui nuovamente ripresa.

<sup>(3)</sup> Della Costituzione quale «meta-etica» pubblica discorre A. SPADARO, *La Costituzione come «meta-etica» pubblica laica: la felice risposta del diritto costituzionale alla questione dell'inter-culturalismo*, in *Scritti in memoria di Gladio Gemma*, Torino, 2023, p. 753 ss.; e, più di recente, dello stesso, *I confini della Corte: dal «triangolo delle Bermude» al «quadrilatero costituzionale»*, in «Consulta online», 2024, n. 1, p. 469 ss., spec. p. 478.

ogni sua parte. Non v'è angolo, seppur remoto, dell'ordinamento stesso che non riceva la luce abbagliante dei valori fondamentali, in nome dei quali in un determinato momento storico è stata combattuta la battaglia vittoriosa che ha gettato le basi per la rifondazione (o, per dir meglio, la palingenesi) dell'ordinamento e, dunque, per la sua trasformazione in «repubblicano», nella densa e qualificante accezione del termine. La più genuina espressione dei valori stessi, nondimeno, si ha, per comune riconoscimento, nei (e per il tramite dei) principi fondamentali, come d'altronde la stessa Carta esplicitamente riconosce. I principi in parola (d'ora innanzi così chiamati, per brevità, senza far ricorso all'aggettivo che li qualifica) non rendono – sia chiaro – fino in fondo, nella loro cristallina purezza, i valori pregiuridici; diciamo che ne sono la massima o migliore traduzione positiva, fermo restando che ogni norma della Costituzione, proprio perché appartenente alla «legge fondamentale della Repubblica», porta in sé il marchio dei valori stessi e concorre, per la sua parte, a darne l'immagine complessiva.

L'identità dei principi, nondimeno, non è – come dire? – statica o immutabile; è, piuttosto, essa stessa soggetta ad una continua rigenerazione interna: attingendo, infatti, alle risorse di cui è dotata, si arricchisce di nuove espressioni etico-normative, adeguando costantemente la propria formidabile capacità di qualificazione giuridica a parimenti nuovi bisogni ed esperienze fondamentali di vita comunitaria, in tal modo mostrando una capacità generativa di sensi che nessuna altra specie di canoni, costituzionali e non, possiede. I valori, nella loro essenza, rimangono sempre gli stessi, per un fisiologico svolgersi dell'ordinamento nel tempo, potendo – per una ricostruzione teorica largamente condivisa – essere travolti unicamente in modo forzoso, laddove cioè venga a determinarsi un salto ordinamentale per effetto dell'affermazione di un nuovo potere costituente che porti, di conseguenza, ad un nuovo ordine costituzionale<sup>(4)</sup>. I principi,

<sup>(4)</sup> Rammento che, a giudizio di un'accreditata dottrina, quella di «potere costituente» sarebbe ormai una nozione teorica esaurita (riferimenti ed indicazioni al riguardo in M. LUCIANI, *Il voto e la democrazia: la questione delle riforme*).

di contro, possono rinnovarsi o – come si diceva – rigenerarsi, pur sempre ovviamente mantenendosi fedeli alla loro matrice originaria, arricchendosi pertanto di nuovi significati e valenze. Ciò che può avversi tanto attraverso innovazioni testuali apporate agli enunciati della Carta che li esprimono – come da noi si è avuto in relazione all'art. 9 Cost., con i riferimenti alla salvaguardia dell'ambiente e dell'ecosistema, nonché alla tutela degli animali – quanto unicamente per via d'interpretazione, come si vedrà meglio a momenti in relazione al riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo. È chiaro non essere la stessa cosa che il rinnovamento semantico si abbia per effetto dell'una ovvero dell'altra soluzione, per quanto i due percorsi – se così vogliamo chiamarli – possano non di rado confluire l'uno nell'altro, specificamente laddove la revisione testuale costituisca, in buona sostanza, la «razionalizzazione» di un'interpretazione già largamente accreditata e radicata nel corpo sociale, fermo restando che poi il fatto stesso della positivizzazione sollecita ed alimenta incessantemente nuove interpretazioni.

2. Il «nucleo duro» dei principi, espressivo del modello di società vagheggiato dal Costituente ed ispirato ad un'etica pubblica cui dà voce la Carta e che si apprezza per il tramite di una «consuetudine culturale» di riconoscimento particolarmente accreditata e diffusa

*me elettorali in Italia*, Roma, 1991, p. 8 s. e *passim*; e, dello stesso, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in «Rivista di diritto costituzionale», 1996, p. 124 ss., spec. p. 136 ss.; U. ALLEGRETTI, *Il problema dei limiti sostanziali all'innovazione costituzionale*, in *Cambiare costituzione o modificare la Costituzione?*, a cura di E. Ripepe e R. Romboli, Torino, 1995, p. 29; M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in «Quaderni costituzionali», 1995, n. 1, p. 7 ss.; nonché gli autori del volume *Crisi dello Stato costituzionale e involuzione dei processi democratici*, a cura di C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar e A. Spadaro, Napoli, 2020). Purtroppo, la cruda realtà, anche in ordinamenti di tradizioni liberali, smentisce questa auspicabile previsione, secondo quanto si mostrerà più avanti. D'altro canto, non si dimentichi che gli stessi ordinamenti autoritari possono, per fortuna, trovarsi costretti a cedere il posto ad ordinamenti di stampo liberal-democratico, per effetto dell'avvento di un potere costituente che si faccia portatore dei valori per l'appunto caratterizzanti le liberal-democrazie.

*in seno al corpo sociale, un nucleo che risulta quindi circondato da una trama linguistica incerta ed aperta a plurimi esiti ricostruttivi.* — Va, nondimeno, preso atto del fatto che il linguaggio costituzionale in genere e quello degli enunciati espressivi dei principi in ispecie si coglie ed apprezza nella sua essenza già intuitivamente e soprattutto, come si diceva, con senso storico-politico; esibisce tuttavia – dove più dove meno – una vistosa opacità concettuale, per vero strutturale, a motivo del carattere perlopiù assai stringato degli enunciati stessi, nonché dell'ampiezza del campo materiale sul quale essi si distendono<sup>(5)</sup>. Come si è fatto da molti notare, si ha insomma un «nucleo duro» attorno al cui significato è venuta col tempo a formarsi una sostanziale concordia degli interpreti, piace a me dire: un'autentica «consuetudine culturale» di riconoscimento diffusa e particolarmente accreditata, un «nucleo» che è poi circondato da una trama linguistica invece incerta, aperta ad esiti ricostruttivi di vario segno, dei quali peraltro rende eloquente testimonianza la divergenza degli orientamenti in seno alla cerchia degli studiosi ed operatori che, non di rado, fanno luogo a correzioni ed integrazioni dei punti di vista dagli stessi dapprima manifestati.

Un solo esempio per tutti, in relazione alla formula iscritta nell'art. 2 Cost., cui si è poc'anzi fatto cenno. Ebbene, che si dia-no diritti fondamentali – e, come si è fatto altrove notare<sup>(6)</sup>, pro-

<sup>(5)</sup> Sui connotati complessivi del linguaggio costituzionale, v., tra gli altri, G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in «Quaderni costituzionali», 1989, n. 2, p. 229 ss.; M. DOGLIANI, *Diritto costituzionale e scrittura*, in *Ars interpretandi*, 1997, p. 103 ss.; gli autori del volume *La lingua dei giuristi*, a cura di P. Caretti e R. Romboli, Pisa, 2016; B. BARBISAN, *La più bella del mondo? Leggibilità e concretezza della Costituzione italiana*, in «Rivista AIC», 2022, n. 2, p. 142 ss.; J. VISCONTI, *La lingua della Costituzione tra lessico e testualità*, in «Rivista AIC», 2022, n. 3, p. 110 ss.; inoltre, i contributi al convegno dell'Associazione italiana dei costituzionalisti svoltosi a Messina e Taormina dal 27 al 29 ottobre 2022, su *Lingua linguaggi diritti*, Napoli, 2023; nonché L. BUFFONI, *Il metodo del diritto costituzionale: la natura e l'artificio*, Napoli, 2024, spec. p. 234 ss.; e I. DE CESARE, *Il linguaggio costituzionale tra testo e interpretazione*, Milano, 2024.

<sup>(6)</sup> Il tratto qualificante dei diritti in parola è, infatti, proprio quello della loro «fondamentalità», la inviolabilità ne è poi la lineare, necessaria conseguen-

prio per ciò inviolabili – dell'uomo è fuori discussione: l'idea del riconoscimento della libertà come valore indisponibile è la ragion d'essere della Costituzione repubblicana, di ciò che essa ha rappresentato (e rappresenta) dopo le traversie patite dalla comunità statale in un passato solo temporalmente remoto ma ad oggi vivo e cocente. Come, però, vada inteso il sintagma «diritto fondamentale» e, una volta stabilito in cosa propriamente consista, quali siano i diritti in parola è questione che resta ad oggi animatamente discussa.

La Costituzione, tuttavia, come ha fatto notare un'accreditata dottrina<sup>(7)</sup>, è attraversata da un «moto» interno incessante: si rinnova senza sosta, restando sempre identica a sé, fedele appunto alla propria originaria missione e vocazione. Si spiega anche in questa luce, infatti, l'«invenzione» di nuovi diritti fondamentali, in relazione all'affermazione di parimenti nuovi bisogni intensamente avvertiti in seno al corpo sociale e dietro sollecitazione delle più sensibili voci culturali, nelle loro varie manifestazioni.

Ora, passando a setaccio i singoli enunciati espressivi dei principi, praticamente non v'è termine o formulazione linguistica che si sottragga a plurimi esiti interpretativi, secondo quanto è ampiamente testimoniato sia dalla lettura dei lavori preparatori della Carta che dalla pratica giuridica col tempo formatasi. L'insieme dai principi stessi composto, tuttavia, non lascia dubbio alcuno circa il modello di società vagheggiato dal Costituente: quello, appunto, di un consorzio civile fatto di uomini liberi (art. 2 Cost.), eguali, anzi *effettivamente* eguali (art. 3, comma 1 e soprattutto comma 2), partecipi dell'attività di governo (art. 1), nel quadro di una sovranità ripartita orizzontalmente e verticalmente e limitata

za: ragguagli, volendo, nel mio *La «fondamentalità» dei diritti fondamentali*, in «Rivista di diritti comparati», 2023, n. 3, p. 135 ss.

<sup>(7)</sup> M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in «Rivista AIC», 2013, n. 1, p. 1 ss.; della Costituzione come «processo», più e prima ancora che come atto, si discorre da parte di alcuni sensibili studiosi, tra i quali A. SPADARO, *Dalla Costituzione come «atto» (puntuale nel tempo) alla Costituzione come «processo» (storico): ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in «Quaderni costituzionali», 1998, n. 3, p. 343 ss.

al piano delle relazioni in seno alla Comunità internazionale (artt. 10 e 11), e – ciò che più conta – consapevoli di essere portatori di diritti fondamentali e però anche di doveri inderogabili di solidarietà. Proprio quest’ultima, nella sua più densa e qualificante accezione<sup>(8)</sup>, unisce e, anzi, fonde diritti e doveri, sol che si ammetta – come, a mia opinione, devesi – che nella stessa struttura dei diritti si dà una componente deontica, ciascuno di noi essendo tenuto a farli valere al massimo del loro potenziale espressivo e, dunque, ad esercitarli a pieno, solo in tal modo potendosi dire davvero partecipe di una «comunità», nella sua propria e qualificante accezione. E ciò, se non altro al fine di evitare che si abbiano altrimenti a formare pratiche imitative degeneri che, a conti fatti, portino alla dissoluzione stessa dell’ordinamento conseguente allo smarrimento dell’etica pubblica sulla quale lo stesso si regge e dalla quale riceve costantemente la spinta necessaria alla sua integra trasmissione nel tempo.

<sup>(8)</sup> A riguardo delle proiezioni e valenze del principio in parola, nella ormai copiosa letteratura, v., di recente, G. COMAZZETTO, *La solidarietà necessaria: metamorfosi di un principio nell’orizzonte costituzionale europeo*, Napoli 2023; F. LUCHERINI, *La solidarietà come fondamento relazionale dei diritti sociali: l’esperienza italiana in prospettiva comparata*, in «Quaderni costituzionali», 2023, n. 4, p. 943 ss.; Q. CAMERLENGO, *Pari dignità sociale e solidarietà: per un effettivo inveramento del principio di egualianza*, in *Scritti in memoria di Beniamino Caravita di Toritto*, vol. III, Napoli 2024, p. 2359 ss.; C. SALAZAR, *Sui diritti sociali e il principio di solidarietà*, in «Rivista AIC», 2024, n. 1, p. 188 ss.; A. RIVIEZZO, *Di norma solidale: Costituzione e progetto sociale nell’acquis della solidarietà*, Milano, 2024; i contributi che sono nel fascicolo monografico dedicato al tema *I percorsi della solidarietà nello stato costituzionale: nuovi attori e problemi, tra Costituzione e politiche europee*, a cura di A. Buratti, in «Rivista di diritti comparati», 2024, Special Issue V; C. TRIPODINA, *Dovere di solidarietà e riconoscimento dell’altro*, in «Costituzionalismo.it», 2025, n. 1, p. 79 ss.; nonché, con specifico riguardo alla dimensione sovranazionale, P. MENGONZI, *L’idea di solidarietà nel diritto dell’Unione europea*, Bologna, 2022; C. MASSAROTTI, *Il principio di solidarietà nel diritto dell’Unione europea*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 22 aprile 2024; A. PISAPIA, *The Solidarity Principle as a Founding Principle in the EU Health Policies*, in «Federalismi.it», 2024, n. 15, p. 113 ss.; numerosi studi si rinvengono infine nel volume dal titolo *In dialogo con Serio Galeotti a cento anni dalla nascita: dei grandi temi del diritto costituzionale*, a cura di B. Pezzini, Torino, 2024.

Insomma, quella disegnata nella Carta appare essere una società autenticamente plurale, aperta (al proprio interno così come verso l'esterno), vivificata e alimentata da un flusso ininterrotto di prestazioni di solidarietà dei singoli *inter se* e di ciascuno verso l'intera comunità, per il cui tramite prende forma ed incessantemente rinnova il valore fondamentale di fedeltà alla Repubblica che, nella sua più saliente espressione, è appunto fedeltà all'etica pubblica fattasi Costituzione<sup>(9)</sup>: una società che vorrebbe, quindi, rispecchiarsi in un'organizzazione complessiva e in dinamiche dei pubblici poteri parimenti aperte, permeabili alla più larga partecipazione di individui e gruppi, solidali.

È questa, *in nuce*, l'etica pubblica repubblicana cui dà voce la Carta, un'etica che – come si vede – ha il suo cuore pulsante nella centralità della persona umana<sup>(10)</sup> e che, al pari di Giano bifronte, ha doppio volto: per un verso, guarda ad un passato – il ventennio – che si è inteso risolutamente ripudiare, nel quale la persona stessa è stata svilita e privata della sua essenza, la dignità, avendo quale punto ideale di riferimento la Resistenza, grazie alla quale è stato sancito il riscatto morale del Paese, dandosi nuova linfa ai valori fondamentali posti quindi a base della Repubblica; per un altro verso, poi, guarda al futuro, a quel modello vagheggiato di

<sup>(9)</sup> Sul valore in parola, dopo i noti studi di G. LOMBARDI e L. VENTURA, v., particolarmente, quelli di A. MORELLI, in ispecie il suo *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2013.

<sup>(10)</sup> Sul principio personalista, v., almeno, A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, spec. p. 43 ss.; G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della persona*, in <[www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it)>, 14 marzo 2008; A. MORELLI, *Il principio personalista nell'era dei populismi*, in «Consulta online», 2019, n. 2, p. 359 ss.; e, dello stesso, *Persona e identità personale*, in «Biolaw Journal», 2019, *Special issue* n. 2, p. 45 ss.; R. TREZZA, *La tutela della persona umana nell'era dell'intelligenza artificiale: rilievi critici*, in «Federalismi.it», 2022, n. 16, p. 277 ss.; V. BALDINI, *La Costituzione della persona e il costituzionalismo del mondo globale: aspetti problematici di una tensione già esistente tra Costituzione della libertà ed esercizio del potere pubblico*, in «Dirittifondamentali.it», 2023, n. 2, p. 289 ss.; C. PANZERA, *Titolarietà dei diritti fondamentali e società democratica*, in «Consulta online», 2023, n. 2, p. 463 ss.; infine, volendo, anche il mio *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in «Federalismi.it», 2013, n. 17, spec. p. 4 ss.

società e di Stato, sopra succintamente e con larga approssimazione rappresentato, che si puntava ad edificare.

In questo quadro qui sommariamente descritto, i principi sono chiamati a darsi incessantemente mutuo sostegno e alimento, in primo luogo, semantico e, quindi, assiologico-normativo. Il significato di ciascuno di essi, infatti, si coglie ed apprezza come si deve unicamente nel costante riferimento agli altri e tutti assieme nel loro porsi in funzione servente di quella che a me piace chiamare la «coppia assiologica fondamentale» dell'ordinamento, risultante dai valori di libertà ed egualanza, nei quali poi nel modo più genuino e diretto si rispecchia la dignità della persona umana, l'autentico «supervalore» fondamentale dell'ordinamento.

Certo, una teoria costituzionale largamente accreditata ci consegna un modello che vede al proprio interno i principi disposti tutti su base paritaria; e non potrebbe, d'altronde, essere diversamente, sol che si ammetta – come devesi – che non può esservi alcun principio «più fondamentale» di un altro o di altri, ciò che linguisticamente, concettualmente e positivamente sarebbe cosa priva di senso. Non può, tuttavia, negarsi che tutti si dispongano in funzione della ottimale salvaguardia, alle condizioni oggettive di contesto, della coppia assiologica fondamentale dell'ordinamento e, in ultima istanza, della dignità della persona.

È sufficiente riportare qui, ancora una volta, un esempio già altrove addotto a riprova di quest'assunto, avuto riguardo al riconoscimento dell'autonomia, in ispecie nelle sue articolazioni territoriali, di cui all'art. 5 Cost. (e, a seguire, ai disposti di cui al titolo V della parte II della Carta). Un riconoscimento che, appunto, si deve alla consapevolezza ormai matura che, spartendo la sovranità tra più centri istituzionali in ambiti territoriali diversi, sarebbe risultata maggiormente garantita la persona umana *ut sic*, in ispecie nei suoi diritti fondamentali. E così pure in relazione ad altri principi, quale quello del riconoscimento del pluralismo associativo in ogni sua forma, della tutela delle minoranze linguistiche e di ogni colore ed orientamento in genere, e via dicendo.

Ciascun principio, insomma, fa ed incessantemente rinnova, per la propria parte, la struttura semantica dei principi restanti e

tutti assieme fanno la Costituzione quale «sistema» di valori fondamentali positivizzati.

*3. Lo speciale significato che è da attribuire al principio di apertura alla Comunità internazionale e ad organizzazioni in seno a questa costituitesi in vista della salvaguardia della pace e della giustizia tra le nazioni, principio che ha la sua ragion d'essere nel fine della massimizzazione della tutela dei diritti fondamentali attorno alla quale si costruisce ed incessantemente rinnova tanto l'identità costituzionale della Repubblica quanto l'identità costituzionale dell'Unione europea. — In questo quadro, uno speciale rilievo va assegnato al principio di apertura nei riguardi della Comunità internazionale e di organizzazioni in seno a questa costituitesi per la salvaguardia della pace e della giustizia tra le nazioni.*

Non mi stancherò mai al riguardo di ripetere che le limitazioni di sovranità conseguenti all'apertura in parola, per un verso, non sviliscono la sovranità stessa, nella sua più densa e qualificante accezione, quale si coglie in prospettiva assiologicamente orientata, nel suo porsi cioè – secondo una magistrale indicazione teorica<sup>(11)</sup> – quale «sovranità dei valori», e, per un altro verso, danno forma e sostanza a un tempo all'identità costituzionale che, appunto, si mette opportunamente a fuoco e si apprezza per il modo con cui si salda all'identità europea, ancora una volta dandosi senso e sostegno a vicenda<sup>(12)</sup>.

<sup>(11)</sup> Il riferimento è, ovviamente, a G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe: la sovranità dei valori nelle democrazie pluraliste*, Torino, 2005; e, dello stesso, *Dal potere ai principi: libertà ed egualianza nel costituzionalismo contemporaneo*, Roma-Bari, 2009.

<sup>(12)</sup> Variamente sul punto, v. il volume *National Constitutional Identity and European Integration*, a cura di C. Alcoberro e A. Saiz Arnaiz, Oxford-Anversa, 2013; F.-X. MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, Paris, 2013; e, dello stesso, *Plaider l'identité constitutionnelle de l'État devant la Cour de justice*, in «Quaderni costituzionali», 2018, n. 4, p. 831 ss.; E. CLOOTS, *National Identity in EU Law*, Oxford, 2015; G. DI FEDERICO, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione europea: natura e portata dell'art. 4, par. 2, TUE*, Napoli 2017; e, dello stesso autore, *Il ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti inter-ordinamentali*, in «Quaderni costituzionali», 2019, n. 2, p. 333 ss.; P. FARAGUNA, *Ai confini*

Questa vicenda si intende compiutamente sul terreno su cui maturano le più salienti esperienze dei diritti fondamentali. Il principio di apertura al diritto internazionale e al diritto (ieri comunitario ed oggi) eurounitario – come a me è piaciuto chiamarlo, con termine da me coniato anni addietro – ha proprio qui la sua ragion d’essere, così come, circolarmente, è lo stesso principio

*della Costituzione: principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015; S. POLIMENI, *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del «dialogo» tra le Corti*, Napoli, 2018; G. MARTINICO, *Pluralismo costituzionale e pluralismo agonistico: un ripensamento del ruolo dei conflitti costituzionali?*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», 2018, n. 3, p. 781 ss.; e, dello stesso, *Conflitti interpretativi e concorrenza fra corti nel diritto costituzionale europeo*, in «Diritto e società», 2019, n. 4, p. 691 ss.; L.S. ROSSI, 2, 4, 6 TUE... l’interpretazione dell’«Identity Clause» alla luce dei valori fondamentali dell’UE, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano: de la Cour CECA à la Cour de l’Union. Le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, p. 859 ss.; e, della stessa, *Contro l’uso populista dell’identità nazionale: per una lettura «contestualizzata» dell’art. 4.2 TUE*, in «DPCE online», 2020, n. 3, p. 3961 ss.; i volumi *Oxford Principles of European Union Law*, vol. I, *The Euchelli*, Torino, 2018, p. 859 ss.; e *The European Union Legal Order*, a cura di R. Schütze e T. Tridimas, Oxford, 2018; A. MORRONE, *I mutamenti costituzionali derivanti dall’integrazione europea*, in «Federalismi.it», 2018, n. 20, spec. pp. 18 ss. e 22 ss.; i contributi su *Constitutional Adjudication in Europe between Unity and Pluralism*, a cura di P. Faraguna, C. Fasone e G. Piccirilli, in «Italian Journal of Public Law», 2018, n. 2, p. 205 ss.; F. SALMONI, *Stabilità finanziaria, unione bancaria europea e Costituzione*, Milano, 2019, p. 338 ss.; e, della stessa, *Unità nella diversità o diversità nella unità? I concetti di identità nazionale e identità costituzionale e il dialogo simulato tra Corte di giustizia e Corte costituzionale*, in «Rivista AIC», 2019, n. 2, p. 531 ss.; T. DRINÓCZI, *Constitutional Identity in Europe: the Identity of the Constitution. A Regional Approach*, in «German Law Journal», 2020, n. 21, p. 105 ss.; S. NINATTI, O. POLLICINO, *Identità costituzionale e (speciale) responsabilità delle Corti*, in «Quaderni costituzionali», 2020, n. 1, p. 191 ss.; A. SPADARO, *Italia, Patria, Nazione, Paese, Stato, Repubblica: il soggetto è lo stesso, ma i termini sono «sempre» fungibili, ossia sinonimi in senso stretto?*, in «Federalismi.it», 2023, n. 8; e, dello stesso, *Identità «costituzionale» e identità «nazionale»: non sempre simul stabunt e non sempre simul cadent*, «Rivista AIC», 2025, n. 3, p. 59 ss.; P. MORI, *Identità nazionale, valori comuni e condizionalità*, in «Quaderni AISDUE», 2024, n. 1, p. 1 ss.; altri riferimenti in molti dei contributi al Convegno di studi in onore di E. Triggiani, svoltosi a Bari il 26 settembre 2024, dal titolo *L’Unione europea come comunità di valori*, in «Studi sull’integrazione europea», 2025, n. 2.

a porsi a base delle relazioni tra l'Unione europea e gli Stati che vi appartengono, l'una aprendosi agli altri e viceversa. L'art. 11 della nostra Carta, nella quale per un comune sentire si rinviene – come si sa – la «copertura» costituzionale del diritto sovranazionale, e l'art. 4.2 del Trattato dell'Unione europea si fanno da specchio a vicenda, ciascuno di essi traendo giustificazione e significato dall'altro<sup>(13)</sup>.

L'identità costituzionale della Repubblica e l'identità costituzionale europea o – per dir meglio – «eurounitaria» sono, insomma, strettamente legate l'una all'altra, al pari degli anelli di un'unica catena; e ciò che conta è appunto quest'ultima, nella sua peculiare forma e consistenza, più ancora che i singoli elementi che la compongono.

Il principio di apertura, d'altrononde, non va visto come una sorta di cavallo di Troia subdolamente donato ed inconsapevolmente immesso dentro le mura della cittadella statale (e, *mutatis mutandis*, eurounitaria). Non v'è alcun *cupio dissolvi* a base del suo riconoscimento; è stato (ed è) piuttosto pensato al fine di rendere ancora più salde le garanzie apprestate dall'ordinamento ed arricchirle con nuove garanzie: sempre e soltanto al servizio della persona umana, dei suoi diritti, della sua dignità. È perciò che «patriota», nel significato proprio del termine<sup>(14)</sup>, può dirsi

<sup>(13)</sup> Una recente messa a punto di questo modello teorico si può, se si vuole, vedere nel mio *Rapporti tra il diritto dell'Unione europea e il diritto interno (valori fondamentali e tecniche di risoluzione delle antinomie)*, Napoli, 2025.

<sup>(14)</sup> ... che riprendo, con ulteriori precisazioni, dal mio *Primato del diritto dell'Unione europea e patriottismo costituzionale: un ossimoro apparente, dal punto di vista della teoria della Costituzione?*, in «Freedom, Security & Justice: European Legal Studies», 2024, n. 2, p. 1 ss.; cfr. al punto di vista qui rappresentato quelli di B. BARBISAN, *Patriottismo costituzionale: il caso italiano in prospettiva comparata*, Napoli, 2022; e, della stessa, il contributo al focus sul *Patriottismo costituzionale*, dal titolo *Non essere di nessuno per essere di tutti: per un patriottismo costituzionale aperto*, in «Rivista di diritti comparati», 2025, n. 1, p. 45 ss.; ed ivi pure E. DENNINGER, *Patriottismo costituzionale e integrazione*, p. 24 ss.; e N. ABATE, *The Unimportance of Identities. Vindicating the Constitutional Place of Morality*, p. 84 ss.; A. SPADARO, negli scritti da ultimo richiamati alla nota 12.

chi adotta comportamenti conseguenti all'intima adesione prestata all'insieme dei principi fondanti l'ordinamento, tra i quali v'è appunto anche quello dell'apertura suddetta in funzione della salvaguardia dei bisogni maggiormente avvertiti dalla persona e dall'intera comunità.

Come si è, infatti, tentato di mostrare altrove, il principio in parola non è incondizionato, men che mai «tiranno», nell'accezione schmittiana del termine; di contro, è (e non può che essere) condizionato, nelle sue concrete articolazioni ed espressioni, al previo riconoscimento che *ab extra* si abbiano indicazioni idonee a rendere ancora più efficace (e, anzi, come suol dirsi, a «massimizzare») la tutela apprestata ai diritti, alle condizioni oggettive del contesto in cui essa s'inscrive ed aspira a farsi valere<sup>(15)</sup>. È questa, dunque, l'autentica *Grundnorm*

<sup>(15)</sup> Al principio della maggior tutela ha prestato attenzione, con varietà di ricostruzioni, una nutrita schiera di studiosi: *ex plurimis*, v. L. CAPPUCCIO, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, vol. I, Torino, 2016, p. 412 ss.; e ivi, pure G. D'AMICO, *La massima espansione delle libertà e l'effettività della tutela dei diritti*, p. 706 ss.; R. BIN, in più scritti, tra i quali *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, spec. p. 63 ss., ma *passim*; *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in «Diritto costituzionale», 2019, n. 1, p. 11 ss., spec. p. 21 ss.; l'intervista sul tema *Giudice e giudici nell'Italia postmoderna?*, a cura di R.G. Conti, in <[www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)>, 10 aprile 2019; e in *Il mestiere del giudice*, a cura di R.G. Conti, Milano, 2020, p. 1 ss.; *Sul ruolo della Corte costituzionale: riflessioni in margine ad un recente scritto di Andrea Morrone*, in «Quaderni costituzionali», 2019, n. 4, p. 757 ss., spec. p. 764 e nota 15; *A che serve la Carta dei diritti? Un problema poco considerato*, in «Quaderni costituzionali», 2020, n. 4, spec. p. 866 ss.; V. SCIARABBA, *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, Milano, 2019, spec. p. 225 ss.; B. NASCIMBENE, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa: i cataloghi e gli strumenti a disposizione dei giudici nazionali (cataloghi, arsenale dei giudici e limiti o confini)*, in «Eurojus», 2020, n. 3, p. 277; A. RANDAZZO, *Il «metaprincipio» della massimizzazione della tutela dei diritti*, in «Diritti fondamentali.it», 2020, n. 2, p. 689 ss.; I. ANRÒ, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: dieci anni di convivenza*, in «Federalismi.it», 2020, n. 19, p. 109 ss.; F. DONATI, *Tutela dei diritti e certezza del diritto*, in «Lo Stato», 2020, n. 14, p. 49 ss.; I. DEL VECCHIO, *La massimizzazione dei diritti fondamentali e la struttura dell'argomentazione*

delle relazioni interordinamentali; ed è, perciò, che la Costituzione – si è detto altrove<sup>(16)</sup> – ha natura «intercostituzionale»,

*giuridica nel costituzionalismo pluralista*, Napoli, 2020; C. CARUSO, *Granital reloaded o di una «precisazione» nel solco della continuità*, in <[www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)>, 19 ottobre 2020, del quale v., ora, anche *La gerarchia ritrovata: blocco di costituzionalità e sistema delle fonti nel processo di integrazione europea*, in *Fenomenologia della produzione normativa tra Italia ed Unione europea: Studi sulle fonti del diritto*, a cura di F. Fabrizzi e G. Piccirilli, Torino, 2025, p. 193 ss., spec. p. 219 s.; R. CONTI, *CEDU e Carta UE dei diritti fondamentali, tra contenuti affini e ambiti di applicazione divergenti*, in «*Consulta online*», 2020, n. 3, spec. p. 588 ss.; B. NASCIMBENE, I. ANRÒ, *Primato del diritto dell'Unione europea e disapplicazione: un confronto fra Corte costituzionale, Corte di Cassazione e Corte di giustizia in materia di sicurezza sociale*, in <[www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)>, 31 marzo 2022; i contributi del volume *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema integrato di tutela*, a cura di C. Amalfitano, M. D'Amico e S. Leone, Torino, 2022, e ivi specialmente G. SCACCIA, *Sindacato accentratato di costituzionalità e diretta applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, p. 146 ss.; i saggi del volume *I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee*, a cura di G. Lattanzi, G. Grasso, S. Lembo, M. Condinanzi e C. Amalfitano, Quaderno 11 della Scuola Superiore della Magistratura, Roma, 2022; con specifico riguardo alla materia penale, v., inoltre, utilmente, P. MAGGIO, *Giudicato penale e diritti fondamentali in area CEDU*, Torino, 2023, spec. p. 25 ss.; S. BISSARO, *Corte costituzionale e «materia penale»: i confini mobili delle garanzie penalistiche, tra Costituzione e Carte internazionali*, Milano, 2022; e, ora, V. CHIAUZZI, V. SCIARABBA, *La modulazione dell'applicazione delle garanzie convenzionali e costituzionali tradizionalmente collegate alla materia penale a misure formalmente non penali*, in «*Consulta online*», 2025, n. 2, p. 805 ss., spec. p. 807, nota 4. Infine, se si vuole, può vedersi anche il mio *Rapporti tra il diritto dell'Unione europea e il diritto interno (valori fondamentali e tecniche di risoluzione delle antinomie)*, cit., spec. 82 ss., ed ivi altri riferimenti.

<sup>(16)</sup> Ne ho, per la prima volta, discorso nel mio *Sovranità dello Stato e sovranità sovranazionale, attraverso i diritti umani, e le prospettive di un diritto europeo «intercostituzionale»*, in «*Diritto pubblico comparato ed europeo*», 2001, n. 2, p. 544 ss., sforzandomi quindi di precisare meglio quest'idea in studi successivi, tra i quali *Comparazione giuridica, dialogo tra le Corti, identità «intercostituzionale»*, in *Itinerari della comparazione: scritti in onore di Giuseppe Franco Ferrari*, a cura di E. Bertolini, L. Cuocolo, J.O. Frosini, L. Montanari, G. Parodi, O. Pollicino, R. Orrù, G. Romeo e A. Vedaschi, Milano, 2023, vol. II, p. 785 ss.; nonché in «*Gruppo di Pisa: dibattito aperto sul diritto e la giustizia costituzionale*», 2022, n. 2, p. 1 ss.; e in *Rapporti tra il diritto dell'Unione*

accogliendo al proprio interno e *quodammodo* metabolizzando le indicazioni offerte da altri documenti materialmente costituzionali, le Carte dei diritti, così come queste ultime, per la loro parte, esibiscono analoga natura, richiedendo di essere riviste alla luce delle indicazioni venute dalla nostra e da altre Carte costituzionali<sup>(17)</sup>.

Una emblematica rappresentazione del circolo interpretativo in parola si ha dalla osservazione delle più salienti vicende giurisprudenziali riguardanti la Carta di Nizza-Strasburgo, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, la Costituzione appunto. Se ne ha conferma dal fatto che l'una Carta richiede di essere intesa alla luce della Convenzione, fatto tuttavia salvo il caso che, considerata nel chiuso di se stessa, porti ad un innalzamento della tutela dei diritti in campo<sup>(18)</sup>. Allo stesso tempo, la Carta dell'Unione risente delle suggestioni esercitate dalle c.d. «tradizioni costituzionali comuni», vale a dire da indicazioni venute anche dalla nostra legge fondamentale, senza peraltro trascurare l'impegno solennemente assunto dall'Unione stessa in uno dei suoi principi fondamentali, quello appunto di cui all'art. 4.2 del Trattato dell'Unione europea, di salvaguardare l'identità costituzionale di ciascuno dei suoi Stati membri.

Ogni identità costituzionale, la nazionale e la sovranazionale, si apre dunque all'altra *sub condicione*, all'insegna del «metaprin-

*europea e il diritto interno (valori fondamentali e tecniche di risoluzione delle antinomie), cit.*

<sup>(17)</sup> D'altronde, la stessa giurisprudenza costituzionale ha da tempo e con insistenza rilevato che la Costituzione e le altre Carte «si integrano completamente reciprocamente nell'interpretazione» (Corte cost., 22 ottobre 1999, n. 388; e sentenze successive).

<sup>(18)</sup> Ho più volte rilevato la stranezza di un siffatto modo di procedere: l'operatore dovrebbe, infatti, una prima volta leggere i documenti in parola chiusi in se stessi, poi rileggere la Carta dell'Unione alla luce della Convenzione, effettuare un confronto tra gli esiti in tal modo raggiunti e stabilire infine quale sia quello «giusto». Faccio per vero fatica a comprendere come sia possibile far luogo ad un siffatto percorso, nient'affatto lineare, sol che si ammetta, come devesi, che ciascun documento costituzionale porta nella propria struttura i segni di un interscambio culturale che ne ha preceduto e determinato la venuta alla luce e condizionato l'affermazione nell'esperienza.

cipio» della massima tutela dei diritti; ed è solo così che ciascuna di esse si integra con le altre.

Rimane, nondimeno, aperta la questione di cruciale rilievo relativa alle sedi istituzionali ed ai modi (o, se si preferisce, ai criteri) utilizzabili al fine di stabilire dove si situi la miglior tutela dei diritti evocati di volta in volta in campo dai casi.

Se si conviene che, nel presente contesto segnato da gravi ed acclarate carenze dei decisori politici (e, segnatamente, del legislatore), centralità di ruolo svolgono i giudici in esercizio di quella che agli occhi di molti appare pur sempre essere un'anomala «supplenza», che poi – come si vedrà a momenti – per vero assume a volte sembianze francamente abnormi, non v'è dubbio che è soprattutto al c.d. «dialogo» tra le Corti che occorre far capo al fine di stabilire come vada inteso e fatto valere il «metaprincipio» suddetto. D'altronde, è proprio così che si sono più volte affermate significative convergenze ed un apprezzabile ravvicinamento negli orientamenti dei giudici, malgrado la loro iniziale distanza (*Taricco*, per tutti, *docet*).

Quanto, poi, ai criteri suscettibili di essere messi allo scopo con profitto in campo, a mia opinione non può in ogni caso pre-scindersi dal riferimento ai più diffusi bisogni emergenti dal corpo sociale e dallo stesso avvertiti come espressivi di diritti fondamentali. Una soluzione, questa, che presenta uno speciale rilievo per ciò che concerne il riconoscimento dei nuovi diritti fondamentali, cui si accennava poc'anzi.

D'altro canto, le letture delle Carte dei diritti (Costituzione compresa), somministrate dalle pronunzie dei giudici, sono destinate a restare lettera morta laddove non riescano poi a farsi valere, perlomeno in una misura complessivamente apprezzabile, nell'esperienza, ricevendo pertanto adeguato seguito, oltre che dagli altri operatori, da parte dei componenti la comunità<sup>(19)</sup>. Farò a

<sup>(19)</sup> Non è, peraltro, chi non veda quanto sia disagevole effettuare uno scrutinio sistematico, a tappeto, dei «seguiti» dati alle decisioni dei giudici che restano perlopiù sommersi ed inconoscibili da parte sia degli studiosi che (e a maggior ragione) della comunità, venendo piuttosto ad emersione, esattamente come la punta di un *iceberg*, unicamente quelle che hanno ampia risonanza

momenti un esempio al riguardo assai istruttivo a conferma di quanto si viene ora dicendo.

Si tratta, quindi, di verificare se le tecniche interpretative e decisorie messe in atto dai giudici risultino conducenti allo scopo della implementazione della miglior tutela dei diritti e, per ciò stesso, dell'affermazione della Costituzione e delle altre Carte *magis ut valeant*.

*4. Le tecniche decisorie messe a punto dalla giurisprudenza costituzionale al servizio della persona umana e le loro eccessive realizzazioni che portano talora all'effetto della sostanziale confusione dei poteri, con pregiudizio evidente per l'idea stessa di Costituzione e di Stato costituzionale quale risulta mirabilmente scolpita nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789.* — Non si dirà qui specificamente delle tecniche interpretative di più frequente riscontro nelle aule in cui si amministra la giustizia comune, a partire da quella costituita dall'interpretazione c.d. conforme, in merito alla quale si è avuta un'autentica pioggia di scritti di vario segno<sup>(20)</sup>. Mi limito

attraverso i grandi mezzi d'informazione e le riviste specialistiche: un'assoluta minoranza, però, come si sa.

<sup>(20)</sup> Tra gli altri, v. G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006; e, della stessa, *La (parziale) riconversione delle «questioni di interpretazione» in questioni di legittimità costituzionale*, in «Consulta online», 2016, n. 2, p. 293 ss.; F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in «Rivista AIC», 2014, n. 2, p. 1 ss.; e, dello stesso, *Al fondo della teoria dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in «Diritto e società», 2015, p. 461 ss.; gli scritti del volume *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea: profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di A. Bernardi, Napoli, 2015; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. IX, Milano, 2016, p. 391 ss.; e, dello stesso, *Ogni cosa al suo posto: restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023, p. 154 ss.; i contributi pubblicati in *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, a cura di G. Bronzini e R. Cosio, Milano, 2017; A. ALPINI, *Diritto italiano-europeo e principi identificativi*, Napoli, 2018, p. 11 ss.; C. CARUSO, *L'interpretazione conforme alla Cedu e i «diritti a somma zero»*, in *Scritti per Roberto Bin*, a cura di C. Bergonzini, A. Cossiri, G. Di Cosimo, A. Guazzarotti e C. Mainardis, Torino, 2019, p. 457 ss.; V. MARCENÒ, *Quando il giudice deve (o doveva?) fare da sé: interpretazione adeguatrice, interpretazione conforme, disapplicazione della norma di legge*, in «Diritto e società», 2018, n. 4, p. 633 ss.; F. POLITI, *L'interpre-*

solo qui a rilevare, pur senza adeguato svolgimento argomentazione costituzionalmente conforme fra giudice delle leggi e giudice di legittimità: alcune riflessioni alla luce di recenti pronunce della Corte costituzionale, in «Lo Stato», 2019, n. 13, p. 155 ss.; G. PARODI, *L'interpretazione conforme: profili di comparazione*, in «Diritto pubblico comparato ed europeo», numero speciale maggio 2019, p. 555 ss.; e, più di recente, dello stesso, *Interpretazione conforme a Costituzione e diritto vivente nella giurisprudenza recente: la prospettiva del giudice a quo*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2023, p. 2883 ss.; e *Interpretazione conforme a Costituzione e diritto vivente nella giurisprudenza recente: la prospettiva del giudice costituzionale*, in «Lo Stato», 2024, n. 22, p. 63 ss.; v., inoltre, M. RUOTOLO, *L'interpretazione conforme a Costituzione torna a casa?*, in *Liber amicorum per Pasquale Costanzo: diritto costituzionale in trasformazione*, vol. III, *Nuovi scenari per la giustizia costituzionale nazionale e sovranazionale*, in «Consulta online», 2020, p. 99 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4<sup>a</sup> ed., vol. II, *Fonti e interpretazione*, Napoli, 2020, spec. pp. 266 ss. e 376 ss.; R. ROMBOLI, *Il sistema di costituzionalità tra «momenti di accentramento» e «di diffusione»*, in «Gruppo di Pisa: dibattito aperto sul diritto e la giustizia costituzionale», 2020, n. 2, p. 4 ss.; e, dello stesso, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2017-2019)*, a cura dello stesso R. Romboli, Torino, 2020, p. 72 ss.; G. PITRUZZELLA, *L'interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nella interpretazione della legge*, in *Un riaccenramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni*, in «Federalismi.it», 2021, n. 3, p. 161 ss.; nella stessa Rivista, v., inoltre, l'editoriale di G. DE VERGOTTINI, *La Corte costituzionale tra riaccenramento e riequilibrio del sistema*, spec. § 2; e lo scritto di S. STAIANO, *Corte costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccenramento*, p. 102 ss.; S. BARBARESCHI, *Corte costituzionale e certezza dei diritti: tendenze nomofilatiche del giudizio sulle leggi*, Napoli, 2022, p. 171 ss.; A. CIRCOLO, *Il giudice nazionale e l'obbligo di interpretare il proprio diritto in maniera conforme al diritto dell'Unione*, in *Il diritto europeo e il giudice nazionale*, vol. I, *Il diritto dell'Unione europea e il ruolo del giudice nazionale*, a cura di G. Lattanzi, M. Maugeri, G. Grasso, L. Calcagno e A. Ciriello, Milano, 2023, p. 87 ss.; P. GAETA, *Obblighi e possibilità per il giudice nazionale: l'interpretazione conforme alla CEDU*, in *Il diritto europeo e il giudice nazionale*, vol. II.I, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il ruolo del giudice nazionale: la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Principi e orientamenti*, a cura di G. Lattanzi, M. Maugeri, G. Grasso, L. Calcagno e A. Ciriello, Milano, 2023, p. 167 ss.; D. PIERANTONI, *Erroneo presupposto interpretativo, interpretazione conforme a Costituzione e tecniche decisorie del Giudice delle leggi: appunti a margine della sentenza n. 105 del 2023*, in «Nomos: le attualità del diritto», 2023, n. 2, p. 1 ss.; D. PICCIONE, *Diritto vivente e interpretazione conforme quali fondamenti argomentativi degli indirizzi della giurisprudenza costituzionale*, in «Giurisprudenza costituzionale»,

tivo, che francamente fatico a comprenderne la *ratio*, sol che si ammetta che il retto intendimento dei testi normativi, a partire da quelli in forma di legge (o di atto a questa equipollente), non può comunque fare a meno – sempre – dell’orientamento del fatto interpretativo verso il parametro costituzionale e, in genere, a parametri sovraordinati rispetto all’atto interpretato, fermo restando che poi anche il primo richiede non di rado, in ispecie laddove si esprima con molta vaghezza, di essere considerato alla luce del secondo, in applicazione di quel metodo circolare che, da Alf Ross in poi<sup>(21)</sup>, è da ritenere ormai acquisito alla comune consapevolezza teorica. Piuttosto, l’insistita sollecitazione rivolta dal giudice costituzionale ai giudici comuni affinché facciano un uso incisivo della tecnica interpretativa in parola parrebbe riportarsi al fine di salvare ad ogni costo (o quasi...) i testi di legge, col rischio però che il confine segnato dalla lettera degli enunciati possa essere, in casi non sporadici, superato.

Ad ogni buon conto, prestando ora specifica attenzione alle tecniche decisorie invalse nella più recente giurisprudenza costituzionale, il rigetto accompagnato dal rilievo di un difettoso o in tutto carente utilizzo della tecnica interpretativa suddetta si alterna ad altre tecniche decisorie, tra le quali particolare considerazione va data ad alcune forme di caducazione degli atti che sono oggi al centro di un animato confronto tra gli studiosi.

Sta di fatto che sono soprattutto queste ultime a racchiudere in sé una sorta di invito velato rivolto ai giudici a portare in numero crescente questioni alla Corte, sempre che – beninteso

2024, p. 455 ss.; M. RUOTOLI, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant’anni dalla legge n. 87 del 1953*, in *I 70 anni della legge n. 87 del 1953: l’occasione per un «bilancio» sul processo costituzionale*, a cura di G. Grasso e A. Stevanato, Napoli, 2024, p. 341 ss.; F. MODUGNO, T. GUARNIER, *Interpretazione giuridica*, Napoli, 2024. Infine, si vedano i contributi pubblicati su *Da Grammatical al «tono costituzionale»: l’interpretazione conforme del diritto nazionale al diritto UE, oggi*, in *«Rivista del contenzioso europeo»*, 2025, fascicolo speciale settembre 2025.

<sup>(21)</sup> Il riferimento – com’è chiaro – è alla notissima opera di A. Ross, *Theorie der Rechtsquellen: Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Leipzig-Wien 1929.

– non abbia sortito effetti il tentativo di riconciliare per via interpretativa oggetto e parametro, sì da dar modo alla Corte stessa di poter assicurare, in misura parimenti crescente, tutela ai diritti costituzionalmente protetti, altrimenti condannati a restarne privi a motivo di quelle complessive carenze del legislatore, di cui si faceva poc’anzi parola.

Le vicende d’inizio e fine-vita e, in genere, quelle maturate in ambito bioetico, di particolare interesse per questo studio, rendono eloquente testimonianza di quanto si viene ora dicendo.

Un filo rosso tiene unite esperienze e tendenze pur varie della giustizia costituzionale; ed è dato dal superamento del limite costituito dal rispetto della c.d. «discrezionalità» del legislatore che, in anni ormai risalenti, la Corte aveva posto a se stessa e che marcava la linea di confine del campo da quest’ultima coltivabile rispetto a quello invece rimesso alla esclusiva determinazione degli organi della direzione politica e della produzione giuridica. Certo, si trattava pur sempre di una linea – come dire? – mobile per un verso, evanescente per un altro, non foss’altro che per il fatto che a tracciarla era, a conti fatti, pur sempre lo stesso giudice costituzionale, secondo occasione. Il legislatore, nondimeno, non si sarebbe trovato, secondo modello, disarmato davanti al suo «giudice naturale», potendo pur sempre, in astratto, innovare al parametro costituzionale e, se del caso, cancellarlo dalla lavagna costituzionale con le forme allo scopo previste (sempre che – beninteso – ciò risulti fattibile, a condizione cioè, che non si incida sui principi di base dell’ordinamento) (22). D’altro canto, non può neppure escludersi in partenza l’eventualità, seppur giudicata illecita dalla più avvertita dottrina, che lo stesso legislatore si contrapponga frontalmente ai verdetti ablativi della Corte, riproducendo in

(22) Una ipotesi, questa, che lo stesso Costituente si era prefigurato, volendo comunque preservare il primato della politica e la centralità di posto delle assemblee parlamentari, e che ha quindi avuto la sua pur laconica ricezione nel disposto di cui all’art. 136, comma 2, Cost.: ho ripercorso questa vicenda nel mio *Le attività «conseguenziali» nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore (Premesse metodico-dogmatiche ad una teoria giuridica)*, Milano, 1988, p. 26 ss.

nuove leggi i medesimi disposti normativi già caducati. Anche gli atti a finalità «riproduttiva», nel senso ora precisato, non si sottraggono tuttavia al rischio del loro eventuale riporto al sindacato della Corte: con un moto circolare che, in via di mera ipotesi, potrebbe durare per un tempo indefinito, perlomeno fintantoché uno dei due protagonisti della vicenda non alzi le mani in segno di resa.

Non si trascuri, tuttavia, al riguardo che l'effetto di annullamento non si produce (o, meglio, non dovrebbe a mio modo di vedere prodursi) a carico della disposizione, rimossa dunque dall'ordinamento in qualunque suo possibile significato, persino in quelli su cui la Corte non si è pronunziata, ma si produce appunto sul solo significato o – diciamo pure, per questo verso, con la comune opinione – sulla norma specificamente assunta ad oggetto del giudizio<sup>(23)</sup>; ed è, perciò, unicamente su questa che si forma (o dovrebbe formarsi) il giudicato costituzionale, nella sua peculiare conformazione<sup>(24)</sup>. In realtà, in forza di una pratica ormai consolidata ed assurta dunque a vero «diritto vivente», usualmente si pensa che, con la norma, debba cadere altresì il testo, appunto in ogni suo possibile significato, facendosi in tal modo della decisione della Corte una sorta di atto d'interpretazione autentica e confondendosi inopinatamente l'effetto di annullamento con uno di abrogazione nominata, direttamente incidente sul testo stesso<sup>(25)</sup>.

<sup>(23)</sup> In realtà, a mio modo di vedere, oggetto del sindacato di costituzionalità non è, a rigore, neppure la norma bensì la «situazione normativa», nella peculiare accezione che è, a parer mio, da riconoscere a siffatta espressione: ragguagli, volendo, in A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, 7<sup>a</sup> ed., Torino, 2022, p. 105 ss.

<sup>(24)</sup> Maggiori ragguagli possono, volendo, avversi dal mio *Il doppio volto del diritto processuale costituzionale nell'esperienza italiana*, in «Gruppo di Pisa: dibattito aperto sul diritto e la giustizia costituzionale», 2025, n. 1, p. 1 ss., spec. p. 5 ss.; e già in altri scritti. Sul giudicato costituzionale, per tutti, v. F. DAL CANTO, *Giudicato costituzionale*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamenti, vol. V, Milano, 2001, p. 429 ss.; e, dello stesso, *amplius*, *Il giudicato costituzionale nel giudizio sulle leggi*, Torino, 2002.

<sup>(25)</sup> Riprendo qui un appunto critico che può vedersi, con maggior sviluppo argomentativo, nel mio scritto da ultimo cit.; si è, ancora di recente, tornato

Senza, ad ogni buon conto, tornare ora a dire di questa complessa questione, nei fatti – come si faceva notare – ormai priva di pratico senso, e fermando l'attenzione sul solo punto qui specificamente rilevante, il sostanziale abbandono del limite della discrezionalità del legislatore porta diritto alla innaturale conversione della Corte da massimo garante in massimo decisore politico. Si spiega (ma non si giustifica), infatti, in questa luce l'abbandono, in sede di manipolazione dei testi normativi, delle «rime obbligate» di crisafuliana memoria e la loro odierna sostituzione con le «rime possibili»: testimonianza palese del carattere politico della soluzione in cui queste ultime si concretano <sup>(26)</sup>.

a discutere di talune aporie riscontratesi nel processo costituzionale e nelle attività ad esso conseguenti in occasione del convegno del Gruppo di Pisa su *I 70 anni della legge n. 87 del 1953*, cit.

<sup>(26)</sup> Su quest'autentico nervo scoperto e dolente di talune recenti esperienze della giustizia costituzionale, v., tra gli altri e variamente, in aggiunta ai contributi che sono nell'*op. ult. cit.*, D. TEGA, *La Corte nel contesto: percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, Bologna, 2020, spec. p. 101 ss.; e, della stessa, *La traiettoria delle rime obbligate: da creatività eccessiva a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva*, in «*Sistema penale*», 2021, n. 2, p. 5 ss.; più di recente, M. RUOTOLI, *Le tecniche decisorie della Corte costituzionale, a settant'anni dalla legge n. 87 del 1953*, cit., p. 351 ss.; R. PINARDI, *Una pronuncia a rime «possibili», ma anche «parziali»: nota alla sent. n. 40 del 2023 della Corte costituzionale*, in «*Osservatorio costituzionale*», 2023, n. 5, p. 119 ss.; R. BARTOLI, *La scelta all'interno delle rime adeguate: opportunità e assiologia*, in «*Giurisprudenza costituzionale*», 2024, p. 1826 ss.; P. CARNEVALE, *Del rapporto fra Corte e legislatore alla luce dei nuovi indirizzi giurisprudenziali in tema di discrezionalità legislativa e «rime obbligate»*, in *Questioni vecchie e nuove di diritto costituzionale: scritti in onore di Vittorio Angiolini*, a cura di M. D'Amico e L. Del Corona, Torino, 2025, p. 55 ss.; S. LEONE, *La stagione giurisprudenziale delle «rime possibili»: ovvero del lasciare il (quasi) certo per l'incerto*, in *Le decisioni del Giudice costituzionale e i loro effetti*, a cura di M. D'Amico e N. Fiano, in «*Gruppo di Pisa: dibattito aperto sul diritto e la giustizia costituzionale*», Quaderno n. 10 abbinato al fasc. 1/2025, p. 145 ss.; ed ivi pure R. PINARDI, *Sulle più recenti tecniche decisionali elaborate dalla Corte costituzionale allo scopo di ovviare all'inerzia del legislatore: le sentenze a «rime possibili» e le ordinanze di «incostituzionalità prospettata»*, p. 15 ss.; S. CATALANO, *Tutela dei diritti, rime possibili, modulazione degli effetti nel tempo: esiste la quadratura del cerchio?*, p. 121 ss.; S. TALINI, *Le addizioni di sistema: a proposito di interventi manipolativi e silenzi legislativi*, in «*Federalismi.it*», 2025, n. 14, p. 138 ss.; A. RANDAZZO, *Il*

V'è di più. Una speciale attenzione va prestata al fatto che a volte la Corte, allo scopo di spianarsi il terreno per la riscrittura testuale degli atti sottoposti al suo sindacato, fa precedere la stessa dal sostanziale, seppur abilmente mascherato, rifacimento del parametro, operando congiuntamente una manipolazione di quest'ultimo per via interpretativa e una dell'oggetto nel senso appena precisato; ed è chiaro che, laddove il parametro evocato in campo dovesse essere dato da enunciati espressivi di principi, se ne avrebbe che la Corte – come si è avuto modo di far notare altrove – *ipso facto* si commuterebbe in un autentico, abnorme «potere costituente permanente».

L'invenzione a ritmi crescenti di tecniche decisorie sempre nuove e viepiù raffinate s'inscrive perfettamente in questo quadro. La Corte vi fa, infatti, luogo nell'assunto di non poter altrimenti portare a buon frutto l'operazione che si prefigge di compiere. Solo che in tal modo – ne sia, o no, pienamente avvertita – finisce talora con l'entrare in palese contraddizione con se stessa. È ciò che, in modo a mia opinione vistoso, si è avuto in relazione alla tecnica della «doppia pronuncia» messa a punto per la prima volta in *Cappato* <sup>(27)</sup>.

La vicenda è nota e non giova pertanto farvi qui nuovamente richiamo. Singolare o, diciamo pure, francamente strano è come la Corte possa, dapprima con ordinanza, assegnare un termine ragionevole (perlopiù un anno) al legislatore per intervenire a porre rimedio <sup>(28)</sup> alle cause d'invalidità riscontrate nel quadro legisla-

*giudice costituzionale «legislatore»: tecniche decisorie, uso dei canoni processuali, ruolo (sempre più) politicamente connotato*, in «Consulta online», 2025, n. 3, spec. p. 1609 ss.

<sup>(27)</sup> Sulla tecnica in parola, fatta oggetto di valutazioni di vario segno, di recente, A. RAUTI, *La (sostenibile?) leggerezza dell'essere: dialogo con il legislatore e «debolezza» nel giudizio di costituzionalità*, in «Gruppo di Pisa: dibattito aperto sul diritto e la giustizia costituzionale», 2024, n. 3, p. 121 ss.; e N. PETTINARI, *Le nuove «ordinanze ad incostituzionalità prospettata» in Italia: riflessioni a margine di una tecnica decisoria «peculiare»*, Napoli, 2024. V., inoltre, ora, A. RANDAZZO, *Il giudice costituzionale «legislatore»*, cit., spec. p. 1590 ss.; un cenno anche in G. PAVANI, V. CAPUZZO, *Il silenzio non esiste*, in «Consulta online», 2025, n. 3, p. 1678 ss.

<sup>(28)</sup> ... a mezzo di una disciplina internamente articolata e composita che

tivo esistente, specie alle carenze di disciplina dallo stesso esibite, e, una volta che lo stesso sia inutilmente trascorso, porre quindi mano con sentenza al rifacimento del quadro stesso. La prima, provvisoria, soluzione viene infatti fatta poggiare su ragioni di opportunità politica, specie in relazione ad iniziative legislative pendenti davanti alle Camere sul medesimo oggetto, e sulla esistenza del limite della discrezionalità del legislatore che non consentirebbe alla Corte di far subito luogo all'aggiustamento della normativa in vigore. Solo che, dandosi il limite in parola, neppure la seconda volta le dovrebbe esser dato d'innovare alla disciplina vigente.

Delle due, dunque, l'una: o il limite c'è, ed allora è insuperabile sempre; oppure non c'è, ed allora la Corte potrebbe (e, forse, dovrebbe) senza alcun indugio o remora «sanare» la normativa in vigore, tanto più che ciò poi non osta a che il legislatore – nel rispetto del giudicato costituzionale – torni a rivedere la disciplina «aggiustata» dalla Consulta, proprio perché frutto di discrezionale apprezzamento.

Il vero è che, una volta che la Corte si faccia persuasa di poter operare in un certo modo, col fatto stesso del ripetersi e consolidarsi di una data tecnica decisoria, viene a formarsi un convincimento diffuso tra gli operatori restanti (specie in capo a quelli preposti alla direzione politica) ed alla comunità governata circa la liceità e, forse, pure la doverosità del comportamento: insomma, si determina e radica sempre di più un'autentica «consuetudine culturale» – come a me piace chiamarla – di riconoscimento della validità dell'operazione svolta; e tanto basta a darle «fondamento» e credito.

Due sole notazioni ancora sul punto di cruciale rilievo.

La prima è che la «logica» machiavellica del fine che giustifica il mezzo non può, a mio modo di vedere, valere in relazione alle dinamiche dei pubblici poteri che – piaccia o non – sono pur sempre obbligate a fare i conti con la Costituzione; tanto più poi – mi

la stessa Corte, peraltro, non si trattiene dal prefigurare nei suoi punti maggiormente qualificanti ed espressivi, indicandoli uno ad uno in pronunzie che – come si è detto altrove – somigliano ai «principi e criteri direttivi» delle leggi di delega.

permetto di aggiungere – laddove si tratti dell’attività del massimo garante del sistema<sup>(29)</sup>. Né – com’è chiaro – può darvi giustificazione la circostanza per cui avverso le pronunzie della Corte non si dà forma alcuna d’impugnazione, nella peculiare accezione che, a mia opinione, il termine assume con riguardo alle esperienze della giustizia costituzionale<sup>(30)</sup>. Questa, infatti, può essere, com’è, una spiegazione cruda dell’accadimento, non la sua giustificazione. E non è inopportuno qui rammentare che l’inesistenza di sanzioni giuridiche a carico delle decisioni della Corte non legittima di certo quest’ultima a considerarsi *Constitutioni soluta*, tutt’altro... E, invero, proprio per il fatto di essere il massimo garante del sistema, essa deve per ciò stesso mostrarsi costantemente scrupolosa osservante del dettato costituzionale, potendosi altrimenti assistere a manifestazioni di resistenza, aperta o mascherata che sia, da parte dei destinatari delle sue pronunzie e dell’intera comunità, secondo quanto è peraltro testimoniato da alcune vicende che hanno fatto molto discutere<sup>(31)</sup>.

La seconda è che, in un contesto complessivamente gravato dalla tendenziale confusione dei poteri (con grave pregiudizio per la legalità costituzionale, nella sua più densa e qualificante accezione), nel momento in cui la stessa Corte concorre, per la

<sup>(29)</sup> È stato al riguardo fatto opportunamente notare che «i fini non giustificano mai i mezzi, perché sono sempre i mezzi a prefigurare i fini»: così A. PUGIOTTO, *Dalla «porta stretta» alla «fuga» dalla giustizia costituzionale? Sessant’anni di rapporti tra Corte e giudici comuni*, in «Quaderni costituzionali», 2016, n. 1, p. 169.

<sup>(30)</sup> Raggagli al riguardo, se si vuole, nei miei *Storia di un «falso»: l’efficacia inter partes delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano, 1990; e *Ripensando alla natura della Corte costituzionale, alla luce della ricostruzione degli effetti delle sue pronunzie e nella prospettiva delle relazioni con le Corti europee*, in *La Corte costituzionale vent’anni dopo la svolta*, a cura di R. Balduzzi, M. Cavino e J. Luther, Torino, 2011, p. 349 ss.

<sup>(31)</sup> Si pensi, per tutte, a quella della c.d. *Robin tax*, di cui a Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 10, laddove la pretesa della Corte che la legge dichiarata costituzionalmente illegittima si applicasse ugualmente persino nel giudizio *a quo* ha visto la ferma opposizione della stessa autorità remittente: in tema, da ultimo ed anche per risalenti indicazioni, v. A. RANDAZZO, *Il giudice costituzionale «legislatore»*, cit., p. 1583 ss.

sua parte, a mettere in stato di palese sofferenza il principio della separazione dei poteri, viene meno una delle due gambe su cui si regge e si porta, sia pure a fatica, avanti nel suo non sempre lineare cammino lo Stato di diritto costituzionale, giusta la pregnante indicazione teorica che se ne ha nel famoso art. 16 della Dichiarazione dei diritti del 1789<sup>(32)</sup>.

Ora, la separazione dei poteri non è una sorta di *optional*, di

<sup>(32)</sup> Non è per mero accidente – a me pare – che il confronto attorno al principio in parola si sia di recente particolarmente animato. *Ex plurimis*, v. G. SILVESTRI, che è tornato ad occuparsene dopo le note ed approfondite indagini dedicatevi oltre quarant'anni addietro, di recente in *Separazione dei poteri e indirizzo politico*, in *Enciclopedia del diritto*, I tematici, vol. V, *Potere e Costituzione*, diretto da M. Cartabia e M. Ruotolo, Milano, 2023, p. 1122 ss.; e in *Corte costituzionale e separazione dei poteri: considerazioni sulla giurisprudenza recente in tema di conflitti di attribuzione*, in «Rivista AIC», 2025, n. 1, p. 53 ss.; v., inoltre, i contributi all'incontro di Siena del 14 marzo 2024 su *La separazione dei poteri nello stato contemporaneo: in ricordo di Giovanni Grottanelli de' Santi*, a cura di E. Bindi, M. Perini, A. Pisaneschi e L. Violini, Napoli, 2025; ed all'incontro di Messina del 27-28 giugno 2024 su *Separazione dei poteri, indirizzo politico e garanzie costituzionali*, i cui Atti sono in corso di stampa. E, ancora, G. SCACCIA, *L'etica della funzione giudiziaria: fra teoria dell'interpretazione e separazione dei poteri*, in «Quaderni costituzionali», 2023, n. 2, p. 459 ss.; M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e giustizia digitale*, Milano, 2023; R. ROMBOLI, *Corte costituzionale e legislatore: il bilanciamento tra la garanzia dei diritti ed il rispetto del principio di separazione dei poteri*, in «Consulta online», 2023, n. 3, p. 815 ss.; M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto: restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023; gli scritti che sono in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 2023, n. 1; C. PINELLI, *L'influenza del principio di separazione dei poteri nelle democrazie contemporanee*, in «Rivista AIC», 2024, n. 2, p. 126 ss.; F. MERUSI, *Separazione dei poteri e organizzazione amministrativa. Mutazioni nell'ordinamento italiano*, in «Lo Stato», 2024, n. 22, p. 37 ss.; E. DE GREGORIO, *I nuovi orizzonti dei rapporti fra Corte Costituzionale e Parlamento*, in <[www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)>, 15 ottobre 2024; M. MANETTI, *Giurisprudenza costituzionale e convenzioni sulla separazione dei poteri*, in «Rivista AIC», 2024, n. 4, p. 70 ss.; nonché, se si vuole, i miei *La Costituzione sotto stress e la piramide rovesciata, ovverosia le più vistose torsioni a carico della separazione dei poteri e del sistema degli atti espressivi di pubbliche funzioni (note minime su una spinosa questione)*, in «Consulta online», 2023, n. 3, 871 ss.; e *Il mix di normazione e controllo presente in alcune pratiche istituzionali: dal modello alle torsioni dell'esperienza*, in «Consulta online», 2024, n. 2, p. 822 ss.

cui volendo potrebbe farsi a meno; è, di contro, una (e, anzi, la) condizione necessaria per la salvaguardia dei diritti fondamentali e, perciò, per l'integra trasmissione nel tempo del modello di Stato di tradizioni liberali mirabilmente scolpito nel disposto appena richiamato.

Questa è, dunque, la posta in palio: il mantenimento, cioè, del significato genuino e profondo di «Costituzione» e la sua ulteriore affermazione, specie nella presente congiuntura internazionale segnata dalla rapida emersione e crescente diffusione di regimi illiberali e autoritari o, diciamo così, tendenzialmente autoritari, che poi – non si dimentichi – sono i principali artefici dei fatti bellici che ormai non lasciano indenne pressocché alcuna parte del pianeta<sup>(33)</sup>.

V'è modo – questo è il *punctum crucis* dell'intera questione qui sommariamente discussa – per tentare di invertire o, come che sia, in una certa misura contenere questo *trend* inquietante?

L'etica pubblica repubblicana è la più efficace, forse l'unica, risorsa di cui, a conti fatti, dispongono gli ordinamenti d'impianto liberale ed alla quale possono a piene mani attingere nello sforzo corale che sono chiamati a produrre in vista del raggiungimento di un sì ambizioso obiettivo<sup>(34)</sup>.

Qualche timido segno che dia alimento alla speranza, forse, s'intravede; ed è la reazione diffusa della gente comune registrata nelle piazze di molti Paesi davanti all'inqualificabile azione politico-militare posta in essere nella striscia di Gaza dal Governo

<sup>(33)</sup> Stupefacente ed inquietante allo stesso tempo la svolta impressa all'assetto istituzionale degli Stati Uniti per effetto della presidenza Trump (a riguardo della quale, riferimenti possono ora aversi da A. CANTARO, *Amato Popolo: il sacro che manca da Pasolini alla crisi delle democrazie*, Roma, 2025, particolarmente l'ultimo capitolo). Non si dimentichi che anche regimi all'apparenza granitici, quale quelli invalsi nell'Est europeo, hanno subito per effetto della perestroika gorbacioviana un autentico terremoto politico, sociale ed ordinamentale, con esiti peraltro assai diversi da un Paese all'altro. A costruire a volte ci si mette molto tempo, a distruggere assai poco.

<sup>(34)</sup> E, invero, sono fermamente convinto che solo mostrandosi uniti e compatti gli Stati di tradizioni liberali possono tentare di opporsi al dilagare di esperienze autoritarie che parrebbero essere incontenibili.

israeliano. Non sappiamo, per vero, quali potranno essere i prossimi sviluppi di questa vicenda ad oggi confusa ed incerta. Ciò che, però, ai miei occhi presenta uno speciale significato è proprio questa manifestazione di resistenza collettiva cui hanno dato vita gli appartenenti a comunità statali pure assai diverse, indicativa di una consapevolezza che va sempre di più maturando circa la necessità di non restare inerti spettatori degli eventi ma, appunto, di opporvisi con tutte le energie morali disponibili.

La Repubblica – si rammentava all'inizio di questa succinta riflessione – è nata dalla Resistenza; l'intero pianeta potrà – a me pare – salvarsi dal rischio dell'autodistruzione solo da una nuova Resistenza diffusa e coraggiosa nei riguardi dei nemici dell'etica pubblica repubblicana.

### Abstract

Il saggio esamina il rapporto tra la Costituzione e l'etica pubblica, mostrando come i valori fondamentali della Carta costituzionale restino immutabili mentre i principi si rigenerino nel tempo per rispondere ai nuovi bisogni sociali. Viene delineato il nucleo duro dei principi costituzionali, espressione di un modello di società pluralista, solidale e incentrata sulla dignità della persona. Particolare attenzione è inoltre dedicata al principio di apertura dell'ordinamento alla Comunità internazionale e all'Unione europea, considerato uno strumento volto a massimizzare la tutela dei diritti fondamentali e a rafforzare un'identità costituzionale interconnessa. Il saggio analizza quindi l'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale, mettendo in luce il rischio che un uso eccessivamente creativo degli strumenti interpretativi conduca a una confusione dei poteri, minacciando l'equilibrio dello Stato costituzionale. In conclusione, l'autore richiama la necessità di una rinnovata etica pubblica repubblicana come condizione per preservare il costituzionalismo democratico e fronteggiare le derive illiberali contemporanee.

*The essay examines the relationship between the Constitution and public ethics, showing how the constitutional values remain immutable, while its principles are continually regenerated over time in order to respond to new social needs. The author outlines the core nucleus of constitutional principles, which express a model of society that is pluralistic, solidaristic, and grounded in the dignity of the person. Particular attention is devoted to the principle of openness of the legal order to the international community and to the European Union, understood as a mechanism aimed at maximizing the protection of fundamental rights and strengthening an interconnected constitutional identity. The essay then analyzes the evolution of the Constitutional Court's decision-making techniques, highlighting the risk that an excessively creative use of interpretive tools may produce a blurring of powers, thereby threatening the balance of the constitutional State. In conclusion, the author underscores the need for a renewed republican public ethic as a condition for safeguarding democratic constitutionalism and confronting contemporary illiberal tendencies.*



FABIO MACIOCE  
*Professore ordinario nell'Università di Roma LUMSA*

## IL DOVERE DI LEALTÀ E PROBITÀ DELLE PARTI, OGGI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La lealtà processuale. – 3. Lealtà e verità. – 4. La lealtà, oggi.

1. *Introduzione.* — Oggetto di queste mie brevi riflessioni è, come si può evincere dal titolo, il dovere di lealtà imposto alle parti nel processo, *ex art. 88 cod. proc. civ.*; aggiungo, come postilla, un avverbio di tempo: «oggi». Vorrei riflettere su questo strano ma non del tutto disapplicato dovere, e vorrei riflettere su quanto esso possa aver cambiato fisionomia, dopo molti decenni e molte riforme del codice di rito. Si tratta infatti di un preccetto che non è mai stato riformato o riformulato, forse proprio per una sua apparente marginalità; è rimasto in un angolo, per così dire, e tuttavia è mutato molto di quanto vi era intorno. È dunque lecito chiedersi se abbia mutato anch'esso di senso, almeno come riflesso del più generale mutamento (dei molti mutamenti) che negli anni hanno interessato parti sempre più significative del processo civile; e se, in tal caso, abbia ancora un significato, o più esattamente una qualche utilità, all'interno di un contesto normativo così diverso da quello nel quale era inserito originariamente.

L'idea alla base dell'*art. 88 cod. proc. civ.* è che il processo sia, e debba restare, il luogo di un dialogo cooperativo, e non un mero scontro tra forze contrapposte<sup>(1)</sup>. In altri termini, e come cer-

<sup>(1)</sup> Rinvio, per maggiori argomentazioni su questa tesi, al mio testo F.

cherò di mostrare in queste pagine, perché il confronto fra le parti non degeneri in un mero scontro di forze (economiche, retoriche, o di potere) è necessario non solo che esso sia regolato, ma anche che sia sostenuto da un forte orientamento valoriale. Uno scontro, infatti, può benissimo essere regolato e formalizzato, ma perché si passi dallo scontro al confronto, e alla cooperazione, c'è bisogno di un orientamento «virtuoso» da parte di chi agisce.

Il riferimento alla virtù non è casuale, in questo caso, ed è più preciso di un generico riferimento all'etica. Non perché le virtù non siano a loro volta un aspetto dell'etica, o un modello di agire morale, ma perché il riferimento alla virtù mette in luce con maggiore precisione un aspetto che qui rileva in modo particolare: ciò che si richiede alle parti non è l'adesione ideale ad un orizzonte morale, o ad un sistema di valori, ma un «modo di fare» le cose, un *habitus*, un atteggiamento <sup>(2)</sup>. Il riferimento alla virtù radica l'orientamento etico nella prassi, e non nella teoresi. Le virtù non si insegnano, scrive Aristotele a Nicomaco, perché non si tratta di una dottrina che possa essere appresa studiando: possono e devono essere sviluppate nella pratica, attraverso un continuo e mai definitivo tentativo di fare la cosa giusta, per approssimazioni successive <sup>(3)</sup>.

Ecco insomma perché preferisco parlare di virtù più che di etica, a proposito della lealtà: la lealtà è esattamente una virtù, in senso aristotelico. Non si insegna, perché non se ne possono individuare programmaticamente i contenuti; e non si apprende come una tecnica, così come un giovane praticante può imparare a redigere un certo atto. Certo, si possono utilizzare degli esempi, si possono considerare le volte (poche) in cui l'art. 88 cod. proc. civ. è stato invocato e applicato; ma non troveremo una defini-

MACIOCE, *La lealtà: una filosofia del comportamento processuale*, Torino, 2005.

<sup>(2)</sup> ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, II 1, 1103a 30 - 1103b 2.

<sup>(3)</sup> ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, II 1, 1103a 30 - 1103b 2: «Acquistiamo le virtù perché le abbiamo esercitate in precedenza, come avviene anche nel caso delle altre arti. Quello che si deve fare quando si è appreso, facendolo, lo impariamo: (...) e allo stesso modo compiendo atti giusti si diventa giusti, temperanti con atti temperanti, coraggiosi con atti coraggiosi».

zione precisa ed esaustiva dei comportamenti leali o sleali, una «dottrina» della lealtà, e non basterà l'osservazione della prassi altrui a renderci più virtuosi (più leali). Quello che possiamo sperare di ottenere con l'osservazione e con l'analisi è solo qualche indicazione utile a comprendere, di volta in volta, l'orientamento da dare alla nostra prassi processuale. Le virtù, infatti, si sviluppano nella prassi, progressivamente e attraverso scelte specifiche: si diventa leali agendo in modo leale, ogni volta un po' meglio e in modo più preciso <sup>(4)</sup>.

Ciò che spetta alla teoresi, e che qui è oggetto di riflessione, è una migliore comprensione della lealtà, e del suo ruolo all'interno del meccanismo processuale. Ed allora, vale la pena chiarire da subito la posizione che intendo sostenere: la lealtà che l'ordinamento impone alle parti nel processo non è una mera correttezza formale, un banale rispetto delle regole, ma è il presupposto indispensabile perché tutta l'attività processuale sia una vera procedura di comunicazione, una procedura che istituzionalizza il «dialogo» per il riconoscimento dei torti e delle ragioni, nella consapevolezza che solo tale dialogo può, mediante la formazione di un discorso comune tra le parti, legittimare il riconoscimento delle pretese soggettive come ragioni. Per converso, il comportamento sleale è un comportamento che *de facto* riporta la controversia dal piano delle parole a quello dei fatti: più precisamente, dal piano delle ragioni a quello della «forza».

2. *La lealtà processuale.* — A ben vedere, si possono dare della lealtà due letture differenti. Sono letture apparentemente simili fra loro, ma filosoficamente molto diverse, soprattutto per le conseguenze sul modo di intendere l'attività processuale nel suo complesso. Un primo modello, più restrittivo e privo di ogni legame con l'idea di virtù, intende la lealtà come la correttezza all'interno del «gioco», quell'atteggiamento in virtù del quale, anche ove l'azione è libera, non è permesso barare. Il processo, in questa prospettiva, è una lotta regolata, un gioco, e precisamente quella

<sup>(4)</sup> ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, I, 1, 1094a 22; II, 5, 1106b 14; II, 5, 1106b 32.

forma di gioco che è l'agone<sup>(5)</sup>. Note ed illuminanti, in proposito, sono alcune osservazioni di Piero Calamandrei, uno dei primi e più illustri teorici del processo italiani a tentare l'avvicinamento della procedura ad una matrice ludica. Così come non basta conoscere le regole della dama per vincere un torneo, scrive Calamandrei, allo stesso modo non basta conoscere il diritto sostanziale e la procedura per essere un accorto avvocato d'udienza; le regole sono essenziali per la costituzione del sistema entro il quale ci si vuole muovere, ma le regole stesse non significano molto se non nella concretezza della loro applicazione, in quella prassi che costituisce la realtà dell'azione umana<sup>(6)</sup>.

Pertanto, se il processo è una lotta regolata, è necessaria l'osservanza «delle regole del gioco, cioè la fedeltà a quei canoni non scritti di correttezza professionale, che segnano il confine tra (...) la maestria dello schermidore accorto e i goffi tranelli del truffatore»<sup>(7)</sup>. Si gioca, nel processo, ma non si bara; il che peraltro non significa che non esista una infinita serie di possibilità attraverso le quali si modula la distanza tra la legge positiva e la sua vita concreta nel processo. In altre parole, è talmente sottile il confine che separa l'azione irregolare da quella ammissibile se pure ingannevole, che ben ampi sono i margini all'interno dei quali la parte si può muovere senza per questo andare oltre le regole del gioco: ampia in effetti è la casistica delle possibilità e delle astuzie tattiche che si offrono al giocatore del processo, e che non superano i confini dell'azione lecita e corretta.

<sup>(5)</sup> In tal senso, v. J. VERGÈS, *La justice est un jeu*, Paris, 2002, p. 105 ss.

<sup>(6)</sup> P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, 1950, vol. II, p. 487 (anche in «Rivista di diritto processuale», 1950, I, p. 23). Nello stesso senso, si veda anche S. VALZANIA, *La partita di diritto: considerazioni sull'elemento ludico del processo*, in «Jus», 1978, p. 207 ss., il quale assimila l'esito del processo all'esito di un incontro di pugilato, ad una gara nella quale si vince facendo un sapiente uso delle proprie capacità all'interno delle regole del gioco; il giudice, perciò, è come l'arbitro che non interviene nella contesa se non per segnalare che qualcuno dei giocatori sta violando una regola, e gli avvocati sono i «campioni delle parti in lotta», dei quali ci si avvale per poter meglio giocare.

<sup>(7)</sup> P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, cit., p. 494.

In una prospettiva differente la lealtà può essere intesa come elemento cruciale all'interno di un modello di «agire comunicativo»<sup>(8)</sup>; un modello, questo, che a sua volta possiamo utilizzare per interpretare tutta l'interazione fra le parti nel processo. In altre parole, il processo può essere inteso come una struttura di argomentazione, ovvero come una struttura all'interno della quale non vengono semplicemente avanzate pretese di validità dai soggetti coinvolti, ma nella quale tali pretese, per poter essere avanzate, devono essere argomentate. Se così è, il dovere di lealtà che l'ordinamento impone alle parti sottrae l'interazione alle spinte oggettivanti naturalmente presenti in essa, ovvero alla possibilità di un agire che tende alla sopraffazione e alla riduzione dell'altro, e impone una comunicazione su un piano di parità e di reciproco riconoscimento.

Non si tratta, insomma, di una pura regolamentazione dell'agire processuale, che sottopone a vincoli e restrizioni di varia natura l'attività di ricostruzione e interpretazione dei fatti che si svolge nel processo<sup>(9)</sup>. Che le parti non possano argomentare liberamente, e siano per contro sottoposte a vincoli numerosi e stringenti, è

<sup>(8)</sup> Per una analisi di tale modello, si veda J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt am Main, 1981 (trad. it., *Teoria dell'agire comunicativo*, Il Mulino, Bologna, 1986).

<sup>(9)</sup> Tipica è la *vexata quaestio* della differente situazione in cui, nella ricostruzione dei fatti, versano il giudice e lo storico, in ragione dei vincoli ai quali è sottoposto il secondo e dai quali sarebbe libero il primo; il rinvio naturalmente è anzitutto a P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1939, I, p. 105; nonché a G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1964, p. 111 ss; si veda anche M. TARUFFO, *Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche*, in «Rivista di diritto processuale», 1967, p. 438 ss.; si vedano infine le parole mirabili di G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in Id., *Opere giuridiche*, vol. V, Milano, 1959, p. 63, che così sintetizzava la differenza tra le due attività: «Lo storico (...) fa ritornare presente l'evento storico (...) e basta. Questo è il suo fine. Il giudice è, se si vuole, uno storico ma uno storico che deve modificare distruggere rimpiazzare l'evento con un altro evento, cancellarne le conseguenze giuridiche e pratiche, per quanto si può di fatto. E poiché questo rimpiazzare l'evento con un altro evento è un collaborare alla vita... questo fine comanda tutta la ricerca. Si può dire che il giudice è il giustiziere dell'evento: l'opposto dello storico».

evidente: limiti di tempo, anzitutto, con le preclusioni progressive che caratterizzano il processo; di forma, ovviamente, per il rispetto dovuto alle forme processuali nella produzione degli atti di parte; di contenuto, infine, e si pensi all'inutilizzabilità processuale delle prove illecitamente acquisite<sup>(10)</sup>. Il punto cruciale è che tali limiti non servono unicamente a garantire la validità e l'accettabilità della decisione – pur fondamentali – ma a imporre un ordine e un criterio alle strategie argomentative delle parti, onde garantire la possibilità di un'interazione dialogica su un piano di parità e di reciproco riconoscimento. Queste regole, in altre parole, fanno sì che il processo sia un modello di interazione discorsiva nella parità: le parti sono costrette (dalle regole processuali) ad assumere un comportamento comunicativo, poiché il raggiungimento dei rispettivi fini individuali (l'accoglimento delle pretese soggettive) richiede un assenso razionale sui contenuti espressivi proposti. Affinché le pretese di validità avanzate dalle parti siano riconosciute giudiziariamente, devono necessariamente essere veicolate in modalità specificamente discorsive e razionali, e non attraverso modalità manipolatorie<sup>(11)</sup>. L'azione processuale insomma (ciò che le parti dicono e argomentano) non deve essere semplicemente razionale o ragionevole, né meramente persuasiva e tanto meno manipolatoria; deve essere tale da far sì che attraverso il processo da esso possa originarsi un «discorso comune»<sup>(12)</sup>.

<sup>(10)</sup> Cass. civ., sez. VI, 8 novembre 2016, n. 22677, in «Il foro italiano», 2017, I, c. 1689 ss., con osservazioni di N. MINAFRA. Si veda anche L. PASSANTE, *La prova illecita nel processo civile*, Torino, 2017.

<sup>(11)</sup> Il punto in questione è stato colto lucidamente da Sergio Cotta, il quale ha sottolineato che rendere giustizia, nel processo, significa anzitutto sostituire al dissenso originario un «con-senso oggettivo», e dunque *ex lege*, posto che quello soggettivo potrebbe anche non esserci; si veda S. COTTA, *Variazioni in tema di processo*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1993, p. 390.

<sup>(12)</sup> Sulla nozione di discorso comune v. F. CAVALLA, *La prospettiva processuale del diritto: saggio sul pensiero di E. Opocher*, Padova 1991, p. 49, ove nell'invenimento di un discorso comune si identifica anche il fine della controversia. Nello stesso senso, si veda anche quanto giustamente evidenziato da Jacques relativamente alla struttura di un tale discorso comune: difatti, non è possibile «*joindre en un dialogue deux soliloques, fussent-ils alternés. il s'agit moins de deux discours entrelacés que de la production à deux d'un seul discours*

Accogliere un’ipotesi come questa significa collocare la vicenda processuale in una prospettiva fondamentalmente pacificante: nel processo ciascuna parte agisce per determinare il valore che cerca di affermare, ma è obbligata a farlo dialetticamente, attraverso una continua e reciproca contra-dizione che si rivela in tutta la sua radicale alternatività alla violenza (13). L’alternativa radicale è infatti tra un’interazione nella quale i discorsi mirano solamente all’eliminazione delle ragioni dell’altro, e una in cui il dire si fa ricostruzione dei vincoli sociali, e discorso comune, capace di superare l’originaria contrapposizione tra i discorsi individuali. Questa interpretazione del processo rinvia alla distinzione habermasiana tra agire strategico e agire comunicativo (14); è vero infatti che, a livello soggettivo, ciascun partecipante all’interazione processuale persegue esclusivamente i propri interessi, ovvero tende al riconoscimento della propria pretesa in termini di ragione, nulla o poco interessandogli di quanto l’altra parte possa essere intimamente convinta delle argomentazioni che vengono utilizzate. Tuttavia, il processo è strutturato in modo tale che uno scopo del genere, soggettivamente reale, non possa essere raggiunto se non attraverso modalità specificamente comunicative, attraverso cioè un’intera-

*qui donne voix à la relation interpersonnelle»; JACQUES, Dialogue exige: communicabilité et dialectique, in «Archives de philosophie du droit», 1984, vol. 29, p. 9.*

(13) Come giustamente notava Erik Weil, il discorso è l’unica alternativa alla violenza, se si escludono il silenzio e la rinuncia ad ogni comunicazione con l’altro; il che però rappresenterebbe una sorta di dissoluzione del vincolo sociale: «quand on n'est pas du même avis, il faut se mettre d'accord ou se battre jusqu'à ce que l'une des deux thèses disparaîsse avec celui qui l'a défendue», in E. WEIL, *Logique de la Philosophie*, Paris, 1996, p. 24. Nello stesso senso, Chaim Perelman: «Le recours à l'argumentation suppose l'établissement d'une communauté des esprits qui, pendant qu'elle dure, exclut l'usage de la violence. Consentir à la discussion, c'est accepter de se placer au point de vue de l'interlocuteur», C. PERELMAN, OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation: la nouvelle rhétorique*, Bruxelles, 1988, p. 73 (trad. it., *Trattato dell’argomentazione: la nuova retorica*, Torino, 2001).

(14) Si veda in particolare J. HABERMAS, *Teoria dell’agire comunicativo*, cit., cap. II, § 2.

zione che non si ponga sul piano della forza ma del confronto di ragioni<sup>(15)</sup>.

Con tutta evidenza però, non ci può essere un discorso comune – ecco il ruolo della lealtà come virtù – ove l'atteggiamento delle parti, al di là del rispetto della procedura, sia in se stesso manipolatorio e orientato alla sopraffazione, completamente incompatibile con l'ascolto e l'apertura alle ragioni dell'altra: il dovere di lealtà è dunque, precisamente, ciò che garantisce la possibilità che il processo sia il luogo del sorgere di questo discorso comune. Questo è davvero cruciale per il processo: non che i cuori si riconciliino o che i soggetti si mettano d'accordo (altrimenti il processo non sarebbe necessario e non arriverebbe neppure alla conclusione), ma che la decisione finale possa essere percepita come conseguenza di un discorso comune tra le parti, e che queste, nella decisione, possano conseguentemente riconoscersi.

La lealtà, in questa prospettiva, può certamente essere definita come il dovere di mantenere l'argomentazione sul piano razionale e dialogico, e dunque di condurla secondo modalità tali che in essa si possa originare un dire-comune sulla base dei detti individuali. In tal modo le parti dimostrano di riconoscersi reciprocamente, e si impegnano a mantenere il rapporto processuale su un piano di parità effettiva e non mistificata<sup>(16)</sup>. La lealtà, in tal

<sup>(15)</sup> Il processo, in quest'ottica, può essere allora tranquillamente inteso come una varietà di dialogo, seppure caratterizzata da un forte orientamento contraddittorio: C. LIÈVREMONT, *Le débat en droit processuel: contribution à une théorie général du débat*, Marseille, 2001, p. 250 ss., spec. p. 255 ss.; contra, si veda J.D. BREDIN, T. LÉVY, *Convaincre: dialogue sur l'éloquence*, Paris, 1977, p. 12: «Le dialogue de deux avocats qui s'affrontent à la barre, même s'ils se parlent, est un faux dialogue».

<sup>(16)</sup> Una prospettiva completamente diversa si ha ove si assuma che il processo sia una sorta di «gioco di storie», un gioco all'interno del quale le storie sono usate come mosse dai giocatori; qui il dire diviene atto di mero conflitto e contrapposizione, con l'unica finalità di prevalere sull'avversario, senza alcuna tensione verso la formazione di un dire comune e di un reciproco riconoscimento. In tale ordine di idee, del tutto illogica e incomprensibile diviene la previsione di un obbligo di lealtà fra le parti. Su questa prospettiva si veda comunque M. TARUFFO, *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, pp. 161-164.

modo, confina allora con la giustizia, e la slealtà è una fondamentale violazione della parità tra le parti, pur ove fosse ammantata da un fondamentale rispetto delle regole. Preservare la struttura dialogica e comunicativa del processo, imponendo alle parti di rispettarne la natura e di porsi in una condizione di disponibilità al confronto ed alla generazione di un discorso comune, e quindi ancora di essere leali e probi, significa pertanto porre una prima ma indispensabile condizione perché il processo sia una struttura di giustizia e di pacificazione.

*3. Lealtà e verità.* — In questa prospettiva si pone, ineludibile, il problema del rapporto fra la lealtà e la verità. A mio parere, e in modo molto sintetico, se è possibile (ma non facile) sostenere che le parti abbiano un obbligo di verità nel processo, almeno entro certi limiti<sup>(17)</sup>, è certamente possibile ritenere che abbiano il dovere di non mentire. Un dialogo menzognero, nel quale cioè i soggetti coinvolti possano fare affermazioni non veritieri, non è – semplicemente – un dialogo; potrebbe essere un confronto razionale, dato che la razionalità e la veridicità del discorso non stanno tra loro in rapporto di reciproca implicazione, attenendo l'una alla forma (nel senso di corretto rapporto di inferenza tra le parti del discorso) e l'altra alla sostanza di esso. Ma non sarebbe un dialogo. Mentire falsa la parità tra i dialoganti, poiché impedisce che possa prodursi un riconoscimento reciproco: chi mente, tipicamente, non ritiene l'altro pari a sé, non lo ritiene degno al punto da impegnarsi in una reale comunicazione; solo chi argomenta, e dunque non solo non mente ma giustifica il proprio dire, riconosce l'altro come «*partner* di eguale diritto della discussione»<sup>(18)</sup>, i cui argomenti hanno pari dignità rispetti ai propri e al quale le proprie pretese vano perciò giustificate.

<sup>(17)</sup> Si veda, soprattutto, M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino 2018: nel testo, anche grazie ad un'estesa analisi comparatistica, l'autore dimostra in modo convincente che il dovere di verità sia non solo compatibile con i principi del diritto processuale italiano, ma che sia pienamente in linea con il principio del giusto processo.

<sup>(18)</sup> K.O. APEL, *L'apriori della comunità della comunicazione e i fondamenti dell'etica: il problema d'una fondazione razionale dell'etica nell'epoca della scien-*

Tuttavia, se riduciamo la lealtà alla forma dell’agire delle parti, e la verità al contenuto di ciò che dicono, tra queste due dimensioni si crea una distanza difficilmente colmabile, perché si pongono su piani del tutto differenti, irriducibili e non confrontabili tra loro. Al contrario, se la lealtà attiene – come ho cercato di dimostrare fin qui – non tanto alla forma dell’agire né al contenuto di esso, quanto alla relazione (al tipo di relazione) che si costruisce con l’altro, l’eventualità di un rapporto tra lealtà e verità, e la possibilità di un’implicazione reciproca tra queste due dimensioni, diventa in qualche modo plausibile.

Una prospettiva a mio avviso promettente, per cogliere il nesso tra dovere di lealtà e verità (e i limiti in cui tale nesso sia accettabile), è quella kantiana, in particolare laddove si metta bene a fuoco il noto interdetto kantiano nei confronti della menzogna<sup>(19)</sup>. Nella prospettiva kantiana, la menzogna va rifiutata indipendentemente dall’utile che da essa possa derivare, anche ove tale utile sia quello del soggetto cui essa è diretta. Ricordiamo infatti che la menzogna, per Kant, necessita solo della consapevole volontà che la esprime<sup>(20)</sup>, in ciò distinguendosi dall’errore, e nulla importa

za, in «Comunità e comunicazione», 1977, p. 239. Soprattutto, su questo necessario riconoscimento reciproco, sul piano ontologico e assiologico, che si deve compiere nella relazione giuridica, v. F. D’AGOSTINO, *Il diritto come problema teologico*, Torino, 1997, p. 219 ss.: la veridicità fa riferimento, per l’autore, alla situazione relazionale all’interno della quale si colloca l’agire giuridicamente rilevante, e presuppone il riconoscimento della fondamentale parità dei soggetti coinvolti; la menzogna, assumendo la forma dell’inganno e dunque dell’atteggiamento dell’essere-contro, è fondamentalmente antigiuridica.

<sup>(19)</sup> Mi riferisco al saggio I. KANT, *Su un preteso diritto di mentire per amore degli uomini*, in ID., *Scritti di storia, politica e diritto*, Roma-Bari, 1995, p. 209 ss., nonché in ID., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, trad. it. di G. Solari e G. Vidari, Torino 1995, p. 359 ss.; su questo aspetto del pensiero kantiano, si vedano G. GEISMANN, H. OBERER, *Kant und das Recht der Lüge*, Würzburg, 1986, nonché A.M. GUILLAUME, *Mal, mensonge et mauvaise foi: une lecture de Kant*, Namur, 1995. Per un’indicazione bibliografica sul pensiero di Kant, si veda, oltre al volume da ultimo citato, anche V. MATHIEU, *Studi kantiani degli ultimi vent’anni (1956-1965)*, in «Cultura e scuola», 1966, vol. 17, p. 227 ss.

<sup>(20)</sup> I. KANT, *Su un preteso diritto di mentire per amore degli uomini*, cit., p.

che rechi un danno ad altri, contro la tradizione classica per cui «*mendacium est falsiloquium in praeiudicium alterius*». Secondo Kant la menzogna va rifiutata perché – letteralmente – nuoce alla «fonte stessa del diritto»: essa rappresenta un’offesa generale al dovere e al principio di affidamento<sup>(21)</sup>, che, come Kant non manca di sottolineare, costituisce il fondamento e il presupposto logico di ogni coesistenza giuridicamente stabilita. In altre parole, si coglie in questa prospettiva ciò che l’analisi sociologica, molto più tardi, non mancherà di sottolineare<sup>(22)</sup>, ovvero che la fiducia nella verità delle affermazioni altrui è il fondamento e la garanzia per la stabilità dei rapporti, e che dunque mentire configura un’offesa al principio stesso del diritto; la menzogna, insomma, va

210: «La menzogna [è la] dichiarazione deliberatamente non vera nei confronti di un altro uomo».

(21) A tal proposito, è interessante riflettere su alcune osservazioni di carattere linguistico ed etimologico che Benveniste fa a proposito del concetto di fiducia e fedeltà; tra le altre cose, in particolare, egli nota che tanto la costruzione latina *fides est mibi apud aliquem*, tanto quella francese (e italiana) *j’ai confiance en quelqu’un*, seppure all’inverso, esprimono la medesima idea di affidamento intersoggettivo. Nella specie, in quest’ultima è l’io che affida qualcosa di sé all’altro, che dunque ne dispone, mentre nella costruzione latina si evidenzia una relazione inversa; e tuttavia in entrambe emerge che la fiducia implica un movimento di dono e di possesso, un deporre qualcosa di sé presso l’altro nella consapevolezza che costui ne avrà la disponibilità, sulla base di una relazione che si instaura tra i soggetti. Si veda E. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, París, 1969, vol. I, p. 117.

(22) Si pensi, tra tutti, a G. SIMMEL, *Sociologia*, Milano, 1989, p. 296; N. LUHMANN, *La fiducia*, Bologna, 2002, p. 79 ss.; peraltro, un tale aspetto non era sfuggito nemmeno all’acume di San Tommaso, il quale scriveva: «*non autem possent homines ad invicem convivere nisi sibi invicem crederent, tamquam sibi invicem veritatem manifestantibus*»; v. TOMMASO D’AQUINO, *La Somma Teologica*, II-II, q. 109, a. 3. Sottolinea invece la possibilità che la menzogna possa essere *sociale*, nel senso di preservare il vincolo intersoggettivo, V. JANKÉLÉVITCH, *Traité des vertus*, vol. II, Paris-Montreal, 1970, pp. 467-468: distingue però tra il falso come dato noetico, ed il mentire come evento storicamente determinato e collocato in un contesto; ed è quest’ultimo che talvolta può rivelarsi positivo per le relazioni sociali. A tal proposito, uno spassoso elenco di situazioni nelle quali la menzogna si rivela proficua è offerto da J. LAURENT, *Du mensonge*, París, 1994: «*Pour vivre agréablement notre vie, nous avons besoin du mensonge*» (p. 43).

condannata non per i danni che in concreto può produrre (ciò che la renderebbe ammissibile ove sortisse effetti positivi), ma perché rende la coesistenza umana «di principio non pensabile»<sup>(23)</sup>. In questa prospettiva, la parte può tacere, onde non produrre gli elementi o rendere dichiarazioni a sé sfavorevoli, ma non ha il diritto di mentire, essendo tenuta al medesimo rispetto della verità dei fatti al quale chiunque è obbligato.

V'è più di questo, tuttavia. Se si vuole comprendere il legame fra la lealtà e la verità è necessario superare una interpretazione puramente lessicale della verità<sup>(24)</sup>, ovvero l'idea che la verità abbia a che fare unicamente con il contenuto di ciò che si dice, e non con il contesto nel quale si parla, e più precisamente con la relazione all'interno della quale si comunica qualcosa.

In effetti, è la riduzione del linguaggio a mero veicolo di contenuti e di strategie, a mero mezzo espressivo per la comunicazione di situazioni, pensieri, concetti, ad essere insoddisfacente. Il linguaggio, nel processo<sup>(25)</sup> (e in generale nell'esperienza umana),

<sup>(23)</sup> F. D'AGOSTINO, *Il diritto come problema teologico*, cit., p. 250. Sul legame tra la verità e la fiducia, e dunque su un'interpretazione della verità nel senso dell'autenticità, si veda B. WILLIAMS, *Les vertus de la vérité*, in *Le respect: de l'estime à la déférence. Une question de limite*, a cura di C. Audard, Paris, 1993, p. 188; come giustamente l'autore non manca di sottolineare, al di là del fatto di intendere la verità come corrispondenza o meno, non sono però rinunciabili le «virtù della verità», e cioè l'esattezza, la sincerità, l'autenticità, le quali fanno della verità il fondamento della coesistenza umana, e la rendono l'unica alternativa alla logica brutale del potere.

<sup>(24)</sup> Sulla pochezza di una tale prospettiva, che riduce il *logos* alla parola che lo esprime, e che priva completamente il linguaggio delle sue valenze mistiche, si veda F. D'AGOSTINO, *Il diritto come problema teologico*, cit., p. 241 ss.

<sup>(25)</sup> Per un'analisi del linguaggio del diritto si vedano, seppure in una prospettiva differente, U. SCARPELLI, P. DI LUCIA, *Il linguaggio del diritto*, Milano, 1994; P. RESCIGNO, *Su diritto e linguaggio: tre considerazioni*, in «Giurisprudenza italiana» 1998, p. 1078 ss.; M. BARBERIS, *Il diritto come discorso e come comportamento*, Torino, 1990. Sul ruolo della parola nella relazione giuridica si veda SAVARESE, *Il diritto nella relazione*, Torino, 2000, p. 212 ss.; B. ROMANO, *Ragione giuridica e ragione procedurale*, in *Giustizia e procedure*, a cura di M. Basciu, Milano, 2002, p. 56 ss.; sulla dialogicità costitutiva del nostro essere-nel-mondo si veda S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza: linee di ontofenomenologia giuridica*, Milano, 1991, pp. 75-76; un'analisi di questo aspetto del pensiero di Cotta è

non è mai difatti un mero strumento per trasferire contenuti di pensiero, ma è l'orizzonte entro il quale si costruisce quella particolarissima relazione che è, appunto, il rapporto processuale. Il dire, perciò, nel processo ha sempre il valore del chiedere, o del rispondere, o del contestare, quantomeno se si fa riferimento alle parti; a differenza del testimone, o del perito, che con il loro dire si limitano ad affermare o a dichiarare, la parte non può, proprio perché «parte», che fare costante riferimento all'altra parte e alle affermazioni che propone. La parte, per essere tale, ha sempre dinanzi a sé una contro-parte, e con essa costituisce una relazione conflittuale che è l'orizzonte per il riconoscimento delle proprie pretese<sup>(26)</sup>.

Se il linguaggio ha essenzialmente il valore di costituire un orizzonte relazionale, all'interno del quale manifestare le pretese soggettive, lo stesso contenuto delle affermazioni dei parlanti va interpretato con riferimento alla relazione dalla quale trae il suo senso; come sottolinea giustamente Gadamer, «ogni proposizione ha il suo orizzonte nella situazione e una funzione nell'interpellare»<sup>(27)</sup>, ed è rispetto a tale relazione (intesa in senso non meramente contingente, come questa-relazione-qui, ma nel senso di struttura del rapporto, ad esempio del rapporto processuale) che deve essere valutato anche il suo portato di verità o di falsità<sup>(28)</sup>. Così, in una relazione conflittuale, qual è quella che si manifesta nel processo, consentire alla parte di non rappresentare quei fatti che, essendo

fornita da A. ANDRONICO, *Note sul rapporto violenza/diritto/comunicazione*, in «Rivista italiana di filosofia del diritto», 1994, p. 315.

<sup>(26)</sup> In tal senso, Carnelutti sottolinea giustamente che «il concetto di parte, rispetto a quello di tutto, è un *posteriorius*, e che perciò mentre il “tutto” è solo, “la parte non è mai sola. (...) parti sono dunque gli uomini in quanto si trovano l'uno di fronte all'altro in situazione di conflitto di interessi»: F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, pp. 51-53.

<sup>(27)</sup> H.G. GADAMER, *Che cos'è la verità?*, in «Rivista di filosofia», 1956, vol. XLVII, n. 3, p. 64.

<sup>(28)</sup> Che la verità sia «attinente alla relazione tra le parti», e solo tramite questa al «fatto», è anche idea di A. GIULIANI, *Il concetto di prova: contributo alla logica giuridica*, Milano, 1987, p. 15. Il nesso tra verità e realtà, intesa come coscienza della situazione e della relazione di riferimento, è un aspetto sul quale ha molto insistito anche D. BONHOEFFER, *Eтика*, Milano, 1969, p. 307 ss.

incompatibili con l'interpretazione dei fatti che questa propone, siano per lei pregiudizievoli, ha precisamente questo significato: non si tratta di un'incomprensibile tutela del diritto di mentire o di mistificare la realtà, ma di comprendere la struttura della relazione all'interno della quale si colloca l'azione, e sulla base di essa cogliere il senso delle affermazioni di ciascuno dei soggetti coinvolti<sup>(29)</sup>.

Se, come abbiamo detto, lo scopo del processo è la ricerca e la costruzione di una verità comune fra le parti, tale che possa costituire un effettivo superamento delle verità in conflitto rappresentate da esse<sup>(30)</sup>, l'affermazione kantiana secondo la quale la menzogna «danneggia l'umanità in generale»<sup>(31)</sup> perché «rende inservibile la fonte stessa del diritto» riconosce in modo lucidissimo che la verità e la coesistenza sono tra loro inseparabili: non c'è coesistenza che possa fondarsi e reggersi sulla menzogna, non c'è verità la cui condivisione non crei un vincolo coesistenziale. La verità della quale possiamo parlare a proposito delle parti ha a che fare con la loro relazione, più che con il contenuto di ciò che viene detto, fa riferimento al «plesso obiettivo che coinvolge chi parla, chi ascolta e ciò di cui si parla»<sup>(32)</sup>. Dunque, la verità fa riferimento alla lealtà, e al modo in cui essa qualifica l'interazione.

La lealtà impone alle parti un rispetto della verità, non in una prospettiva lessicale (come obbligo di dire qualcosa o di non dirlo), ma in una prospettiva relazionale: impone alle parti di rispettare la verità della pratica processuale. Questa affermazione va precisata: il problema della verità di una pratica è relativo alla realizzazione delle «condizioni di praticabilità necessarie perché

<sup>(29)</sup> In altro senso si veda V. VITALE, *Verità diritto e persona: saggi sull'esperienza giuridica processuale*, Catania, 1984, p. 32 ss., secondo cui la coercizione alla verità sarebbe inammissibile perché, annullando «la libera moralità dell'accusato» annullerebbe con essa «la verità del diritto e della sua struttura autonoma», sacrificandolo alla ragione politica.

<sup>(30)</sup> Così S. COTTA, *La testimonianza giuridica: sui generis o humani generis?*, in «Archivio di filosofia», 1972, p. 19.

<sup>(31)</sup> I. KANT, *Su un preso diritto di mentire per amore degli uomini*, cit., p. 210.

<sup>(32)</sup> F. D'AGOSTINO, *Il diritto come problema teologico*, cit., p. 240.

possa ritenersi esistente e operante una pratica sociale»<sup>(33)</sup>; in questo senso, può dirsi vero a proposito della pratica-processo tutto ciò che fa sì che essa sia proprio questo genere di pratica e non un altro, tutto ciò che fa di un'interazione conflittuale un vero e proprio processo. Di conseguenza, la verità di un'azione o di un'affermazione vanno valutate nell'ottica di una loro conformità con la struttura del processo, sì che saranno giudicate vere quelle che non snaturano il processo medesimo, degradandolo, ad esempio, a mero scontro di forze<sup>(34)</sup>.

Ora, posto che il processo è un'interazione conflittuale e pubblica, orientata a costruire una verità comune alle parti e tutelare la coesistenza civile, l'interazione fra le parti è vera quando è conforme a questa struttura. In altri termini, l'azione dei soggetti coinvolti nell'interazione dovrà essere tale da permettere alla pratica processuale di essere se stessa, senza rendere il processo il luogo di uno scontro di forze (economiche o retoriche), nel quale la ricerca di una verità comune e la salvaguardia della coesistenza sono del tutto marginali. Essere leali, per le parti, significa essere anche veridiche, perché in entrambi i casi si tratta di far sì che il processo non sia un mero conflitto, e possa effettivamente condurre alla formulazione di un discorso comune, nel reciproco riconoscimento tra i soggetti in causa. Il dovere di verità può pertanto considerarsi assorbito dal dovere di lealtà posto dall'art. 88 cod. proc. civ.; nel senso, ormai chiaro, che nonostante la parte non sia affatto tenuta ad agire contro se stessa, deve tuttavia rispettare la struttura della relazione processuale, la quale le impone di dialogare con la controparte su un piano di parità, e contemporaneamente costringe entrambe a orientare la loro azione verso la formulazione pubblica di un discorso comune.

<sup>(33)</sup> F. D'AGOSTINO, *Il diritto come problema teologico*, cit., p. 171.

<sup>(34)</sup> In questo, secondo un'osservazione di Resta, si radica la differenza tra conflitto (che è alla base della lite giudiziaria) e dissidio: il dissidio divide soltanto, non ha e non cerca un terreno comune, il conflitto pone gli attori in un orizzonte comune, all'interno del quale la loro relazione si rivela frutto di simmetria e reciprocità: E. RESTA, *Il giudice e i suoi conflitti*, in *Giustizia e procedure*, a cura di M. Basciu, cit., pp. 198-200.

4. *La lealtà, oggi.* — Vale domandarsi, a questo punto, se tale orientamento dialogico del processo, e dunque tale significato del dovere di lealtà e probità, siano ancora oggi plausibili, se non addirittura possibili. Una domanda del genere deriva dalla consapevolezza che norme come quella espressa nell'art. 88 cod. proc. civ., per la loro natura non tecnica, o più esattamente in ragione del loro contenuto etico-deontologico, sono direttamente condizionate non solo dal modo in cui la prassi processuale è disciplinata, ma anche da come essa è concretamente agita. Entrambe queste cose sono mutate, negli anni, e non poco. È mutato l'ordinamento processuale, in molte parti fondamentali, ma soprattutto è mutato il contesto socio-culturale nel quale le parti processuali agiscono ed entrano in relazione.

I processualisti sanno quanto le riforme del processo, e da ultimo la c.d. riforma Cartabia, abbiano inciso sull'impianto originario del processo civile<sup>(35)</sup>. Non ho le competenze, né questo è il luogo, per commentare in dettaglio, e nello specifico, tali interventi di riforma. Come è stato correttamente notato<sup>(36)</sup>, si è trattato spesso di una legislazione scarsamente attenta ai profili comparativi, che ha perseguito e fomentato l'illusione che interventi *top down*, e di riforma normativa «a costo zero», fossero in grado di risolvere il problema, di per sé. Da un lato, tale convinzione ha portato «a sventolare le riforme approvate come se fossero già la soluzione e (...) a disinteressarsi completamente dei risultati (positivi o negativi) che, quelle stesse riforme, hanno prodotto»

<sup>(35)</sup> Sulle riforme si vedano, tra i molti contributi pubblicati negli ultimi anni, A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, Torino, 2023; *La riforma del processo civile*, a cura di D. Dalfino, speciale de «Il foro italiano», n. 4/2022, Città di Castello, 2023; *Il processo civile dopo la riforma*, a cura di C. Cecchella, Bologna 2023; P. BIAVATI, *L'architettura della riforma del processo civile*, Bologna, 2021; B. SASSANI, *Il codice di procedura civile e il mito della riforma perenne*, in «Rivista di diritto processuale», 2012, p. 1429 ss.; in una prospettiva non limitata all'ordinamento italiano si veda A. DONDI, *Considerazioni minime in tema di metodologie delle riforme processuali*, in *Derecho, Justicia, Universidad: Liber Amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Madrid, 2016, p. 1115 ss.

<sup>(36)</sup> V. ANSANELLI, *Filosofie di riforma della fase preparatoria nel processo civile*, Genova, 2021, p. 6 ss.

(<sup>37</sup>). Dall’altro, è caduto quasi nel vuoto l’invito di una parte della dottrina a considerare che l’inefficienza della giustizia civile abbia radici strutturali e gestionali, più che normative, e che pertanto «le effettive innovazioni nell’amministrazione della giustizia non sono quelle che riguardano le regole di procedura, ma quelle che hanno per oggetto l’ordinamento giudiziario» (<sup>38</sup>).

Pare comunque evidente che nella maggior parte dei casi l’obiettivo sia stato quello di rendere più efficiente il processo, di volta in volta semplificando alcune fasi o procedure, rendendo più rapide e meno dispersive altre fasi, trasferendo alcuni atti dall’udienza alla trattazione scritta, e così via (<sup>39</sup>). L’obiettivo del legislatore – forse non l’unico ma certamente uno dei principali, e peraltro esplicito perché negoziato con le autorità europee – è stato quello di giungere ad una riduzione dell’arretrato e dei tempi di definizione dei processi civili. Così ad esempio, nella fase introduttiva del giudizio di primo grado, le nuove disposizioni segnano il passaggio da uno schema ancora ancorato alla centralità del modello della cognizione ordinaria definito dagli artt. 163 ss. cod. proc. civ. (già in parte ridotta nelle forme del processo semplificato di cognizione *ex art. 281-decies* ss. cod. proc. civ.) a un sistema nel quale, in considerazione della variabile complessità della controversia, un rito più strutturato e complesso si alterna a un procedimento semplificato, per alcuni versi simile al rito del lavoro.

Non è certamente solo l’ordinamento processuale ad essere mutato. Come detto, è mutato il contesto, ed è mutato anzitutto con riferimento a due profili, peraltro legati fra loro. Da un lato, è aumentato il contenzioso, con numeri vertiginosi che non paiono in alcun modo ridursi e che finora nessun intervento legislativo o organizzativo è stato in grado di fronteggiare efficacemente. Dall’altro lato, è aumentata in modo altrettanto vertiginoso la complessità sociale, soprattutto rispetto agli anni in cui l’impian-

(<sup>37</sup>) A. CARRATTA, *Sull’ennesima ed inutile riforma del processo civile*, in <www.treccani.it>, 7 gennaio 2020.

(<sup>38</sup>) V. DENTI, *Introduzione*, in *Le riforme della giustizia civile*, 2<sup>a</sup> ed., a cura di M. Taruffo, Torino, 2000, p. 1.

(<sup>39</sup>) Si veda, sul tema, F. LOCATELLI, *Il giudice virtuoso: alla ricerca dell’efficienza del processo civile*, Napoli, 2020.

to processuale veniva definito, e il dovere di lealtà formulato. La complessità sociale, come insegna la dottrina sociologica e politologica, è una funzione del numero e della varietà degli elementi della società in questione (individui, ruoli sociali, gruppi, associazioni, sotto-sistemi analitici e concreti dei sistemi sociali di base, eccetera), delle relazioni di scambio informazionale, materiale e simbolico tra tali elementi, e delle relazioni di scambio tra questi e l'ambiente<sup>(40)</sup>. Quanto più queste variabili sono elevate, numerose ed estese, tanto più diventa difficile – se non impossibile – elaborare descrizioni di tale società, e modelli di comprensione della stessa<sup>(41)</sup>. Per ciò che ci riguarda, l'aumento della complessità, e le minori – o meno efficaci – possibilità di disciplina, determinano un incremento del grado di conflittualità macro e micro di una società, e dunque il contenzioso che essa produce. Da questo punto di vista, l'Italia di oggi è ovviamente non comparabile, quanto a complessità, all'Italia di settanta anni fa.

È però interessante notare che questo fenomeno ha prodotto uno spostamento culturale importante nella c.d. funzione *sociale* del processo; tale funzione, nella prima metà del secolo scorso (e dunque nell'orizzonte culturale che ha portato all'elaborazione del codice di rito) era intesa essenzialmente come capacità del processo di realizzare il fondamentale interesse della collettività ad una tutela giurisdizionale dei diritti in maniera giusta, efficiente ed effettiva<sup>(42)</sup>. Il processo realizzava l'interesse sociale alla composizione delle liti, e dunque era funzionale alla tenuta stessa del legame sociale. È questa, più o meno, la strada indicata da Chiovenda<sup>(43)</sup>, in una lettura pubblicistico-sociale del processo:

<sup>(40)</sup> L. GALLINO, *Complessità sociale*, in *Encyclopédia italiana di scienze, lettere ed arti*, V Appendice. Cfr. anche il volume *Le società complesse*, a cura di G. Pasquino, Bologna, 1983.

<sup>(41)</sup> D. ZOLO, *Democracy and complexity: a realist approach*, Cambridge, 1992.

<sup>(42)</sup> Così M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, pp. 18 ss., 163 ss. e 207 ss.; Id., *Il processo come fenomeno sociale di massa*, in Id., *Giustizia e società*, Milano, 1972, p. 225 ss.; V. DENTI, *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971, p. 69.

<sup>(43)</sup> G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 3<sup>a</sup> ed., Napoli, 1923, p. 67 ss.

egli sottolineava la «grande importanza politico sociale del processo» non solo «per la funzione ch’esso ha di accertare e attuare la volontà della legge», ma anche «per la molteplicità dei bisogni a cui provvede (...) per gli interessi sopra cui passa (...); per la lotta di pensiero che in esso si svolge; per il rapporto fra il potere pubblico e i cittadini che in esso vive»<sup>(44)</sup>. Come si vede, è questa una visione perfettamente coerente con l’interpretazione della lealtà in senso etico, e non formalistico, e con l’idea che tutto il processo debba strutturarsi, e mantenersi, come luogo di un confronto dialogico e non strumentalizzante fra parti che si riconoscono reciprocamente come partner della comunicazione.

Mi pare che oggi la funzione sociale del processo sia intesa in modo del tutto diverso: soprattutto nell’ottica delle più recenti riforme, e del loro orientamento alle finalità del Piano nazionale di ripresa e resilienza, il processo diventa un fattore essenziale del benessere sociale, soprattutto in una prospettiva economica di miglioramento dell’economia e del mercato. Tale lettura non nega la precedente, ovviamente, ma si affianca ad essa, fino quasi ad oscurarla. Autorevole dottrina ha giustamente rilevato come la crisi del *welfare state* degli anni Ottanta del XX secolo e la conseguente riduzione dell’impegno statale per il benessere sociale abbia favorito il passaggio a tale nuova concezione della funzione sociale del processo<sup>(45)</sup>. In questa prospettiva, gli interventi di riforma sono stati pressoché tutti orientati ad una visione efficientista del processo, in relazione ai poteri direttivi del giudice, al rafforzamento del sistema delle preclusioni, al rafforzamento di meccanismi e sanzioni per evitare forme di abuso processuale. Il processo è un meccanismo di risoluzione dei conflitti che favorisce il benessere economico complessivo e il funzionamento del

<sup>(44)</sup> Sul tema si vedano A. SCERBO, *Tecnica e politica del diritto nella teoria del processo: profili di processualisti italiani contemporanei*, Soveria Mannelli, 2000; E. FAZZALARI, *Chiovenda e il sistema di diritto processuale civile*, in «Rivista di diritto processuale», 1988, p. 287 ss.; M. TARUFFO, *Sistema e funzione del processo civile nel pensiero di Giuseppe Chiovenda*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1986, p. 1133 ss.

<sup>(45)</sup> A. CARRATTA, *La «funzione sociale» del processo civile, fra XX e XXI secolo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2017, p. 1 ss.

mercato, ma che proprio in tale ottica deve essere «tarato» sulle esigenze di rapidità e immediatezza tipiche del sistema economico: un processo lento è un costo che il sistema economico di una moderna economia di mercato non si può permettere.

Secondo alcuni studiosi, questa nuova interpretazione della funzione sociale del processo, e la conseguente attenzione alla rapidità e all'efficienza, avrebbero prodotto, soprattutto in riferimento alla questione dell'abuso, una paradossale ondata moralizzatrice, volta a introdurre indebitamente elementi etici nel meccanismo processuale. Si sarebbe scaricato sulle parti, in altri termini, l'onere di velocizzare il sistema processuale (imponendo di non abusare di esso), moralizzando una questione che in effetti è di sistema, e che spetta al legislatore risolvere, e al giudice attuare<sup>(46)</sup>. Mi pare che questa lettura non sia del tutto corretta; non parlerei di una tendenza verso la moralizzazione del processo (al di là di questioni su cosa significhi davvero moralizzare), perché si è per lo più trattato di interventi volti a rendere più efficiente il processo, più rapido, in una prospettiva che ha molto di economico e pochissimo di morale. Sarà pur vero che parlare di abuso del processo – come notava Taruffo – può far pensare che alle parti si impongano vaghi e imprecisi oneri di tipo morale; resta però che l'obiettivo generale non è in alcun modo morale, o moralistico, ma economico.

Si è insomma cercato, in modo quasi ossessivo, di rendere più efficiente il rapporto costi-benefici del meccanismo processuale, non certo di renderlo più morale. E come detto, questa ricerca dell'efficienza è coerente con la nuova interpretazione economicistica della funzione sociale del processo. Certo, so bene che l'esigenza di un processo efficiente e rapido non è di oggi. Già Chiovenda, quando esponeva nei suoi scritti i principi ai quali si sarebbe dovuto ispirare il nuovo processo civile moderno – e cioè i principi dell'oralità, della concentrazione e della

<sup>(46)</sup> M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di «abuso del processo»*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, vol. V, p. 1117 ss.; ID., *L'abuso del processo: profili generali*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2012, p. 117 ss.

immediatezza – elaborava nel Progetto del 1919 lo schema di un processo capace di dare vita ad una giustizia «rapida, pronta ed economica»<sup>(47)</sup>, sotto la direzione e l’impulso dell’organo giurisdizionale. Il modello di un processo orale, concentrato e immediato, caratterizzato dall’attribuzione al giudice di una «posizione centrale d’organo pubblico interessato a rendere giustizia nel modo migliore e più pronto possibile»<sup>(48)</sup>, rispondeva a questa finalità, e consentiva di tenere insieme le due funzioni essenziali del processo viste prima<sup>(49)</sup>. Tuttavia, l’equilibrio fra funzioni e finalità realizzato nel modello di Chiovenda è oggi frantumato. L’incremento esponenziale del contenzioso, legato alla litigiosità di una società effettivamente molto più complessa, malfunzionante (per ragioni sociali e politiche), e difficile da regolare (per ragioni giuridiche e culturali), ha rotto l’equilibrio e spostato l’obiettivo dell’azione processuale verso l’efficienza più che verso la tenuta del legame sociale.

Allo stesso tempo, la durata eccessiva dei processi (conseguenza, anzitutto, di questo aumento del contenzioso) ha progressivamente attenuato la rilevanza del principio di oralità, e non solo per ragioni di efficienza e riduzione dei tempi processuali: l’eccessiva durata dei processi è infatti di per sé un ostacolo all’oralità non perché schiaccia necessariamente la comunicazione processuale sul piano documentale, indebolendo il requisito della concentrazione, ma proprio perché ostacola l’attuazione di un vero e proprio dialogo processuale. Il principio di oralità infatti, è stato giustamente rilevato, non riguarda esclusivamente il modo in cui un dibattimento è organizzato e condotto (su carta o a voce), ma coinvolge «l’essenza stessa del diritto processuale perché rinvia al modello, anche ideologico, che un dato ordine sociale si dà per la

<sup>(47)</sup> G. CHIOVENDA, *La riforma del procedimento civile*, in Id., *Saggi di diritto processuale civile*, Milano, 1993, vol. III, p. 320.

<sup>(48)</sup> G. CHIOVENDA, *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra*, in Id., *Saggi di diritto processuale civile*, cit., vol. II, p. 38.

<sup>(49)</sup> Su questo aspetto si veda A. CARRATTA, *La «funzione sociale» del processo civile*, cit., p. 8 ss.

tutela civile dei diritti»<sup>(50)</sup>. Esso non ha a che fare esclusivamente con una centralità della parola orale e una sua prevalenza sullo scritto, ma riguarda il modo in cui è strutturato l'intero svolgimento del processo, il ruolo del giudice e delle parti, e dunque il modo in cui una determinata società e cultura giuridica concepiscono il processo stesso. L'oralità – principio cui un ben più ampio discorso andrebbe dedicato – implica la costruzione di un dialogo finalizzato alla reciproca comprensione, alla chiarificazione, all'accertamento, e soprattutto richiede la leale collaborazione fra le parti per non ridursi alla mera retorica processuale<sup>(51)</sup>. Come scriveva Calamandrei, l'oralità distingue il processo da una mera gara di destrezza retorica perché lo rende una conversazione «tra persone di buona fede che cercano di chiarire i punti essenziali del loro dissidio e di spiegare direttamente al giudice, nel modo più semplice e migliore, le ragioni del loro dissidio»<sup>(52)</sup>.

Nel mutato orizzonte che ho sinteticamente descritto, e che la bulimia riformatrice del legislatore italiano continua a modificare, non resta molto spazio per un dovere di lealtà che sia – o pretenda di essere – qualcosa più di un mero *fair play*, un richiamo un po' inutile al rispetto delle regole del gioco. Non si tratta, in altre parole, di rifiutare letture moralizzanti dell'azione processuale, quanto di prendere atto del diverso contesto all'interno del quale tale regola deve essere interpretata. Una lettura del dovere di lealtà che lo intenda nella prospettiva del dialogo e del reciproco riconoscimento fra le parti – tale la lettura che ho proposto, e che almeno in teoria mi pare più coerente – è plausibile solo se esistono le condizioni oggettive perché un dialogo, e un riconoscimento reciproco, possano esserci. Di tali condizioni, alcune sono procedurali – la presenza di regole chiare, il dovere di verità e il divieto della menzogna, eccetera – ma altre sono ambientali, per così dire. Serve *tempo*, anzitutto, e serve una diffusa consape-

<sup>(50)</sup> C.V. GIABARDO, *Appunti tra storia e attualità sul «modello orale» nel processo civile*, in «Archivio giuridico», 2022, p. 133.

<sup>(51)</sup> V. ancora C.V. GIABARDO, *Appunti tra storia e attualità sul «modello orale» nel processo civile*, cit., p. 144.

<sup>(52)</sup> P. CALAMANDREI, *Sul progetto preliminare Solmi*, in Id., *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, 1965, p. 316.

volezza (una cultura) dell'importanza del processo per la tenuta del legame sociale, ovvero dell'idea che prima di tutto il processo serva a tutelare la coesistenza e il riconoscimento reciproco tra le parti, più che a produrre soluzioni in modo efficiente e rapido. Mi pare che, per varie ragioni, tali condizioni ambientali oggi non vi siano, e che molto difficilmente potranno esservi nel prossimo futuro, a prescindere dal successo delle riforme del codice di rito.

### Abstract

Il saggio analizza il dovere di lealtà delle parti nel processo, interrogandosi sul suo attuale significato alla luce delle trasformazioni del processo civile e del contesto socio-giuridico. L'autore propone una concezione forte della lealtà processuale come virtù pratica e come condizione dell'agire comunicativo: essa garantisce che il processo resti una struttura dialogica fondata sul reciproco riconoscimento, indispensabile alla formazione di un discorso comune che legittimi la decisione giudiziaria. In questa prospettiva, la lealtà viene strettamente connessa alla verità, sul presupposto che il dovere di non mentire, letto alla luce dell'interdetto kantiano sulla menzogna, sia un presupposto relazionale della coesistenza giuridica. Tuttavia, le recenti riforme processuali orientate all'efficienza della giustizia, unitamente all'aumento del contenzioso e alla crescente complessità sociale, avrebbero eroso le condizioni culturali e pratiche che rendono possibile tale modello, riducendo la lealtà a un mero principio formale privo della sua originaria portata etico-relazionale.

*The essay explores the parties' duty of loyalty in civil litigation, questioning its current significance in light of the changes affecting both civil procedure and the broader socio-legal context. The author proposes a robust conception of procedural loyalty as a practical virtue and a prerequisite for communicative action: it ensures that the process functions as a dialogical structure grounded in mutual recognition, which is essential for creating a shared discourse capable of legitimizing the judicial decisions. From this perspective, loyalty is closely tied to truth, based on the understanding that the duty not to lie – interpreted through Kant's prohibition of falsehood – forms a relational foundation for legal coexistence. However, recent procedural reforms prioritizing judicial efficiency, alongside the rise in litigation and increasing societal complexity, have undermined the cultural and practical conditions necessary for this model, reducing loyalty to a formal principle stripped of its original ethical value.*

VICENZO ANSANELLI

*Professore ordinario nell'Università di Genova*

## ETICA FORENSE E «LAW OF LAWYERING» PROSPETTIVE DI DIRITTO COMPARATO

SOMMARIO: 1. Assetto delle questioni coinvolte e peculiarità dell’approccio statunitense («l’ottica dell’avvocato»). – 2. «Consulting» e ruolo dell’avvocato nell’assunzione delle scelte strategiche per la gestione del conflitto. – 3. Responsabilità dell’avvocato e contenuto degli atti introduttivi. – 4. Timidi tentativi di riforma del codice deontologico forense italiano. – 5. Sintetiche considerazioni conclusive circa l’incidenza della disciplina etico-legale sulla riforma del processo.

1. *Assetto delle questioni coinvolte e peculiarità dell’approccio statunitense («l’ottica dell’avvocato»).* — Possono dirsi ormai riconosciuti anche nella nostra cultura giuridica il rilievo, le implicazioni, i riflessi e, in definitiva, la preponderante incidenza dell’assetto delle varie discipline deontologiche sul concreto ed efficiente funzionamento della giustizia civile. Ciò essenzialmente grazie agli studi comparativistici compiuti grossomodo nell’ultimo trentennio da una parte della nostra dottrina, che hanno avuto l’indubbio merito di evidenziare le diversità di approccio esistenti sotto tale profilo nei vari ordinamenti <sup>(1)</sup>). Anche se, pare il caso di dover subito aggiungere, si tratta di studi che non hanno avuto

<sup>(1)</sup> Come riferimento di base a questi temi, ancora oggi imprescindibile per quanto risalente, si veda G. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics: a Comparative Study*, Stanford, 2004 (anche in edizione italiana, Id. *Eтическая профессия: юридическая этика: один сравнительный подход*, Bologna, 2005, con traduzione di E. Lucertini).

una diffusione particolarmente ampia, restando in una certa qual misura ai margini del dibattito dominante nella nostra accademia e nella nostra professione legale<sup>(2)</sup>.

Tuttavia, sono proprio gli studi condotti con riguardo a tale ambito di problemi in prospettiva comparata che ci consentono oggi di disporre di alcune fondamentali coordinate. Ci si riferisce in particolare al fatto che:

a) le discipline deontologiche o di etica legale presenti nei vari ordinamenti non sono tutte uguali, ma presentano differenze sotto vari profili anche molto profonde: del resto, a segnalare tale diversità vi sono già le diverse denominazioni di volta in volta utilizzate (di deontologia forense, etica legale o *law of lawyering*, sulle quali si tornerà fra breve);

b) tali discipline non incidono soltanto sul rapporto fra l'avvocato e il proprio cliente, l'avvocato della parte avversaria o il giudice del caso concreto, ma si riflettono sulla complessiva efficienza del relativo modello di giustizia civile;

<sup>(2)</sup> Il riferimento alquanto esplicito è all'opera di Angelo Dondi, a partire dalle due monografie iniziali, A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985; e ID., *Introduzione della causa e strategie di difesa*, vol. I, *Il modello statunitense*, Padova, 1991, con le quali – in ragione dell'indagine comparatistica concernente l'ordinamento statunitense e non solo – viene sostanzialmente introdotto in Italia il tema dell'abuso del processo. Nel prosieguo verranno indicate altre opere del medesimo autore, i cui lavori costituiscono, nel panorama della dottrina processualcivilistica italiana fra XX e XXI secolo, una delle rare eccezioni di attenzione davvero penetrante e diffusa verso i temi dell'etica legale, della deontologia forense e della configurazione di diritti e doveri di giudice e avvocati nel processo. In una prospettiva parzialmente diversa, più di recente sul tema dell'elaborazione delle strategie processuali, si segnalano gli scritti presenti in *Tecniche e strategie difensive nel processo civile tra storia e attualità*, a cura di N. Donadio, A. Maniaci, Milano, 2019 (ivi si veda, ad esempio, A. GENTILI, *Introduzione*, p. 1 ss.; T. SALVIONI, *La tecnica di redazione degli atti introduttivi nei diversi modelli di rito di cognizione*, p. 253 ss.; C. SPACCAPELO, *La redazione chiara e sintetica degli atti processuali civili (in particolare quelli di impugnazione) tra protocolli, riforme e principi giurisprudenziali*, p. 297 ss.); in una prospettiva eminentemente storico-ricostruttiva, si veda R. BIANCHI RIVA, *La coscienza dell'avvocato: la deontologia tra diritto ed etica in età moderna*, Milano, 2015, p. 1 ss.

c) l'incidenza di queste diverse discipline sull'efficienza della giustizia civile è, a sua volta, profondamente diversificata;

d) tali differenze si percepiscono con particolare immediatezza avendo riguardo alla configurazione dello spettro di responsabilità dell'avvocato per i comportamenti assunti prima e durante il processo; e, ancor più, con riferimento all'individuazione dei soggetti a cui spettano i correlativi poteri sanzionatori e al luogo in cui tali sanzioni devono essere comminate.

Si tratta di una diversità di approccio che si percepisce particolarmente nel raffronto fra gli ordinamenti tradizionalmente catalogati come di *civil* o di *common law*; tanto da poter affermare senza soverchie incertezze che, a differenza di quanto accade per altri ambiti del processo, in questo contesto sembra conservare ancora oggi una significativa ragion d'essere la giustapposizione fra i due tradizionali macro-sistemi o famiglie processuali<sup>(3)</sup>.

In questo contesto di sostanziale non omologazione fra le discipline deontologiche presenti nei vari ordinamenti, una se non la principale peculiarità dell'approccio proprio degli ordinamenti di *common law* con riguardo a tale ambito di problemi può farsi consistere nella scelta di porre la figura dell'avvocato al centro dell'analisi dei problemi di funzionamento o malfunzionamento del processo civile. In quel mondo – e specie in una prospettiva di riforma del processo – particolare attenzione viene riservata a quella che è definita l'«ottica dell'avvocato»; a intendere la netta percezione dello stringente collegamento esistente fra l'efficienza (o l'inefficienza, appunto) di un modello di processo e le modalità di esercizio delle attività di difesa tecnica in giudizio. Ossia una visione di effettiva *law of lawyering* o, meglio e più ancora, di *ethi-*

<sup>(3)</sup> Ricorrente anche nella dottrina italiana è il rilievo dell'obsolescenza della giustapposizione netta fra sistemi di *common law* e di *civil law*. Soltanto per alcuni riferimenti a riguardo, si rinvia a M. TARUFFO, *Il processo civile di «civil law» e di «common law»: aspetti fondamentali*, in «Il foro italiano», 2001, V, c. 345 ss.; più di recente A. DONDI, *Problemi ricorrenti e impostazione metodologica*, in A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione: una prospettiva comparata*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2018, p. 5 ss.; analoghe considerazioni in N. TROCKER, *La concezione del processo di Franz Klein e l'attuale evoluzione del diritto processuale civile europeo*, in «Il giusto processo civile», 2012, p. 29 ss.

*cs of lawyering* come passaggio ineludibile per una seria riforma della giustizia civile<sup>(4)</sup>.

In effetti, anche di recente è stato ricordato che «dovrebbe essere sempre presente, sia nel legislatore sia negli utenti tecnici del processo, la consapevolezza che la riforma delle regole di procedura è importante, ma da sola non basta a produrre un sostanziale mutamento della giustizia civile». Del resto, anche la giurisprudenza europea ci ricorda che il riconoscimento in capo alle parti del diritto di agire e di difendersi non «può trarre con sé l'ulteriore e diversa implicazione che i poteri che vanno garantiti alle parti operano, in un certo senso, illimitatamente»<sup>(5)</sup>.

Proprio in questa prospettiva, lo sguardo al comportamento dell'avvocato prima e durante il processo come metodo di analisi e di indagine è stato, in altri ordinamenti, all'origine di un mutamento di prospettiva che ha condotto ad affrontare il tema del modo della difesa (*lawyering*, appunto) come elemento cruciale della dinamica processuale. Di qui, *à suivre*, il collegamento con l'elaborazione e in qualche misura la tipizzazione di modalità buone, corrette e, appunto, eticamente orientate di tale comportamento e altre che, non rispondendo a questi canoni o *standard* comportamentali, devono essere sanzionate in quanto abusive<sup>(6)</sup>.

<sup>(4)</sup> Per ulteriori riferimenti bibliografici sia consentito il rinvio a V. ANSANELLI, *Riforme dell'etica dell'avvocatura e riforma del processo civile*, in «Il giusto processo civile», 2021, p. 399 ss.; in tale scritto si riprendono considerazioni già svolte in precedenza da A. DONDI, *Spunti in tema di «legal ethics» come etica della difesa in giudizio*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1995, p. 261 ss.; G. HAZARD, A. DONDI, *Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law: Some Lingering Misconceptions Concerning Civil Lawsuits*, in «Cornell International Law Journal», 2006, vol. 39, p. 59 ss.; A. DONDI, *Doveri rispettivi di giudici e avvocati in common law e civil law: alcuni fraintendimenti ricorrenti in materia di controversie civili*, in «Rivista critica di diritto privato», 2020, p. 323 ss.

<sup>(5)</sup> Entrambi gli incisi nel testo sono tratti da N. TROCKER, *La concezione del processo di Franz Klein e l'attuale evoluzione del diritto processuale civile europeo*, cit., p. 60.

<sup>(6)</sup> Oltre alle indicazioni contenute nella nota 2, sul tema dell'abuso del processo imprescindibili appaiono – per limitarsi ai lavori della nostra dottrina – i riferimenti ad A. DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo*

In questa chiave, il riferimento a quanto storicamente accaduto nell'ordinamento statunitense appare del tutto emblematico e, in qualche misura, esemplificativo di questa specifica propensione ai modi della riforma del processo civile.

Per entrare immediatamente *in medias res* – e con riserva di tornare nel prosieguo sul punto – gli interventi che hanno riguardato il processo civile statunitense sul finire del XX secolo risultano estremamente emblematici di questo collegamento fra le riforme della giustizia civile e l'ammodernamento delle discipline di deontologia forense o di etica legale. Questi interventi sulla disciplina federale del processo civile (ci si riferisce, in particolare, agli *Amendments* delle *Federal Rules of Civil Procedure* del 1983) manifestano un profondo mutamento culturale riguardo alla funzione o alle funzioni attribuite all'avvocato; una trasformazione funzionale che può farsi consistere in un nuovo approccio collaborativo richiesto all'avvocato statunitense nella gestione delle attività processuali (e, nello specifico, delle attività di *discovery*). Si tratta di un mutamento sul cui sfondo si pone il progressivo abbandono di una funzione esclusivamente *partisan* dell'avvocato (di *hired gun* o «pistola a noleggio» nelle mani del cliente) in favore di una visione in qualche misura *ethical*, a intendere l'avvo-

civile, in *L'abuso del diritto*, a cura di G. Furgiuele, Padova, 1998, p. 459 ss.; A. DONDI, A. GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2007, p. 193 ss.; A. DONDI, *Qualche cenno all'abuso del processo civile con sintetici richiami alla singolarità del dibattito italiano*, in «Il giusto processo civile», 2021, p. 1 ss.; doverosi altresì i riferimenti a F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, Padova, 2000, vol. I, *Presupposti storici*, p. 1 ss.; L.P. COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in «Rivista di diritto processuale», 2008, p. 330 ss.; S. CHIARLONI, *Etica, formalismo processuale e abuso del processo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2014, p. 1281 ss.; M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2012, p. 117 ss.; M.F. GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012, p. 1 ss.; già in precedenza Id., *La meritevolezza della tutela richiesta*, Milano, 2004, p. 1 ss.; da ultimo diffusamente M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018, p. 209 ss.; in prospettiva comparata si vedano i contributi contenuti nel volume di *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, a cura di M. Taruffo, The Hague, 1999, p. 1 ss.

cato come un necessario collaboratore del giudice nella gestione efficiente delle attività processuali (e della fase di *pretrial*, in particolare) <sup>(7)</sup>.

Per converso, con riguardo allo stato delle cose nell'ordinamento italiano appaiono ancora oggi attuali i rilievi espressi con la consueta icastica limpidezza da Piero Calamandrei a metà dello scorso secolo; rilievi che per la loro pregnanza si intendono qui riportare: «esistono anche da noi, nei tribunali e nel Parlamento, certe regole di lealtà e di rispetto, le “regole del giuoco”, per così dire: ma ciascuno di noi sarebbe considerato un inetto se non ispirasse ogni suo atto alla sottintesa premessa che il suo interlocutore, anche quando fa mostra di voler osservare le regole del giuoco, in realtà astutamente si prepara a violarle» <sup>(8)</sup>.

Come si è detto, per il superamento di una simile prospettiva, il riferimento privilegiato all'ordinamento statunitense appare inevitabile. In quell'ordinamento, infatti, un ruolo fondamentale nella trasformazione del relativo modello processuale è stato rivestito dall'adozione di riforme fortemente caratterizzate da un *sanctioning approach* di comportamenti abusivi; riforme in effetti prevedenti un apparato sanzionatorio di grande efficacia, anche in quanto riferito specificamente all'avvocato, quale diretto destinatario delle stesse. Per altro verso, del tutto manifesta risulta la centralità della contestuale adozione della disciplina etico-professionale, realizzata mediante l'adozione delle *Model Rules of Professional Conduct* da parte dell'*American Bar Association*, sempre

<sup>(7)</sup> Quali indicazioni di base si vedano S. BURBANK, S. FARHANG, *Litigation Reform: An Institutional Approach*, in «University of Pennsylvania Law Review», 2014, vol. 132, p. 1583 ss.; O. CHASE, *American «Exceptionalism» and Comparative Procedure*, in «American Journal of Comparative Law», 2002, vol. 50, p. 277 ss.; R. MARCUS, *Putting American Procedural Exceptionalism into a Globalized Context*, in «American Journal of Comparative Law», 2005, vol. 52, p. 709 ss. Nell'ambito della dottrina italiana si veda nuovamente M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 211 ss.; e, da ultimo, sia consentito il riferimento a V. ANSANELLI, *L'«American Exceptionalism» nella trasformazione della fase di preparazione della controversia*, in «Politica del diritto», 2024, p. 287 ss.

<sup>(8)</sup> Cfr. P. CALAMANDREI, *La crisi della giustizia civile*, in ID., *Opere giuridiche*, vol. I, *Problemi generali del diritto e del processo*, a cura di M. Cappelletti, Milano, 1965, p. 579.

nel 1983. Una combinatoria di riforme processuali ed etico-legali che hanno all'evidenza segnalato con fermezza e con prontezza agli utenti tecnici del processo il mutato quadro di riferimento e la necessaria adozione di nuovi *standard* comportamentali. È, infatti, su questa mutata base che l'avvocato può essere ritenuto responsabile dei suoi comportamenti in sede processuale, ove non cooperante con la funzione di chiarificazione propria del *discovery* (<sup>9</sup>).

Anche in Italia, si ritiene, il coinvolgimento di una analoga prospettiva nel modo delle riforme sarebbe implicitamente (o anche esplicitamente) selettivo di alcuni temi come davvero cruciali, quali la questione del come l'avvocato chiarisce la posizione dell'assistito nella preparazione del conflitto; le correlate questioni del come l'avvocato imposta la difesa introducendo (o non introducendo) il processo; di come l'avvocato collabora alla selezione delle questioni; e, in definitiva, dell'interrelazione dell'avvocato nel prisma del processo, ossia del suo rapporto con l'avvocato di controparte e con il giudice. Rapporti tutti da considerare in funzione di una cooperazione processuale, se non altro nella prospettiva di una gestione efficiente della controversia, anche se ovviamente e imprescindibilmente all'interno del perseguitamento effettivo degli interessi del cliente e nei limiti del meccanismo processuale (<sup>10</sup>).

(<sup>9</sup>) Per alcuni riferimenti tradizionali si rinvia ad A. MILLER, *The Adversary System: Dinosaur or Phoenix?*, in «Minnesota Law Review», 1984, vol. 69, p. 684 ss.; E. SWARS, *Values, Ideology, and Evolution of the Adversary System*, in «Indiana Law Journal», 1989, vol. 64, p. 303 ss.; con riferimento all'impatto delle riforme delle *Federal Rules of Civil Procedure* realizzate negli anni Novanta del XX secolo, v. J. BECKERMAN, *Confronting Civil Discovery's Fatal Flaws*, in «Minnesota Law Review», 2000, vol. 84, p. 1675 ss.

(<sup>10</sup>) Fra i molti lavori già citati dell'autore, proprio su questa graduazione di prospettive concernenti tutte il funzionamento del processo ma *du cote de l'avocat*, si veda A. DONDI, *Conduite de l'avocat et loyauté procédurale: une tentative de mise à jour*, in *Mélanges en l'honneur de Jean Louis Bérgel*, a cura di J.-Y. Chérot, Bruylant, 2012, p. 867.

2. «*Consulting*» e ruolo dell'avvocato nell'assunzione delle scelte strategiche per la gestione del conflitto. — Bisogna anche aggiungere che, di recente, il principio della ragionevole durata del processo è stato utilizzato negli ordinamenti europeo-continentali come base «sociale» per ritenere doverosamente preclusi comportamenti che siano di ostacolo a una rapida risoluzione della controversia. E, in tale prospettiva, la nozione di *fairness* ha conosciuto uno sviluppo tra i più notevoli, fino a ricoprendere, accanto ad aspetti di oggettiva correttezza, anche ambiti di soggettiva lealtà. Talché, come è stato osservato, in numerosi ordinamenti non ci si limita più «a generiche esortazioni di principio o vaghe dichiarazioni esortative»<sup>(11)</sup>; procedendosi, per converso, a dettare norme specifiche dirette a prevenire e sanzionare comportamenti di utilizzazione distorta o a fini impropri della normativa processuale, reprimendo comportamenti che si pongano di intralcio a una corretta e rapida definizione della controversia.

In questa prospettiva, risulta da tempo acquisita nelle culture anglosassoni la centralità di un momento del tutto essenziale per l'effettiva configurazione del conflitto, coincidente in particolare con l'assunzione delle relative scelte strategiche. E si tratta, come in parte già anticipato, di un aspetto ancora oggi fortemente diversificante l'assetto degli ordinamenti di *common law* rispetto all'impostazione del problema in quelli di *civil law*. In questi ultimi, infatti – e pur con variegate per quanto profonde diversificazioni da ordinamento a ordinamento – non si tende ad attribuire autonomo rilievo al momento per così dire genetico del conflitto, coincidente con il contatto iniziale fra avvocato e cliente<sup>(12)</sup>.

<sup>(11)</sup> Cfr. N. TROCKER, *La concezione del processo di Franz Klein e l'attuale evoluzione del diritto processuale civile europeo*, cit., p. 65. A tale riguardo, e con specifico riferimento alla funzione «moralizzatrice» del processo, v. L.P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del «giusto processo»*, Torino, 2004, p. 23 ss.; Id., *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, cit., p. 330 ss.

<sup>(12)</sup> Su tali ambiti di problemi si rinvia ad A. DONDI, *Realtà evolutiva della professione legale italiana nel momento presente: sfide della globalizzazione, «glocalizzazione» e adeguatezza degli standard professionali*, in «Politica del diritto», 2008, p. 623; Id., *Etica dell'avvocatura, strategie difensive, conflitti di interesse e abuso nel processo civile*, in *Studi in onore di Vittorio Colesanti*, a

Si tratta dell'attività notoriamente definita in ambito anglosassone di *consulting* fra cliente e avvocato; momento, come è agevole intendere, assolutamente cruciale sotto diversi profili. In primo luogo, tale attività assume rilievo per l'individuazione delle modalità di instaurazione (o non instaurazione) della controversia: a partire dalla scelta circa la sua immediata giurisdizionalizzazione o, per converso, il possibile ricorso a una delle varie forme di *Alternative Dispute Resolution* predisposte dall'ordinamento (ossia l'acquisizione del cosiddetto «consenso al conflitto»). Ma assume anche rilievo in quanto è in questa sede che in genere risulta necessario procedere alla concreta individuazione dello strumento processuale da prescegliere per la più efficace tutela dei diritti del cliente in relazione alle caratteristiche della controversia<sup>(13)</sup>.

L'inevitabile consultazione fra avvocato e cliente all'origine della scelta concernente le modalità di gestione giudiziale del conflitto costituisce invero un elemento non ricorrentemente sondato, specie nella nostra dottrina. Ed è proprio in ragione del segnalato scarto esistente fra il rilievo attribuito negli ordinamenti di *civil law* a questo specifico ambito disciplinare rispetto a quanto invece realizzato nel mondo anglosassone che, per sondare tale spettro di problemi, apparirebbe opportuno riferirsi alla più articolata nozione di *legal ethics* di matrice anglosassone rispetto a quella di mera deontologia forense propria degli ordinamenti di *civil law* e, in particolare, di quello italiano<sup>(14)</sup>.

cura di D. D'Elia, Napoli, 2009, vol. I, p. 543; Id., *Economia, etica e avvocatura: implicazioni di fairness*, in «Diritto e pratica delle società», 2009, p. 13 ss.; Id., *Avvocatura e qualità del cliente-impresa: problemi di compliance o audit*, in «Compliance», 2009, vol. 3, p. 5 ss.; da ultimo, M. BINA, *La felicità dell'avvocato: diritto forense e processo civile*, Torino, 2024, p. 1 ss.

<sup>(13)</sup> Cfr. G. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics*, cit., p. 204 ss.

<sup>(14)</sup> Nell'ambito della letteratura italiana vi sono tuttavia alcune considerabili eccezioni. Il riferimento è, come già anticipato, alle opere di A. DONDI, *Spunti in tema di «legal ethics» come etica della difesa in giudizio*, p. 261 ss.; Id., *Realtà evolutiva della professione legale italiana nel momento presente*, cit., p. 623 ss.; Id., *Conduite de l'avocat et loyauté procédurale*, cit., p. 867 ss.; con specifico riferimento all'ordinamento deontologico forense italiano, v. G. SCARSELLI, *La legge professionale forense tra passato e futuro*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2012, p. 173 ss.; per un riferimento di carattere per

Si tratta, infatti, di una nozione che, come ampiamente noto, non ricomprende soltanto la determinazione degli obblighi che potremmo definire strettamente deontologici dell'avvocato nei confronti del cliente, dei colleghi o dei magistrati; estendendosi per converso la relativa definizione alla configurazione – in una prospettiva di effettiva *procedural ethics* – in capo all'avvocato dell'obbligo di adottare, prima e durante la gestione del conflitto, modalità comportamentali eticamente orientate e funzionali a perseguire l'innalzamento degli *standard* complessivi di efficienza della giustizia civile<sup>(15)</sup>.

Tuttavia, come si è già detto, ancor più che quella di *legal ethics*, la nozione che meglio sembra ricomprendere tutte le varie sfaccettature e implicazioni connesse al tema dei rapporti fra cliente e avvocato nella determinazione delle scelte strategiche da assumere per una gestione del conflitto coerente con il quadro di valori etico-giuridici di riferimento in un determinato ordinamento, appare quella di *law of lawyering*. In essa, infatti, si condensano non soltanto i profili sopra emarginati, ma vengono racchiusi anche quattro elementi fra loro strettamente interrelati, attraverso i quali pervenire a caratterizzare il ruolo dell'avvocato prima e durante il processo. Si tratta di parametri di riferimento che per la loro pregnanza evocativa qui si conserveranno nella loro originaria definizione inglese, di *adversariness*, *advocacy*, *partnership* e *candor*. Nozioni che, specie nella loro interazione, «compongono quell'area del diritto statunitense generalmente definita appunto *law of lawyering*, che assolutizza la tendenza da sempre presente in quell'ordinamento alla considerazione dei problemi del proces-

così dire istituzionale v. R. DANOVY, *Corso di ordinamento forense e deontologia*, 8<sup>a</sup> ed., Milano, 2008, p. 261 ss.; C. BARTOLINI, D. CONDELLO, *Ordinamento forense e deontologia: diritti e doveri dell'avvocato*, Torino, 2009, p. 159 ss.

<sup>(15)</sup> Cfr. G. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics*, cit., p. 233 ss.; solo a titolo di esempio di una produzione veramente ampia e risalente, si veda anche A. DONDI, *Etica dell'avvocatura, strategie difensive, conflitti di interesse e abuso nel processo civile*, cit., p. 545. Pur non costituendo il tema della configurazione di uno specifico obbligo di verità in capo all'avvocato specifico oggetto del presente lavoro, per le contingenze con il tema in argomento appare necessario rinviare nuovamente a M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 210 ss.

so nella prospettiva del difensore come *counselor* ma soprattutto come *advocate*, con specifico riferimento alla gestione della controversia in giudizio»<sup>(16)</sup>.

Si tratta di una definizione (quella di *law of lawyering*) particolarmente interessante in quanto inclusiva di una duplice prospettiva: una spiccatamente etico-professionale e l'altra prettamente processuale. Inoltre, partendo dall'incrocio fra queste due prospettive, con la nozione di *law of lawyering* si giunge invero a svilupparne anche un'altra e più vasta, riassumibile nella specifica attenzione a quella poc'anzi richiamata di «ottica dell'avvocato». Con ciò a intendere lo spettro di implicazioni – di carattere non solo individuale, ma anche di riflesso – sull'efficienza dell'intero sistema giudiziario delle scelte tattico-strategiche compiute dal difensore prima e durante il processo. Una centralità della figura dell'avvocato che, come ampiamente noto, negli Stati Uniti d'America si collega a un *mix* di ragioni sociologiche e prettamente processuali: ossia, per un verso, alla storia di quell'ordinamento come profonda rielaborazione della *common law of England* e, per altro verso, alla centralità della figura dell'avvocato nella società statunitense, dove «almeno da Tocqueville in poi, è spesso del tutto manifesta la coincidenza fra la *American Legal Profession* e l'aristocrazia della nazione»<sup>(17)</sup>.

<sup>(16)</sup> Cfr. A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa*, cit., p. 12; questo autore rielabora e analizza parametri definitori dei rapporti avvocato-cliente tipizzati, come egli stesso del resto segnala, in un fondamentale testo normativo a questo riguardo, ossia quello delle *Model Rules of Professional Conduct*. A riguardo v. G. HAZARD, W. HODES, *The Law of Lawyering: A Handbook on the Model Rules of Professional Conduct*, New York-Washington, 1985, p. 327 ss.; come noto, tale fondamentale testo è il risultato dei lavori della commissione presieduta da Robert Kutak: assume pertanto particolare rilievo il riferimento a R.J. KUTAK, *Evaluating the Proposed Model rules of Professional Conduct*, in «American Bar Foundation Research Journal», 1980, vol. 5, p. 1016 ss.; C. WOLFRAM, *Client Perjury: The Kutak Commission and the Association of Trial Lawyers on Lawyers, Lying Clients and the Adversary System*, in «American Bar Foundation Research Journal», 1980, vol. 5, p. 960 ss.; sull'opera di Robert Kutak, v. inoltre G. HAZARD, *In Memoriam. Robert J. Kutak. A Brief Appreciation*, in «Oklahoma Law Review», 1983, vol. 36, p. 309 ss.

<sup>(17)</sup> Cfr. A. DONDI, *Lealtà e conflitto di interessi nella prospettiva delle din-*

Come si diceva, costituisce supporto essenziale di tale approccio un dato normativo ormai assestato, ma al momento della sua emanazione del tutto dirompente, quale le *Model Rules of Professional Conduct* adottate sulla spinta della principale associazione di categoria, ossia l'*American Bar Association* statunitense. La visione che tali norme elaborano del ruolo dell'avvocato e dei suoi doveri etico-professionali costituisce infatti una significativa e forse radicale *departure* dall'idea strettamente *adversarial* entro la quale tradizionalmente veniva inserito il ruolo dell'avvocatura. Come è stato osservato, la *philosophy* di fondo alla base del movimento di riforma del *lawyering* che condurrà all'approvazione delle *Model Rules* può farsi consistere nell'attribuzione di un nuovo significato alla nozione di *efficiency* nella gestione delle attività difensive. Una nozione che diviene non più parametrata esclusivamente alla migliore conservazione possibile degli interessi del cliente (ossia di *competent representation*), ma si arricchisce di una prospettiva in un certo senso opposta: ossia implicante un criterio di efficienza riferito ad attività pubbliche e al suo ruolo di *officer of the court*. Un ruolo che impone all'avvocato di assumere atteggiamenti di collaborazione con il giudice per consentire un'efficiente definizione della controversia<sup>(18)</sup>.

Questo elemento modifica nel profondo non solo il referente normativo ma anche il *background* culturale dell'avvocato e dell'intera cultura giuridica statunitense in quanto – pur rimanendo presente una fondamentale idea di *adversariness* e *partnership* nell'attività di difesa – risulta da quel momento possibile fare an-

*miche processuali: un sintetico raffronto comparato nel momento della complessità*, in «Il giusto processo civile», 2018, p. 681.

<sup>(18)</sup> V. nuovamente A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa*, vol. I, cit., p. 250. Nell'ambito di una letteratura estremamente vasta, e per limitarsi a lavori contemporanei o di poco successivi all'approvazione delle *Model Rules of Professional Conduct*, si veda J.L. MAUTE, *Sporting Theory of Justice: Taming Adversary Zeal with a Logical Sanctions Doctrine*, in «Connecticut Law Review», 1987, vol. 20, p. 13 ss.; E.R. GAETKE, *Lawyers as Officers of the Court*, in «Vanderbilt Law Review», 1989, vol. 42, p. 39 ss.; R. MARTINEAU, *The Attorney as Officer of the Court: Time to Take the Gown off the Bar*, in «South Carolina Law Review», 1984, vol. 35, p. 541 ss.

che riferimento ad altre impostazioni meno drasticamente riferite all'idea di una giustizia del tutto conflittuale e, quindi, basicamente *adversarial* (19).

Le *Model Rules of Professional Conduct* configurano in capo all'avvocato un nuovo tipo di *accountability*, termine che qui viene utilizzato a intendere il raccordo in termini di responsabilità e fiducia fra le posizioni del cliente e i correlativi doveri del difensore tecnico. In linea di estrema sintesi, con l'adozione delle *Model Rules of Professional Conduct* – la cui emanazione, come pure si è già detto, risulta contestuale ai fondamentali *Amendments* delle *Federal Rules of Civil Procedure* del 1983 – si registra il passaggio da un'idea di *accountability* essenzialmente nei confronti del proprio cliente all'idea di una sua responsabilità anche nei confronti del giudice (emblematicamente qui definita *candor with the court*). E tale trasformazione si traduce, appunto, nella richiesta all'avvocato di comportamenti eticamente orientati a una doverosa collaborazione con il giudice, da realizzarsi sulla base della valorizzazione del dovere spettante all'avvocato di *common law* in ragione della sua *inherent function* di *officer of court* (20).

*3. Responsabilità dell'avvocato e contenuto degli atti introduttivi.* — È anche attraverso tale profonda trasformazione della cultura giuridica statunitense che si introduce la seconda e altrettanto fondamentale accezione della *law of lawyering*, ossia la designazione del complesso di scelte strategiche dell'avvocato in rapporto alle corrispondenti attività del difensore avversario e ai poteri del giudice (21). E di qui, con più specifico riferimento ai riflessi

(19) A riguardo, si rinvia nuovamente a G. HAZARD, A. DONDI, *Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law: Some Lingering Misconceptions Concerning Civil Lawsuits*, cit., p. 61 ss.

(20) Cfr. A. DONDI, *Spunti in tema di «legal ethics» come etica della difesa in giudizio*, cit., p. 261 ss.

(21) Queste considerazioni sono tratte da A. DONDI, *Riforma degli atti introduttivi: il processo statunitense e il processo italiano*, in «Rivista di diritto processuale», 2014, p. 434 ss.; già in precedenza Id., *Complessità e adeguatezza nella riforma del processo societario: spunti minimi di raffronto comparato*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2004, p. 137 ss.; A. DONDI,

di tale inquadramento sulla configurazione della fase di preparazione della controversia, pure la necessità di una più stringente configurazione degli obblighi dell'avvocato nel contesto delle attività di collaborazione fra avvocati e giudice – in un rapporto trilaterale di fattiva interazione – nella chiarificazione dell'oggetto della controversia. Un risultato che, ad esempio, potrebbe ritenersi fortemente indotto dalla configurazione in capo all'avvocato di uno specifico obbligo di esaustività e completezza nella redazione degli atti processuali e, in particolare, di quelli introduttivi della controversia<sup>(22)</sup>.

Sotto tale profilo la disciplina italiana degli atti introduttivi sembra invero scontare un *gap* ancora molto profondo con le analoghe discipline presenti in altri ordinamenti, specie di matrice anglosassone e di cultura protestante. Costituisce, ad esempio, circostanza anche da noi ormai comunemente nota che la disciplina processuale contenuta nella *Zivilprozessordnung* tedesca (specie al § 138) imponga all'avvocato un effettivo obbligo di completezza e verità nella redazione degli atti introduttivi (e cioè, del resto, sulla linea dei valori di rispetto e di collaborazione reciproca fra avvocati e giudice, da tempo radicati nella cultura giuridica e nella prassi processuale tedesca)<sup>(23)</sup>.

Parimenti, nelle *Civil Procedure Rules* inglesi del 1999 si prevede che la predisposizione di un atto introduttivo redatto secondo il modello del *notice pleading* debba essere accompagnata dalla contestuale sottoscrizione, a opera dell'avvocato, di un vero e pro-

V. ANSANELLI, *Qualche (ulteriore) rilievo su cultura del processo, comparazione e riforme*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2009, p. 1437 ss.

<sup>(22)</sup> Oltre ai riferimenti contenuti nelle note precedenti si veda, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, A. CARRATTA, *Doveri di verità e completezza nel processo civile*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2014, p. 47 ss. e p. 491 ss.; e, più in generale sulla fase preparatoria della controversia, ci si permette di rinviare a V. ANSANELLI, *Filosofie di riforma della fase preparatoria nel processo civile*, Genova, 2021, p. 89 ss.

<sup>(23)</sup> Nella dottrina italiana sul punto, v. R. CAPONI, *Il processo di cognizione secondo il modello tedesco: aspetti fondamentali*, in «Questione giustizia», 2006, p. 163 ss.; soltanto per alcuni riferimenti alla dottrina tedesca, v. H.J. MUSIELAK, *Grundkurs ZPO*, 12<sup>a</sup> ed., München, 2014, p. 267 ss.; C. ABELING, *Wahrheitspflicht in Zivilprozess*, Diss., Norderstedt, 2006, p. 134 ss.

prio *statement of truth* (*Part 22* delle *CPR*). In forza di tale dichiarazione l'avvocato è tenuto a garantire la veridicità delle pur sintetiche affermazioni contenute nell'atto introduttivo. Circostanza che si collega all'obbligo di integrare, in tempi molto stretti, l'iniziale descrizione dei dati fattuali della controversia attraverso la trasmissione all'avversario di una più specifica circostanziazione della pretesa (non a caso catalogata come *particular of claims*), con la quale in effetti si realizza una progressiva chiarificazione delle basi fattuali delle rispettive posizioni (*Part 7* delle *CPR*). Della disciplina concernente tali doveri, fa del resto fede la previsione – in caso di mancata ottemperanza ad essi – di un apparato di sanzioni, anche particolarmente incisive<sup>(24)</sup>.

Sempre all'interno delle culture processuali anglosassoni occorre però dire che tutto ciò – ossia la presenza di previsioni normative configuranti un dovere di veridicità e serietà in capo all'avvocato nella redazione degli atti introduttivi – trova origine e norma *clou* nella ormai famosa previsione della *Rule 11* delle *Federal Rules of Civil Procedure* statunitensi<sup>(25)</sup>. In tale norma – quantomeno a partire dalla già evocata riforma realizzata con gli *Amendments* delle *Federal Rules of Civil Procedure* del 1983 – l'avvocato è tenuto a farsi garante, mediante la sottoscrizione dell'atto introduttivo (*pleading*), della serietà in termini di fondamento fattuale non *frivolous* della pretesa azionata in giudizio,

<sup>(24)</sup> Nella dottrina italiana, v. L. PASSANANTE, *Modelli di tutela dei diritti: l'esperienza inglese e italiana*, Milano, 2007, p. 84 ss.; Id., *La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2000, p. 1353 ss.; Id., *Processo civile inglese*, in *Encyclopedie del diritto*, Annali, vol. III, Milano, 2010, p. 960 ss.; solo per alcuni riferimenti di base nella dottrina inglese, v. N. ANDREWS, *The Modern Civil Process*, Tübingen, 2008, p. 80 ss.; A. ZUCKERMAN, *Non Justice without Lawyers: the Myth of an Inquisitorial Solution*, in «Civil Justice Quarterly», 2014, vol. 33, p. 355 ss.; Id., *Court Case Management in England under the Civil Procedure Rules 1998*, in *Litigation in England and Germany*, a cura di P. Gottwald, Bielefeld, 2010, p. 342 ss.

<sup>(25)</sup> A riguardo, si rinvia nuovamente ad A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa*, vol. I, cit., p. 83 ss.; A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione*, 2<sup>a</sup> ed., cit., p. 122 ss.

anche sotto il profilo di una fattualizzazione adeguatamente supportata da una solida base probatoria<sup>(26)</sup>.

Nonostante una titolazione («*Signing Pleadings*») apparentemente dedicata a un aspetto soltanto formale quale la sottoscrizione dell'atto introduttivo a opera dell'avvocato, tale norma finisce per disciplinare il contenuto stesso del *pleading*. Nella versione originaria del 1938 (e in vigore sino al 1983) tale disposizione prevedeva una rilevante ma ancora generica attribuzione di responsabilità all'avvocato, il quale attraverso la sottoscrizione del *pleading* doveva garantire l'esistenza di un «*good ground*» a fondamento della domanda. La sua portata precettiva muta invece profondamente a seguito degli *Amendments* delle *Federal Rules of Civil Procedure* del 1983, caratterizzati notoriamente dal cosiddetto *sanctioning approach*. Ed in effetti, a seguito di tale intervento, la *Rule 11* attribuisce all'avvocato uno spettro di responsabilità molto più ampio al momento della redazione dell'atto introduttivo. Ciò in quanto lo stesso è tenuto a controllare e garantire che la domanda giudiziale non sia caratterizzata da finalità improvvise o meramente dilatorie («*improper purpose*»); configurandosi cioè alla stregua di un'aggressione nei confronti della controparte (è notoria l'espressione di *trial by ambush*, ossia di processo come imboscata), ovvero come occasione di allungamento dei tempi del processo e di incremento dei costi della lite al fine di costringere la parte economicamente più debole ad abbandonare il processo o raggiungere *obtorto collo* un accordo transattivo a condizioni non vantaggiose<sup>(27)</sup>.

Tale requisito è poi integrato dall'attribuzione all'avvocato del dovere di collegare la domanda giudiziale sia al diritto vigente sia alla sua elaborazione attraverso «*non frivolous argument*», ai sensi della *Rule 11(b)(2)* delle *FRCP*. Infine, a completare lo spettro delle responsabilità attribuite all'avvocato in tale fase, a questi

<sup>(26)</sup> Per un singolo riferimento alla dottrina statunitense si veda S. BURBANK, *The Transformation of American Civil Procedure: The Example of Rule 11*, in «University of Pennsylvania Law Review», 1989, vol. 137, p. 1925.

<sup>(27)</sup> E.D. CAVANAGH, *Developing Standard under Amended Rule 11 of the Federal Rules of Civil procedure*, in «Hofstra Law Review», 1986, vol. 14, p. 499 ss.

spetta il compito di attestare, sotto la propria responsabilità, che la base fattuale della domanda introduttiva («*factual contentions*») sia supportata da solidi e adeguati elementi probatori («*evidentiary support*»); elementi già presenti al momento della sottoscrizione dell’atto o plausibilmente acquisibili a seguito di «*further investigation or discovery*»<sup>(28)</sup>.

Anche sotto questo profilo occorre dire che la disciplina delle *Federal Rules* statunitensi risulta fornita di ampie garanzie di effettività, in quanto presidiata dalla previsione di sanzioni piuttosto severe, previste in particolare dalla *Rule 37* delle *FRCP* e dalle corrispettive norme delle *Model Rules of Professional Conduct* (specie dalla previsione contenuta nella *Rule 3.3*). Si tratta di sanzioni attraverso le quali il legislatore americano intende perseguire obiettivi fra loro variegati, ma comunque accomunati dal medesimo intento efficientistico, quali: *a*) garantire una doverosa serietà nella redazione dell’atto introduttivo e, in definitiva, nell’accesso alla giustizia, posto che il contenuto meramente *notice* e non fattenzializzato del *pleading* (consistente, secondo la lettera della *Rule 8*, in un mero «*short and plain statement of the claim that the pleader is entitled to relief*») non consente al giudice alcuna selezione e controllo della plausibile fondatezza della domanda in tale sede; *b*) instaurare sin da subito un rapporto di leale cooperazione fra le parti e i loro avvocati e fra esse e il giudice (atteggiamento, quest’ultimo, come già detto significativamente definito di *candor* nei confronti della corte), in modo da consentire un ordinato svolgimento della fase di preparazione (*pretrial*) della controversia; *c*)

<sup>(28)</sup> Per il testo originario della norma si veda *Advisory Committee on Rules of Civil Procedure for the Districts Courts of United States with Notes*, Washington, 1938, p. 231 ss.; C. CLARK, *Code Pleading*, St. Paul, 1947, p. 1 ss.; A. DONDI, *Case Law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2008, p. 529 ss.; Id., *Riforma degli atti introduttivi: il processo statunitense e il processo italiano*, in «Rivista di diritto processuale», 2014, p. 446 ss.; S. DALLA BONTÀ, *L’introduzione della causa tra sostanziazione e individuazione: premesse teorico-ricostruttive*, Napoli, 2018, p. 165 ss.; S. DODSON, *New Pleading, New Discovery*, in «Michigan Law Review», 2010, vol. 53, p. 53 ss.; Id., *New Pleading in the 21st Century: Slamming the Federal Courthouse Doors*, Oxford, 2013, p. 1 ss.

caratterizzare l'attività difensiva come necessariamente ispirata a intenti non abusivi dello strumento processuale<sup>(29)</sup>.

Si tratta di un apparato sanzionatorio oggi modulabile dal giudice, al quale spetta il compito di imporre «*an appropriate sanction*» che abbia un'adeguata efficacia deterrente, ossia che appaia in grado di scoraggiare la riproposizione di medesime condotte («*limited to what suffices to deter repetition of conduct*»). Oltre a sanzioni pecuniarie di elevatissimo valore, il giudice può discrezionalmente configurare un vasto spettro di conseguenze negative, dalla reprimenda *in court* dell'avvocato, all'obbligo di seguire corsi di riabilitazione professionale, fino al suo deferimento al *bar disciplinary authority*, con eventuale conseguente *disbarment*<sup>(30)</sup>.

Appare in questa sede interessante rilevare la profonda differenza fra l'assetto statunitense e quello italiano del problema concernente l'individuazione del destinatario delle sanzioni volte a colpire utilizzazioni scorrette o abusive dello strumento processuale. Si ritiene, infatti, che la diversità delle soluzioni adottate possa essere virtualmente in grado di ripercuotersi in maniera significativa sugli *standard* di efficienza del relativo modello di giustizia civile. Come si è appena detto, negli Stati Uniti d'America qualora la difesa giudiziale sia caratterizzata da fini impropri, emulatori, abusivi o meramente dilatori, a essere sanzionato è il soggetto che si ritiene abbia realmente elaborato le strategie processuali e compiuto le conseguenti scelte, ossia l'avvocato.

Per converso, in Italia la configurazione della domanda giudiziale (o della difesa) alla stregua di una «lite temeraria», secondo la normativa codicistica comporta l'erogazione di sanzioni pecuniarie esclusivamente a carico della parte-cliente. In altri termini

<sup>(29)</sup> Il fenomeno dell'*abuse of procedural rights* e, in particolare, dell'*abuse of discovery* è stato segnalato in via risalente anche dalla dottrina italiana. Si veda nuovamente A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, cit., p. 189 ss.; in prospettiva comparata, si vedano i contributi contenuti nel volume *Abuse of Procedural Rights*, a cura di M. Taruffo, cit., p. 1 ss.; sa ultimo v. A. DONDI, *Qualche cenno all'abuso del processo civile con sintetici richiami alla singolarità del dibattito italiano*, cit., p. 1 ss.

<sup>(30)</sup> F. JAMES, G. HAZARD, J. LEUBSDORF, *Civil Procedure*, 5<sup>a</sup> ed., New York, 2001, p. 212 ss.

ni, il litigante temerario (ossia chi ha agito o resistito con mala fede o colpa grave, nella consapevolezza dell'inconsistenza delle proprie pretese o difese) non viene individuato nell'avvocato, il quale mediante la sottoscrizione dell'atto introduttivo non assume sostanzialmente alcuna responsabilità, se non la mera paternità tecnica dello stesso. Una circostanza che, deresponsabilizzando completamente l'avvocato in ordine alle scelte concernenti l'instaurazione o non instaurazione del giudizio (o della correlativa difesa del convenuto), finisce per sopprimere qualsiasi filtro in senso deflattivo all'accesso alla tutela giurisdizionale.

Tale circostanza appare in grado di incidere sul numero complessivo delle controversie, con conseguenti riflessi sulla durata media delle stesse. Ed in effetti, risulta ormai acquisito che la durata media delle controversie sia riconducibile, insieme ad altri eterogenei fattori, al rapporto fra numero di giudici e numero delle cause attribuite ad ogni giudice (ossia il carico giudiziario di ogni magistrato). Pertanto, al fine di ridurre la durata media delle controversie sarebbe opportuno incidere su entrambi i fattori, ossia aumentare il numero dei giudici e diminuire il numero delle controversie. E, come detto, l'attribuzione all'avvocato di specifiche responsabilità per difese in giudizio platealmente *frivolous* potrebbe verosimilmente costituire un fattore deflattivo del contenzioso giudiziario<sup>(31)</sup>.

<sup>(31)</sup> Si tratta di una constatazione estremamente ricorrente nella nostra dottrina. Nell'ambito di una letteratura estremamente vasta e senza alcuna pretesa di completezza, si vedano le considerazioni e i dati riportati in A. PROTO PISANI, *Che fare per affrontare la crisi della giustizia civile? (note a margine di un intervento che sa di acqua fresca)*, in «Il foro italiano», 2020, V, c. 33 ss.; in precedenza, nello stesso senso F. CARPI, *Linee di tendenza delle recenti riforme processuali*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2006, p. 849 ss.; V. DENTI, *Il processo di cognizione nella storia delle riforme*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1993, p. 805 ss.; S. CHIARLONI, *La giustizia civile e i suoi paradossi*, in *Storia d'Italia*, Annali, vol. XIV, *Legge diritto giustizia*, a cura di L. Violante, L. Minervini, Torino, 1998, p. 403 ss.; sul tema più di recente si vedano i contributi di M. MODENA, *Gli organici della magistratura e la loro influenza sulla crisi della giustizia civile*, in «Il foro italiano», 2020, V, c. 74 ss.; M. FABRI, *Amministrare la giustizia: Governance, organizzazione, sistemi informativi*, Bologna, 2006, p. 81 ss.; G. RANA, *La Governance della giustizia civile*:

Ritornando alla disciplina statunitense relativa alle responsabilità attribuite all'avvocato nella certificazione della sussistenza dei requisiti dell'atto introduttivo previsti dalla *Rule 11* delle *FRCP*, appare necessario aggiungere che la cultura giuridica nordamericana si è mostrata da subito profondamente consapevole dei cambiamenti realizzati con gli *Amendments* del 1983. Si intende segnalare l'ormai diffusa condivisione presso gli utenti tecnici del processo delle finalità perseguitate dal legislatore attraverso modifiche come quelle concernenti la *Rule 11*, che vengono intese come finalizzate a realizzare già in fase introduttiva un'attività di chiarificazione della cornice fattuale della controversia. E ciò in modo da consentire al successivo momento di specificazione del suo oggetto – come noto, da realizzarsi mediante l'utilizzazione dello strumentario di *discovery* previsto dalle *Rules 30-36* – di svolgersi con rapidità e senza possibilità di ulteriori utilizzazioni improprie e a fini meramente strategici o comunque abusivi dello strumento processuale<sup>(32)</sup>.

Si tratta, tuttavia, di un assetto disciplinare a dire il vero non univoco, ma estremamente articolato e diversificato. Ciò principalmente in ragione delle profonde differenze fra le diverse tipologie di controversie, specie con riguardo alla loro diversa

*processo, organizzazione, diritti*, Roma, 2014, p. 257 ss.; S. ZAN, *Fascicoli e tribunali: il processo civile in una prospettiva organizzativa*, Bologna, 2003, p. 15 ss.

<sup>(32)</sup> Sempre nell'ambito della dottrina italiana, v. A. DONDI, *Cultura dell'abusivo e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, in «Rivista di diritto processuale», 1995, p. 787 ss.; B. FICCARELLI, *Esibizione dei documenti e discovery*, Torino, 2004, p. 78 ss.; per alcuni riferimenti al dibattito sia precedente che successivo all'emanazione degli *Amendments* delle *Federal Rules of Civil procedure* del 1983, nell'ambito della cultura giuridica statunitense, v. W.D. BRAZIL, *Civil Discovery: Lawyer's Views of Its Effectiveness, Its Principal Problems and Abuse*, in «American Bar Foundation Research Journal», 1980, p. 787 ss.; G. HAZARD, *Adversary System*, in Id., *Ethics in the Practice of Law*, New Haven-London, 1978, p. 120 ss.; R. MILLER, *The August 1983 Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure: Promoting Effective Case Management and Lawyer Responsibility*, Washington, 1984, p. 1 ss.; Id., *The Adversary System: Dinosaur or Phoenix?*, cit., p. 1 ss.; S. SUBRIN, *Fishing Expedition Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules*, in «Boston College Law Review», 1998, vol. 39, p. 661 ss.

complessità processuale<sup>(33)</sup>. Del resto, il momento originante il rapporto cliente-avvocato (o, se si vuole, di giurisdizionalizzazione o pre-giurisdizionalizzazione del conflitto) risulta particolarmente complesso in ogni cultura del processo, anche per la probabile influenza di fattori eterogenei di varia natura e di ordine tanto socio-economico quanto antropologico-culturale. Si pensi, solo per accennare a un contesto di problematiche che meriterebbero ben più ampia e autonoma analisi, alle fondamentali differenziazioni riferibili al tipo di clientela. È quanto accade macroscopicamente, ad esempio, nel caso del cosiddetto *corporate client* (ossia del *client as an organization*); circostanza intimamente connessa alla stessa categorizzazione – come è ormai pressoché da sempre manifesto nella cultura statunitense – fra *defendant lawyer* e avvocati di parte convenuta. In una visione risalente e precedente sia gli *Amendments* delle *FRCP* del 1983 sia l'adozione delle *Model Rules of Professional Conduct* era infatti ritenuto, per così dire, del tutto normale per l'avvocato del convenuto reagire a richieste di *discovery* fondate e soventemente provenienti dal *defendant lawyer* moltiplicando attività procedurali sostanzialmente inutili<sup>(34)</sup>. Un approccio che, come si è detto, risulta profondamente mutato proprio grazie alla contestuale emanazione delle *Model Rules of Professional Conduct* e degli *Amendments* delle *FRCP* del 1983; due *corpus* normativi

<sup>(33)</sup> Con specifico riferimento ai rapporti fra disciplina etico-legale e complessità processuale si veda, anche per ulteriori riferimenti bibliografici in ordine alla nozione di complessità processuale in generale, A. DONDI, *Lealtà e conflitto di interessi nella prospettiva delle dinamiche processuali*, cit., p. 691 ss.

<sup>(34)</sup> Per alcuni esempi, nel contesto di una produzione non vasta all'interno della dottrina italiana, v. A. DONDI, *Minime e molto impressionistiche considerazioni su avvocato d'affari, business lawyer e incertezze del momento presente*, in «Politica del diritto», 2010, p. 319 ss.; Id., *Economia, etica e avvocatura: implicazioni di «fairness»*, cit., p. 13 ss.; Id., *Lealtà e conflitto di interessi nella prospettiva delle dinamiche processuali*, cit., p. 681 ss.; oltre agli altri riferimenti alle opere di Angelo Dondi richiamate in precedenza, con riferimento alle *finishing expedition* nell'ambito della dottrina italiana si veda di recente F. FERRARI, *La pesca di frodo: riflessioni critiche in materia di prova esplorativa*, Milano, 2020, p. 87 ss.

non casualmente caratterizzati, come più volte già ricordato, dal segnalato medesimo *sanctioning approach*.

4. *Timidi tentativi di riforma del codice deontologico forense italiano.* — Si deve in ogni caso prendere atto che, probabilmente proprio in ragione di questa crucialità e complessità combinata, quello della consultazione iniziale fra cliente e avvocato costituisce un momento non disciplinabile in maniera specifica, oppure disciplinabile soltanto in maniera non stringente ricorrendo ad adeguate normative etico-professionali<sup>(35)</sup>.

In effetti, anche all'interno della nostra cultura giuridica i non numerosissimi approfondimenti dedicati a tale tema tendono a collocarsi nel contesto delle analisi degli obblighi deontologici gravanti sull'avvocato nel momento dell'accettazione dell'incarico: quali, in particolare, lo specifico spettro di obblighi informativi circa la possibile evoluzione del conflitto e i suoi ipotizzabili esiti. È proprio nella prospettiva di potenziamento degli obblighi informativi spettanti all'avvocato che il nuovo codice deontologico forense italiano, approvato dal Consiglio nazionale forense il 31 gennaio 2014, ha scelto di disciplinare in maniera «più puntuale il momento genetico del rapporto e dell'incarico professionale»<sup>(36)</sup>.

<sup>(35)</sup> L.R. PATTERSON, *Importanza e ruolo del cliente nell'etica professionale dell'avvocato*, in *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, a cura di A. Dondi, Bologna, 1993, p. 187 ss.; Id., *The Function of a Code of Legal Ethics*, in «University of Miami Law Review», 1981, vol. 35, p. 695 ss.; per uno sguardo d'insieme al problema dei rapporti fra etica e processo, si vedano gli scritti contenuti nel volume *Etica del processo e doveri delle parti*, Atti del XXIX Convegno nazionale dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile (Genova, 20-21 settembre 2013), Bologna, 2015, p. 1 ss.

<sup>(36)</sup> Cfr. la *Relazione illustrativa al codice deontologico forense*, consultabile in R. DANOV, *Nuovo codice deontologico forense: commentario*, Milano, 2014, p. 3. Per alcune considerazioni a riguardo, v. Id., *Brevi osservazioni sul nuovo codice deontologico forense*, in «Il foro italiano», 2014, V, c. 245; più in generale sulle trasformazioni in atto nella professione legale, v. G. ALPA, *L'avvocato: i nuovi volti della professione forense nell'età della globalizzazione*, Bologna, 2005, p. 1 ss.; per alcuni riferimenti in prospettiva comparata, v. nuovamente G. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics*, cit., p. 223 ss.

Del resto, a rendere la scelta concernente la modalità di instaurazione del conflitto anche più complessa concorrono – come appena accennato – variegate possibilità di composizione dello stesso in sedi non giudiziali. In questa prospettiva, ad esempio, l'art. 27 del codice deontologico forense del 2014 si caratterizza, rispetto alla previsione contenuta nel previgente art. 40, per un più compiuto, articolato ed organico contenuto «che dà conto del puntuale ed ampio spettro informativo che deve caratterizzare il rapporto professionale»<sup>(37)</sup>, valorizzando, anche in questo caso, sul piano della chiarezza e della trasparenza, il portato della legge di riforma dell'ordinamento professionale. In tale contesto, assumono un rilievo e una pregnanza particolare le previsioni contenute nei commi 3 e 4 della citata disposizione, relative agli obblighi informativi in tema di mediazione obbligatoria e, comunque, di percorsi alternativi al contenzioso giudiziario pure previsti dalla legge (quali, ad esempio, la mediazione familiare, la conciliazione bancaria, e così via).

Infine, anche nella nuova versione del codice deontologico forense un rilievo centrale assume la disposizione disciplinante il conferimento dell'incarico, contenuta nell'art. 23. Al fine di segnalare la necessità di configurare nuove modalità di esercizio della professione forense, più eticamente orientate, la normativa deontologica italiana impone come noto all'avvocato, per un verso, di non suggerire al cliente l'adozione di iniziative giudiziali inutilmente gravose (art. 23, comma 4, cod. deont. for.) e, per altro verso, di rifiutarsi di prestare la propria attività quando lo *stream* informativo di cui è in possesso possa far ritenere che l'attività richiesta abbia finalità latamente illecite (art. 23, comma 5, cod. deont. for.). E si tratta – pare necessario segnalarlo – di prescrizioni dotate in astratto di effettività, in ragione delle spe-

<sup>(37)</sup> Cfr. ancora la *Relazione Illustrativa al codice deontologico forense*, cit., p. 5. Per un commento della nuova disciplina v. G. SCARSELLI, *Note sulla nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*, in «Corriere giuridico», 2013, p. 30 ss.

cifiche sanzioni previste, sempre nella norma in questione, per la loro violazione<sup>(38)</sup>.

Questo *trend* appare confermato anche dalle modifiche apportate nel corso del 2018 al successivo art. 27 del codice deontologico, disciplinante i «doveri di informazione» spettanti all'avvocato. Si è infatti prevista la necessità che l'avvocato fornisca al proprio cliente «all'atto dell'assunzione dell'incarico» una serie veramente articolata e complessa di informazioni concernenti il suo svolgimento, quali «le caratteristiche e l'importanza» dello stesso ma, soprattutto, indicando le possibili iniziative da intraprendere e «le possibili soluzioni». Un obbligo informativo che deve essere assolto con specifiche modalità, ossia con «chiarezza» e indicando «la prevedibile durata del processo, gli oneri ipotizzabili e se richiesto da colui che conferisce l'incarico professionale, il prevedibile costo della prestazione»<sup>(39)</sup>.

Si tratta certamente di innovazioni importanti e che fanno avanzare il nostro ordinamento nella ricerca di forme eticamente orientate di esercizio dell'attività dell'avvocato, specie nella prospettiva dell'eventuale giurisdizionalizzazione del conflitto. Tuttavia, due sono le circostanze che sembrano impedire di ritenere colmato lo iato ancora esistente fra la nostra normativa deontologica e la *law of lawyering* di matrice anglosassone. Ci si riferisce sinteticamente, per un verso, al fatto che la configurazione di tali obblighi (e la previsione delle relative sanzioni) non trova ancora sede nel codice di procedura civile. Il che significa che la verifica del rispetto di tali obblighi – pur, lo si ripete, previsti dal codice

<sup>(38)</sup> Per alcune considerazioni di carattere generale, v. G. SCARSELLI, *La responsabilità civile del difensore per infrazione della norma deontologica*, in «Il foro italiano», 2009, I, c. 3168 ss.

<sup>(39)</sup> Per alcune considerazioni sul rilievo, la portata e le possibili ripercussioni di tali innovazioni sull'esercizio della professione, anche alla luce dei riflessi dell'utilizzazione delle nuove tecnologie nel processo sulla disciplina deontologica si veda, di recente, A. DONDI, *Processo civile, new technologies e implicazioni etico-professionali*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2019, p. 863 ss.; M. BINA, *Appunti su deontologia forense, processo civile e nuove tecnologie*, in «Le pagine de l'Aula civile: annuario 2020», Sant'Arcangelo di Romagna, 2021, p. 525.

deontologico forense – non è affidata al giudice. E, per altro verso, alla circostanza che tali obblighi sembrano concernere in maniera pressoché esclusiva il momento genetico del conflitto, restando sostanzialmente deregolamentata la condotta processuale tenuta dall'avvocato all'interno del processo, ossia la sua necessaria collaborazione con l'avvocato di controparte e con il giudice per una gestione efficiente dello stesso.

5. *Sintetiche considerazioni conclusive circa l'incidenza della disciplina etico-legale sulla riforma del processo.* — Queste brevissime considerazioni sul pur limitato moto riformatore che ha interessato la normativa etico-professionale italiana nell'ultimo decennio, assumono una qualche rilevanza anche in ragione di un'ulteriore circostanza concernente più in generale le riforme del processo civile (e, nello specifico, la fase di preparazione della controversia). Ci si riferisce al fatto che alcune fra le più importanti riforme dei modelli processuali sono state realizzate in stretta combinatoria con profonde modificazioni delle relative normative deontologiche o di *legal ethics*.

Così, come si è detto, negli Stati Uniti d'America l'affermazione di una nuova cultura del *discovery* segnata da un convinto *sanctioning approach* trova riscontro, a partire dai primi anni Ottanta del secolo XX, nel susseguirsi di importanti riforme normative, la principale delle quali – come già notato sopra – risale al 1983. In essa la nuova versione della Rule 37 delle *Federal Rules of Civil Procedure* risulta infatti esplicitamente dedicata a funzioni sanzionatorie e coercitive, al fine di indurre comportamenti ispirati a logiche di maggiore collaborazione nei confronti del giudice. E sono a tal fine previste sanzioni pecuniarie, sia nei confronti della parte sia – e la circostanza costituisce una singolarità pressoché assoluta dell'ordinamento statunitense – nei confronti dello stesso avvocato<sup>(40)</sup>. Ma ciò che si intende in questa sede ancora una volta rimarcare è che in perfetta concomitanza e sintonia, anche

<sup>(40)</sup> Cfr. G. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics*, cit., p. 233 ss.; per una completa disamina degli *Amendments* del 1983 delle *Federal Rules of Civil Procedure*, v. A. MILLER, *The August 1983 Amendments to the Federal Rules of Civil*

ideologica, con questo movimento di riforma si è registrata la ri-formulazione della normativa etico-professionale dell'avvocatura statunitense. Nelle *Model Rules of Professional Conduct* si registra, infatti, la previsione di analoghe forme di sanzione del comportamento dell'avvocato. Il tutto in una logica di doverosa cooperazione fra avvocati e giudice proprio nella fase di chiarificazione dell'oggetto della controversia.

Considerazioni grossomodo analoghe possono, invero, svolgersi anche riguardo a quanto accaduto in Spagna in occasione dell'emanazione della *Ley de Enjuiciamiento Civil* del 2000. Anche qui, infatti, la promulgazione della nuova normativa processuale è andata di pari passo con la modifica della disciplina etico-legale e con l'espressa attribuzione ad avvocatura e giudiziario di nuovi *standard* di *seriedad y responsabilidad* nel perseguimento del *interés de lo justiciables* e degli obiettivi chiaramente indicati nella *Exposición de motivos* che accompagna la riforma. Nuovi criteri, questi ultimi, che devono nello specifico ispirare il comportamento dell'avvocato anche nella redazione degli atti processuali (e nella formulazione delle *alegaciones iniciales*, in particolare), che dovranno essere redatte in maniera *clara y ordenada* e corrispondere a *standard* di chiarezza ed esaustività<sup>(41)</sup>.

Come è noto, nell'ultimo biennio si è assistito anche in Italia a una riforma di portata davvero significativa della giustizia civile. Senza entrare nello specifico degli interventi realizzati, quel che si intende segnalare è che la ristrutturazione, anche profonda, del-

*Procedure: Promoting Effective Case Management and Lawyers Responsibility*, cit., p. 1 ss.

<sup>(41)</sup> Si vedano A. DONDI, A. GUTIÉRREZ BERLINCHES, *Processo civile spagnolo*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. II, 1, 2008, p. 65 ss.; A. DE LA OLIVA SANTOS, *Il nuovo codice di procedura civile spagnolo (Ley 1/2000) a dieci anni dalla sua approvazione*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2011, p. 437 ss.; per ulteriori riferimenti bibliografici sia consentito il rinvio ad A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione*, 2<sup>a</sup> ed., cit., p. 184 ss.; per una completa e approfondita disamina dell'evoluzione diacronica di tale ordinamento – anche in una prospettiva di serrato raffronto con la corrispettiva evoluzione registratasi nell'ordinamento italiano – si veda, di recente, F. NOCETO, *Preparazione della causa nelle codificazioni liberali italiane e spagnole: alle radici della modernità*, Genova, 2024, p. 135 ss.

la fase preparatoria della controversia non è stata accompagnata dalla riconfigurazione degli obblighi (e delle correlate responsabilità) gravanti sull'avvocato nel momento dell'instaurazione del conflitto; e, in particolare, nel momento della scelta concernente la sua giurisdizionalizzazione (se iniziare o non iniziare un processo), ovvero quella concernente la convenienza per il cliente del ricorso all'ormai variegato strumentario delle cosiddette *Alternative Dispute Resolution*.

Sotto tale profilo, un elemento di forte distonia sistemica sembra potersi infatti rinvenire nel non aver collegato il potenziamento del ruolo e dei poteri del difensore nella scelta e nella gestione degli strumenti di giustizia consensuale (in una prospettiva di deflazione del contenzioso, che costituisce una, se non la principale, linea di intervento di pressoché tutte le riforme che hanno riguardato il processo civile nell'ultimo ventennio) con correlate responsabilità e sanzioni a suo carico in ipotesi di comportamenti non corretti, non eticamente orientati e, in ogni caso, non coerenti col perseguimento di tali obiettivi efficientistici.

Per altro verso, la previsione di nuovi *standard* di sinteticità, chiarezza e precisione degli atti processuali (e la correlativa previsione di nuovi *format* redazionali, come avvenuto con l'ememanzione del d.m. n. 110 del 2023 in attuazione della delega contenuta nella nuova versione dell'art. 46 disp. att. cod. proc. civ.) non è stata accompagnata dalla configurazione di specifiche sanzioni per il caso di loro violazione (se non in termini di spese legali e, comunque, certamente non a carico dell'avvocato). Il che dovrebbe portare ad interrogarsi se il rispetto di tali nuovi canoni nella redazione degli atti, specie quelli introduttivi ma non solo, possa essere *de iure condito* quantomeno fatta rientrare, nel dovere di leale collaborazione gravante sull'avvocato ex art. 88 cod. proc. civ. <sup>(42)</sup>

<sup>(42)</sup> Per un'analisi di tali profili si rinvia, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a F. NOCETO, *Chiarezza e sinteticità degli atti di parte nella recente riforma del processo civile: minimi tentativi di inquadramento sistematico*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2024, p. 617 ss.; per un raffronto su tali temi con l'evoluzione in atto nell'ordinamento francese, si veda

Un'alternativa secca sarebbe stata rappresentata dall'adozione di misure intese a prevedere, all'interno del codice di rito, specifiche sanzioni in caso di violazione, da parte dell'avvocato, dei corrispondenti obblighi già previsti dal codice deontologico forense. E ciò in modo da rendere manifesta la compartecipazione dell'avvocatura al funzionamento della giustizia civile, responsabilizzandone il ruolo specie nell'adozione delle scelte strategiche concernenti la giurisdizionalizzazione del conflitto, scongiurando l'instaurazione di controversie latamente definibili *frivolous*. Ciò avrebbe potuto rappresentare e potrebbe in ogni caso rappresentare un primo tassello verso una nuova ottica di cooperazione fra giudice e avvocati nella gestione delle controversie civili, meno conflittuale e, se si vuole, più solidale visto il carattere latamente emergenziale, sotto plurimi profili, della giustizia civile nel momento presente.

Per altro verso ma nella medesima direzione, ciò che in conclusione si intenderebbe rimarcare, alla luce delle esperienze comparistiche poc'anzi segnalate, è che appare del tutto auspicabile che incisive riforme della normativa processuale siano anche da noi accompagnate dalla riconfigurazione della normativa deontologica. In modo, attraverso questa combinatoria di interventi, di segnalare con immediatezza il mutamento degli *standard* comportamentali – prima e durante il processo – richiesti a tutti gli utenti tecnici al fine di rispondere a una crisi della giustizia civile che sembra, allo stato, davvero irreversibile.

Ind., *Percorsi di strutturazione degli scritti difensivi nell'esperienza francese*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2024, p. 971 ss.

### Abstract

Il saggio analizza, in prospettiva comparata, l'incidenza delle discipline etico-professionali dell'avvocatura sul funzionamento della giustizia civile, evidenziando la profonda divergenza tra i modelli di *civil law* e quelli di *common law*. In particolare, l'autore mette in rilievo la centralità, negli ordinamenti anglosassoni, della *law of lawyering*, una nozione che integra profili deontologici, processuali e funzionali, ponendo l'ottica dell'avvocato al centro delle dinamiche di riforma del processo. Attraverso l'analisi dell'esperienza statunitense il contributo mostra come l'attribuzione di responsabilità dirette all'avvocato, supportata da un forte approccio sanzionatorio, sia stata determinante per promuovere la collaborazione, la trasparenza e la serietà nella gestione del conflitto, specie nella fase introduttiva del processo. Al contrario, nel modello italiano permane un marcato scollamento tra riforme processuali e disciplina deontologica, con un limitato coinvolgimento dell'avvocato nella responsabilità per condotte abusive e un'assenza di sanzioni processuali correlate ai doveri professionali.

*The essay examines, from a comparative perspective, the impact of ethical-professional rules governing the legal profession on the functioning of civil justice, highlighting the profound divergence between civil law and common law models. In particular, the author underscores the centrality, within Anglo-American legal systems, of the law of lawyering, a notion that integrates deontological, procedural, and functional dimensions, placing the lawyer's standpoint at the core of procedural reform dynamics. Through an analysis of the United States experience, the contribution shows how the attribution of direct responsibilities to lawyers – supported by a robust sanctioning approach – has been decisive in fostering cooperation, transparency, and seriousness in the management of disputes, especially in the introductory phase of litigation. By contrast, in the Italian model a marked disconnect persists between procedural reforms and deontological regulation, with a limited involvement of lawyers in liability for abusive conduct and an absence of procedural sanctions tied to professional duties.*



NICOLETTA MINAFRA

*Professoressa associata dell'Università di Bari*

## ETICA FORENSE E RACCOLTA DELLE PROVE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Codice deontologico forense e mezzi istruttori. – 3. Il dovere di verità. – 4. Prove illecite e possibili conseguenze processuali. – 5. Dovere di verità e prove illecite.

1. *Premessa.* — L’etica dell’avvocato ruota attorno al potenziale conflitto tra la necessità di rispettare la legge e di comportarsi secondo lealtà e probità ai sensi dell’art. 88 cod. proc. civ. e l’obiettivo di tutelare le ragioni del proprio assistito. Egli, infatti, è in ogni caso tenuto a mantenere una condotta conforme all’etica durante lo svolgimento dell’intero giudizio, ivi compresa la fase della raccolta del materiale istruttorio in vista del conseguimento tanto dell’accertamento dei fatti, quanto di un risultato favorevole alla parte di cui ha assunto la difesa. È quindi lecito domandarsi se vi siano regole deontologiche che impongano all’avvocato di tenere un comportamento conforme a tale etica.

2. *Codice deontologico forense e mezzi istruttori.* — Dalla lettura del codice deontologico forense vigente <sup>(1)</sup> emerge che alcuni dei doveri imposti all’avvocato relativamente allo svolgimento

<sup>(1)</sup> L’attuale codice deontologico forense è stato approvato dal Consiglio nazionale forense nella seduta del 31 gennaio 2014 (pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 241 del 16 ottobre 2014) ed è stato da ultimo modificato con delibera del Consiglio nazionale forense del 21 marzo 2025 (pubblicata nella Gazzetta ufficiale n. 202 del 1° settembre 2025).

del suo mandato hanno delle ricadute, a volte dirette altre volte indirette, anche sull'attività di reperimento del materiale istruttorio. Tra questi, l'art. 38 rubricato «Rapporto di colleganza», dopo aver stabilito al comma 2 il divieto per l'avvocato di «registrare una conversazione telefonica con un collega» e la necessità di richiedere il consenso di tutti i partecipanti ad una riunione per poter procedere alla relativa registrazione<sup>(2)</sup>, dispone al successivo comma 3 che «l'avvocato non deve riportare in atti processuali o riferire in giudizio il contenuto di colloqui riservati intercorsi con i colleghi».

Ne deriva che commette un comportamento deontologicamente scorretto non solo ai sensi della norma richiamata, ma anche dei più generali doveri di lealtà di cui agli artt. 9 e 19 cod. deont. for., sanzionabile con la censura, l'avvocato che registri le conversazioni telefoniche intercorse con un collega a sua insaputa, e per di più le utilizzi in giudizio a qualsiasi fine, oppure le consegna al proprio assistito affinché sia quest'ultimo a servirsene come prova contro il collega in questione<sup>(3)</sup>. Tanto meno è possibile farne riferimento in uno scritto difensivo allo scopo di dimostrare

<sup>(2)</sup> Cass. pen., sez. un., 28 maggio 2003, n. 6747, in «Repertorio del foro italiano», 2003, voce *Prova penale*, n. 33; Cass. pen., sez. VI, 15 gennaio 2018, n. 1422, in «Il foro italiano», 2018, II, c. 252 ss.; Cass. pen., sez. fer., 17 ottobre 2017, n. 47602, *ibidem*; Cass. pen., sez. V, 29 settembre 2015, n. 4287, in «Repertorio del foro italiano», 2015, voce *Prova penale*, n. 52; Cass. pen., sez. I, 22 gennaio 2013, n. 6339, in «Repertorio del foro italiano», 2013, voce *Prova penale*, n. 83; Cass. pen., sez. VI, 16 marzo 2011, n. 31342, in «Repertorio del foro italiano», 2011, voce *Prova penale*, n. 33; Cass. pen., sez. I, 19 febbraio 2009, n. 14829, in «Repertorio del foro italiano», 2009, voce *Misure cautelari personali*, n. 75; Cass. pen., sez. IV, 4 ottobre 2007, n. 40332, in «Repertorio del foro italiano», 2008, voce *Intercettazione di conversazioni*, n. 95; Cass. pen., sez. III, 9 febbraio 2006, n. 10970, in «Giustizia penale», 2007, III, p. 717 ss.; Cass. pen., sez. VI, 9 febbraio 2005, n. 12189, in «Repertorio del foro italiano», 2005, voce *Intercettazione di conversazioni*, n. 35; Cass. pen., sez. VI, 26 marzo 1997, n. 1444, in «Giustizia penale», 1998, III, p. 697 ss.; v. altresì Cass. pen., sez. IV, 9 luglio 1996, n. 8237, in «Repertorio del foro italiano», 1997, voce *Prova penale*, n. 55; Cass. pen., sez. VI, 8 aprile, 1994, n. 6633, in «Rivista penale», 1994, p. 856 ss.; Cass. pen., sez. I, 22 aprile 1992, n. 5467, in «Il foro italiano», 1992, II, c. 553 ss.

<sup>(3)</sup> Cons. naz. for., 28 febbraio 1992, n. 39.

il mancato rispetto degli impegni assunti nell’ambito di trattative per la definizione bonaria del giudizio. Ciò in quanto, come chiarito, «qualunque registrazione magnetica, effettuata all’insaputa dell’interlocutore, (...), rappresenta una condotta deontologicamente scorretta e riprovevole, soprattutto se riguarda un collega, tenuto conto che il dovere di riservatezza e di segreto tutela sia la corrispondenza scambiata con il collega che il contenuto dei colloqui verbali (anche telefonici)», persino quando le predette attività siano solo millantate<sup>(4)</sup>.

Il successivo art. 48 cod. deont. for. stabilisce che la corrispondenza intercorsa tra colleghi e qualificata come riservata o comunque contenente proposte transattive e le corrispondenti risposte, non debba essere prodotta o riferita in giudizio, né essere riportata in atti processuali, a meno che non costituisca «perfezionamento o prova dell’accordo» transattivo o «assicuri l’adempimento delle prestazioni richieste». Allo stesso tempo, l’avvocato non può consegnare detta corrispondenza direttamente al suo assistito, dovendo invece, una volta venuto meno il mandato, affidarla al collega su cui graverà il medesimo dovere di riservatezza. Quanto stabilito prescinde «dalla valutazione del destinatario del divieto circa una prevalenza dei doveri di verità o di difesa sul principio di affidabilità e lealtà nei rapporti interprofessionali» e dagli effetti processuali della produzione vietata<sup>(5)</sup>.

A quanto pare, quindi, il codice deontologico, talvolta, riconosce prevalenza ai doveri di lealtà e correttezza rispetto all’esigenza di tutelare le ragioni dell’assistito.

3. *Il dovere di verità.* — Una menzione a parte merita senz’altro il dovere di verità di cui all’art. 50 cod. deont. for.<sup>(6)</sup>,

<sup>(4)</sup> Cons. distr. disc. Napoli, 7 luglio 2022, n. 86.

<sup>(5)</sup> Cons. naz. for., 10 aprile 2013, n. 58.

<sup>(6)</sup> A. CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, II, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2014, p. 522, il quale precisa che per dovere di verità delle parti non si intende il dovere di verità materiale, e pertanto esse non sono tenute ad allegare tutti i fatti oggettivamente veri, ed anche quelli *contra se*; ma il dovere di verità soggettiva o processuale, di modo che «il dovere in questione assume i “panni” più dimessi, ma indubbiamente

anch'esso connesso per un verso, ai doveri di lealtà e correttezza previsti sempre dal codice deontologico forense, agli artt. 9 e 19,

più funzionali, di componente imprescindibile della lealtà e probità processuale e, per questa via, reclama piena cittadinanza anche nel nostro ordinamento, sorretto dal "piedistallo normativo" dell'art. 88 c.p.c.». Sull'indagine relativa al dubbio se la parte abbia il dovere o un obbligo di dire la verità, v. M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018, p. 587, che suggerisce di optare per la locuzione «obbligo di verità» per sottolineare la prospettiva privatistica del tema, evocando «il rapporto di reciprocità fra le parti», e quella di «dovere di verità», per sottolineare, di converso, il «comportamento onesto dei litiganti nell'interesse pubblicistico»; sull'esistenza o meno di un divieto di mentire (aspetto negativo del dovere di verità) e sull'individuazione dei comportamenti dovuti dalla parte e riconducibili ai doveri di completezza e chiarezza dei fatti oggetto del giudizio (aspetti positivi del dovere di verità), v. ancora M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 313 ss.; F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1941, p. 193 s., a parere del quale l'art. 88 cod. proc. civ. allude all'opera di informazione delle parti «che può prestarsi, sotto lo stimolo dell'interesse in lite, a narrare al giudice il falso o a nascondergli il vero»; G.A. MICHELI, *L'onore della prova*, Padova, 1966, p. 170 ss., il quale chiarisce che la parte può rimanere inattiva, «ma se agisce deve dire la verità, non deve cioè scientemente mentire» e che il dovere di verità «si atteggia (...) quale un aspetto del dovere di buona fede processuale»; M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte del sistema dell'orality*, vol. I, Milano, 1962, p. 377 ss., nota 1; M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2012, p. 117 ss., spec. p. 125 ss.; L.P. COMOGLIO, *Dei doveri delle parti e dei difensori*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani, R. Vaccarella, vol. I, Torino, 2012, sub art. 88, p. 1117 ss., spec. p. 1122 ss., e con particolare riferimento al dovere di verità, p. 1132 s.; G. BERTOLINO, *Giusto processo civile e verità: contributo allo studio della relazione tra garanzie processuali e accertamento dei fatti nel processo civile*, Torino, 2010, p. 158 s.

Contra, G. SCARSELLI, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1998, p. 91 ss., spec. p. 112 ss.; C. MANDRIOLI, *Dei doveri delle parti e dei difensori*, in *Commentario del codice di diritto processuale civile*, diretto da E. Allorio, vol. I, 2, Torino, 1973, sub art. 88, p. 959 ss.; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Milano, 1959, p. 289, secondo il quale «l'obbligo di dire il vero non sussiste nell'ordinamento positivo se non a carico del testimone»; v. anche C. CONSOLO, *Ascendenze tra gli stili e i sistemi di diritto processuale civile nel XX secolo e ragioni della loro tutt'ora difficile «osmosi»*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 2015, p. 127 ss., spec. p. 154 ss.

e per l'altro, ai doveri di lealtà e probità previsti dal codice di rito civile all'art. 88<sup>(7)</sup>. Si tratta di una norma che ha completato e specificato la portata del suo antenato, l'art. 14 del vecchio codice deontologico, che imponeva all'avvocato: di rendere in giudizio dichiarazioni vere sull'esistenza o inesistenza di fatti; di non introdurvi prove false; e di menzionare i provvedimenti già ottenuti o negati.

Nel far ciò, la nuova disposizione ha in parte ripreso la formulazione originaria che risale al 1997, antecedente alla revisione del 1999<sup>(8)</sup>. Nell'ultima versione dell'art. 14 del codice deontologico previgente, infatti, con riguardo alle prove false nel giudizio, era stato sostituito il termine «utilizzazione» con quello di «introduzione», poiché si era ritenuto che la locuzione «utilizzare» atti e documenti falsi poteva essere interpretata come divieto non solo di predisporre prove false ma anche di interloquire sulle stesse se favorevoli alla parte difesa, qualora fossero state già acquisite al processo, «con tutte le problematiche conseguenti alla c.d. difesa del colpevole»<sup>(9)</sup>.

<sup>(7)</sup> M. BINA, *La felicità dell'avvocato: diritto forense e processo civile*, Torino, 2024, p. 234 ss., secondo il quale alla luce dell'impianto normativo, le parti hanno un dovere di collaborare lealmente all'accertamento dei fatti; M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 515 ss.; ID., *Doveri delle parti e dei terzi*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. Tiscini, coordinato da M. Farina, Pisa, 2023, p. 29 ss., spec. p. 38 ss.; E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in «Rivista di diritto processuale», 1966, p. 580 ss., spec. p. 587; F. MACIOCE, *La lealtà: una filosofia del comportamento processuale*, Torino, 2005, p. 231 ss., spec. 243, dove afferma che «la verità specifica del comportamento processuale delle parti è la lealtà, e viceversa che il dovere di lealtà e probità impone alle parti anche un obbligo di agire secondo verità».

<sup>(8)</sup> Si tratta, infatti, del codice deontologico forense approvato dal Consiglio nazionale forense con delibera del 17 aprile 1997, successivamente oggetto di alcune modifiche ad opera della Commissione per la revisione del codice, approvate dal Consiglio nazionale forense con delibera del 16 ottobre 1999. In argomento, cfr. R. DANOV, *Commentario del codice deontologico forense*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2004, p. 8.

<sup>(9)</sup> R. DANOV, *Commentario del codice deontologico forense*, 2<sup>a</sup> ed., cit., p. 248 ss.; F. CIPRIANI, *L'avvocato e la verità*, in «La previdenza forense», 2003, p. 222 ss., ripubblicato in *Il processo civile nello Stato democratico: saggi*, Napoli, 2006, p. 131 ss., spec. p. 135, da cui saranno tratte le successive citazioni.

L'odierno art. 50, invece, vieta all'avvocato di introdurre nel procedimento prove, elementi di prova o documenti che sappia essere falsi; ma anche di utilizzare nel procedimento prove, elementi di prova o documenti prodotti o provenienti dalla parte assistita che sappia o apprenda essere falsi. Allo stesso tempo gli impone, nei casi in cui apprenda della falsità solo in un momento successivo all'introduzione nel procedimento di materiale istruttorio falso, proveniente dalla parte assistita, di non utilizzarlo o di rinunciare al mandato. La norma, inoltre, prosegue con altre previsioni sul dovere dell'avvocato di: «non impegnare di fronte al giudice la propria parola sulla verità dei fatti esposti in giudizio» (comma 4); «non rendere false dichiarazioni sull'esistenza o inesistenza di fatti di cui abbia diretta conoscenza e suscettibili di essere assunti come presupposto di un provvedimento del magistrato» (comma 5); «indicare i provvedimenti già ottenuti, compresi quelli di rigetto nella presentazione di istanze o richieste riguardanti lo stesso fatto» (comma 6) <sup>(10)</sup>.

Il dovere di verità dell'avvocato è stato correttamente ricondotto nell'alveo dei doveri di lealtà e probità *ex art.* 88 cod. proc. civ. <sup>(11)</sup>, con ciò attribuendogli «uno statuto etico condiviso con

<sup>(10)</sup> L'art. 50 cod. deont. for. conclude stabilendo che la violazione dei divieti di cui ai commi precedenti ad eccezione dell'ultimo, sanzionato con l'avvertimento, comporta l'applicazione della sanzione disciplinare della sospensione dall'esercizio dell'attività professionale da uno a tre anni.

<sup>(11)</sup> Sulla distinzione tra lealtà e probità di cui all'art. 88 cod. proc. civ., cfr. V. ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1973, p. 328, secondo il quale «la lealtà è l'abito di cui è schietto e naturalmente aborre dalla mala fede e dal tradimento, mentre la probità è propria di chi opera con rettitudine, secondo i dettati della coscienza»; più di recente, cfr. anche per riferimenti, M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 754 ss., secondo cui la lealtà attiene alla relazione con un altro soggetto, al rapporto di correttezza con la controparte o il terzo; la probità è riferita al ruolo del cittadino di fronte all'intera comunità, nel senso che «è probo colui che è di esemplare onestà, di comprovata integrità morale, colui che vive secondo rettitudine». Non si tratta di caratteri necessariamente sovrappponibili: chi mente per proteggere un amico dalla cattura, è leale verso l'amico ma improbo rispetto alla comunità. Dalla probità processuale si ricava: un generale dovere di verità, di natura pubblica, più ampio dell'obbligo privato di verità, rispetto agli avversari o i terzi che ne

quelle virtù che proteggono la fiducia reciproca nelle relazioni, indipendentemente dal fatto che lo si qualifichi come una situazione giuridica o lo si confini su un piano esclusivamente morale»<sup>(12)</sup>. L'art. 50 cod. deont. for. quindi, sanziona l'avvocato che pone in essere comportamenti processuali che la parte per prima non deve compiere in quanto contrari anche ai doveri di lealtà e probità, che unitamente alla garanzia del contraddittorio, rappresentano le garanzie minime che consentono al processo di avanzare verso la

verrebbero danneggiati. Non essendo concepibile un dovere di verità a carico della parte a presidio dell'interesse dello Stato, è dal dovere di probità che si può ricavare un dovere pubblico di verità più morale che giuridico, visto che non sono previste sanzioni, se non in casi specifici che prevedono multe a favore della cassa delle ammende ma che non possono essere generalizzate e che pertanto rafforzano l'obbligo privato di verità nel processo.

<sup>(12)</sup> M. BINA, *La felicità dell'avvocato*, cit., p. 239; M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 746 ss.; ID., *Doveri delle parti e dei terzi*, cit., p. 39, il quale sottolinea come anche a seguito della c.d. riforma Cartabia, di cui al decreto legislativo n. 149 del 2022, che ha collegato esplicitamente l'obbligo di collaborazione a quello di lealtà processuale, là dove si utilizza la locuzione «dovere di leale collaborazione» (*id est* art. 473-bis.18 c.p.c.), può dirsi superata la tesi secondo cui «la lealtà non abbia niente a che fare con l'obbligo di verità» posto che «la collaborazione delle parti è un aspetto della lealtà processuale» e che «l'obbligo di collaborazione è a sua volta un aspetto dell'obbligo di verità»; L.P. COMOGLIO, *Regole deontologiche e doveri di verità nel processo*, in «Nuova giurisprudenza civile commentata», 1998, II, p. 128 ss., spec. p. 132, ad avviso del quale sussiste a carico delle parti un obbligo di verità «espressione particolare dei generali principi di lealtà, di probità, di sincerità e di buona fede processuale, condividendone il medesimo fondamento deontologico»; A. CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, II, cit., p. 500 ss.; G. SCARSELLI, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, cit., p. 118, il quale pure nega che sussista un dovere di verità in capo alle parti ma allo stesso tempo riconosce che vi possono essere ipotesi in cui è invece necessario «porre dei limiti all'assenza del dovere di verità al diritto della parte a non essere completa» «al fine di mantenere la dinamica processuale all'interno di una dialettica corretta»; C. MANDRIOLI, *Dei doveri delle parti e dei difensori*, cit., p. 961; v. anche, B. CAVALLONE, *Intervento*, in *Etica del processo e doveri delle parti*, Atti del XXIX Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Bologna, 2015, p. 251, ritiene che l'art. 88 cod. proc. civ. sia una norma priva di efficacia precettiva poiché non ha senso la sua proposizione contraria, in quanto nessuno osserverebbe realmente una norma se imponesse di seguire un comportamento processuale sleale.

ricerca della verità, intesa come accertamento pieno dei fatti<sup>(13)</sup>. Invero, il dovere di verità riveste una fondamentale importanza in quanto, oltre a incidere sull'efficienza del processo nel senso appena spiegato, dà voce al sentimento di profonda ingiustizia che può pervadere la società rispetto al conseguimento di un provvedimento giurisdizionale favorevole, ma basato sul mendacio o sull'omissione, che in quanto percepiti come sleali sono idonei ad alterare lo svolgimento della sana dialettica processuale<sup>(14)</sup>.

<sup>(13)</sup> M. BINA, *La felicità dell'avvocato*, cit., p. 243 s., in cui spiega come l'avvocato sia tenuto a dire il vero nella misura in cui anche la parte è tenuta a dire la verità nel processo, non essendo il primo gravato dall'ulteriore dovere di ricerca della verità. Spiega altresì, che la lealtà opera quale «strumento impre-scindibile per la ricerca della “verità” in un dominio nel quale opera una logica del “probabile” e del “ragionevole”» (cui *adde*, F. CAVALLA, *Retorica giudiziale, logica e verità*, in *Retorica, processo, verità: principi di filosofia forense*, a cura di F. Cavalla, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2007, p. 18 ss.); v. altresì, N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2010, p. 188, che evidenzia la rilevanza giuridica dell'art. 88 cod. proc. civ. e il suo «ruolo centrale nell'esperienza processuale» in quanto «agire in modo sleale significherebbe, infatti, violare il contraddittorio e, così, compromettere la possibilità che il processo attinga la “verità”, sia pure soltanto probabile»; V. ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 328.

<sup>(14)</sup> F. CIPRIANI, *L'avvocato e la verità*, cit., p. 135, il quale riconosce che «vi sia una certa qual confusione sull'essenza e la funzione della dialettica, che è l'arte del ragionare, dell'argomentare e del confutare le opinioni altrui, non certo uno strumento per imbrogliare meglio il prossimo e più o meno paragonabile al gioco delle carte»; G. CALOGERO, *Probità, lealtà, veridicità nel processo civile*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1939, I, p. 129 ss., spec. p. 137, dove scrive che «la lealtà presuppone la veridicità perché non è dato essere leali mentendo», ma aggiunge che «dal punto di vista di chi s'interessa del problema giuridico, e non di ricerche sui prevalenti rapporti semantici di quei termini, si può invece solo concludere che da tali indagini non potrà ricavarsi alcun chiarimento circa l'eventuale volontà di legge reprimente la slealtà e autorizzante il mendacio, perché è la legge stessa che dovrà chiarire il modo in cui vuole che siano intesi quei termini»; v., altresì, M. BINA, *La felicità dell'avvocato*, cit., p. 238, il quale considera indispensabile il dovere di verità anche per consentire all'avvocato «di riaffermare il suo ruolo di terzietà rispetto alla parte»; R. DANNOVI, *Dei doveri dell'avvocato nel processo*, in Id., *Deontologia e giustizia*, Milano, 2003, p. 69 ss.; L.P. COMOGLIO, *Regole deontologiche e doveri di verità nel processo*, cit., p. 128 ss.; Id., V. ZAGREBELSKY, *Modello accusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica*, in «Rivista

L'ambito di applicazione dell'art. 50 cod. deont. for. è piuttosto ampio, riferendosi alle condotte che l'avvocato può tenere pure al di fuori dell'ambito processuale e non riguardanti necessariamente l'esercizio della professione in senso stretto, ma che a prescindere dalla loro notorietà, possono riflettersi negativamente su di essa, compromettendo «l'immagine dell'avvocatura quale entità astratta con contestuale perdita di credibilità della categoria»<sup>(15)</sup>.

Esaminando il tenore strettamente letterale della norma, parrebbe che si occupi del solo problema della falsità della prova, legittimamente acquisita al processo, che sia stata previamente manipolata dalla parte o dallo stesso difensore. Pertanto, viola senz'altro il dovere di verità, nonché quelli di lealtà e correttezza *ex artt. 9 e 19 cod. deont. for.*, l'avvocato che consapevolmente introduca nel processo prove false, a nulla rilevando la successiva rinuncia ad avvalersi delle stesse o la loro asserita superfluità probatoria<sup>(16)</sup>. Parimenti, non incide sulla rilevanza dell'illecito deontologico, la circostanza che la prova introdotta non abbia influito sul convincimento – e quindi sulla decisione – del giudice, e in generale che non abbia avuto ricadute sullo svolgimento del processo<sup>(17)</sup>.

italiana di diritto e procedura penale», 1993, p. 435 ss., spec. p. 486 ss., che anche sulla scorta degli studi sull'ordinamento nordamericano, evidenziano come «alla piena libertà dell'argomentare in difesa del cliente (...) si contrappone come limite deontologico – manifestazione del dovere di lealtà – il divieto di falsare la realtà»; G. SCARSELLI, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, cit., p. 117 s.; C. LEGA, *Deontologia forense*, Milano, 1975, p. 156 ss.

<sup>(15)</sup> Così, Cons. naz. for., 15 aprile 2019, n. 9. Per una lettura ampia del dovere di verità dell'avvocato, tanto nell'ambito della vita professionale quanto in quello della vita privata del professionista, v. in particolare G. RUFFINI, *Lealtà e verità nella vita dell'avvocato*, in «Etica e giustizia: rivista di cultura giuridica», 2025, p. 15 ss.

<sup>(16)</sup> Cons. naz. for., 15 dicembre 2022, n. 250; Cons. naz. for., 16 luglio 2007, n. 88, *id.*, secondo cui «pone in essere un comportamento deontologicamente rilevante l'avvocato che utilizzi in una procedura esecutiva un documento falso ai fini di ottenere la sospensione della procedura stessa e richiesto non dia chiarimenti al Consiglio dell'ordine sul suo comportamento».

<sup>(17)</sup> Cons. naz. for., 9 ottobre 2020, n. 184.

Secondo il Consiglio nazionale forense, che interpreta l'art. 50 cod. deont. for. in senso estensivo dando rilievo anche al necessario rispetto di regole puramente processuali, rientra nella violazione dei doveri in questione, nonché di quelli attinenti al rapporto di colleganza (*ex art. 38 cod. deont. for.*), anche la intenzionale produzione documentale tardiva, non dovuta a negligenza, finalizzata a porre in essere «uno stratagemma processuale, tale da impattare e attirare l'attenzione del giudice in modo dirompente ai fini del giudizio», poiché lede il diritto di difesa di controparte e il principio del contraddittorio, anche se diretta a dimostrare la falsità della tesi avversaria<sup>(18)</sup>.

Altrettanto rilevante dal punto di vista deontologico, oltre che penale o civile, è l'attività di falsificazione di atti giudiziari, documenti o certificati, posta in essere dall'avvocato o dal suo assistito al fine di servirsene per vari scopi fuori e nel processo<sup>(19)</sup>; così come l'indottrinamento di un teste o della stessa parte in sede di interrogatorio formale, poiché sebbene quest'ultima non sia tenuta a dire la verità sotto minaccia di sanzione penale, non deve nemmeno essere indotta a mentire su suggerimento del difensore<sup>(20)</sup>. Allo stesso tempo è sanzionabile anche l'ignoranza colpevole dell'avvocato rispetto a quanto riferitogli dall'assistito qualora

<sup>(18)</sup> Cons. naz. for., 19 dicembre 2019, n. 188.

<sup>(19)</sup> Cons. naz. for., 3 maggio 2005, n. 86, sulla falsa certificazione della preitura comprovante l'avvenuto pagamento di un articolo di campione penale in realtà mai effettuato; Cons. naz. for., 13 marzo 2024, n. 66, sulla falsificazione di atti giudiziari per nascondere al cliente l'omesso svolgimento della relativa attività professionale commissionatagli; Cons. naz. for., 4 luglio 2002, n. 93, sulla falsificazione di un bollettino di pagamento all'ordine della tassa annuale d'iscrizione, dove l'avvocato aveva dichiarato di avere provveduto al pagamento inviando come prova il bollettino falso; Cons. naz. for., 15 dicembre 2006, n. 167, con riguardo alla condotta dell'avvocato che, pur non essendo l'autore del falso materiale di documenti, ne sia comunque a conoscenza, poiché detto illecito contegno oltre a violare i summenzionati principi di lealtà, probità e correttezza e il dovere di verità, trasgredisce anche ai principi di indipendenza e autonomia.

<sup>(20)</sup> Cons. distr. disc. Napoli, 22 ottobre 2020, n. 43, secondo cui viola l'art. 50 cod. deont. for. il difensore che, al fine di supportare la tesi sostenuta nell'interesse del cliente, si spinge fino a non verbalizzare fedelmente le dichiarazioni

la realtà emerga dal complesso delle ulteriori informazioni o del materiale istruttorio raccolti nel corso del giudizio, che egli abbia consapevolmente ignorato pur essendo la verità facilmente verificabile<sup>(21)</sup>.

Quanto detto attiene al pacifico ambito di applicazione della norma e al significato letterale cui la locuzione «prove false» si riferisce. Occorre però chiedersi se vi sono altre fattispecie, diverse, che una volta verificatesi possano comunque rientrare nella violazione del dovere di verità. È l'ipotesi in cui il difensore, senza aver compiuto alcuna attività illegale, entra in possesso di prove che sono il risultato di un illecito compiuto dal cliente. Si tratterebbe in questo caso di prove cosiddette illecite della cui veridicità però non si discute, nel senso che sono astrattamente idonee a dimostrare i fatti oggetto della controversia e pertanto contribuirebbero al raggiungimento della verità, cui si è fatto cenno. La circostanza che le prove illecite siano state reperite o formate dalla parte, magari anche prima o comunque fuori dal processo, e che siano idonee a rappresentare correttamente i fatti, esclude ogni responsabilità del difensore che poi le utilizza nel giudizio in corso?

4. *Prove illecite e possibili conseguenze processuali.* — A questo punto, e senza alcuna pretesa di esaustività, una digressione sul tema della illiceità della prova è d'obbligo. Preliminarmente, è bene ricordare che per prova illecita si intende quella prova che

assunte in sede di indagini difensive e predispone le risposte che i dichiaranti devono fornire.

<sup>(21)</sup> M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 405 ss., che se ne occupa con riferimento al comportamento della parte; S. PUGLIATTI, *Conoscenza*, in *Encyclopédia del diritto*, vol. IX, Milano, 1961, p. 45 ss., spec. p. 105 ss., dove approfondisce la correlazione tra la verità e il processo. V. altresì Cons. naz. for., 4 giugno 2009, n. 54, che ai fini della valutazione della diligenza e della lealtà nelle esibizioni documentali in causa, chiarisce che al difensore non può essere richiesto un giudizio stringente ed approfondito sulla congruenza di un documento all'oggetto della causa che vada oltre una valutazione di non estraneità, oggettiva e soggettiva, né tantomeno un'indagine sulla verità dei fatti riferitigli dal cliente che vada oltre una valutazione di verosimiglianza.

sia stata ottenuta o formata in violazione di una norma di natura sostanziale, penale, civile o amministrativa, sia essa precostituita o costituenda (tra gli esempi si considerino rispettivamente il documento sottratto fraudolentemente alla controparte o la testimonianza estorta con violenza o minaccia) (22). Secondo una nozione

(22) In questo senso, sia consentito rinviare a N. MINAFRA, *Contributo allo studio delle prove illecite nel processo civile*, Napoli, 2020, p. 101 ss.; nonché a L. PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, Torino, 2017, p. 85 ss.

La prova illecita va tenuta distinta dalle categorie affini della prova atipica, o innominata, ossia quella non prevista dalla legge o, comunque, non compresa espressamente nel catalogo legale di prove. La prova può dirsi atipica con riferimento alla fonte, nel senso che non è prevista dalla legge (ma non per questo è vietata), e al procedimento di assunzione della stessa (cfr. G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 7<sup>a</sup> ed., vol. II, Bari, 2025, p. 190 ss.; A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2011, p. 693 ss.; D. DALFINO, *Illegally Obtained Evidence and the Myth of Judicial Truth in the Italian System: a Matter of Balancing*, in *Derecho, Justicia, Universidad: Liber Amicorum de Andrés de la Oliva Santos*, Madrid, 2016, vol. I, p. 897 ss., spec. p. 906 s.; M. TARUFFO, *Fatti e prove*, in *La prova nel processo civile*, a cura di M. Taruffo, vol. del *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni e P. Schlesinger, Milano, 2012, p. 75 ss.; G.F. RICCI, *Le prove illecite nel processo civile*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1987, p. 63 ss.; E. ALLORIO, *Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperte in contrasto con un divieto di legge?*, in «Giurisprudenza italiana», 1960, p. 867 ss.; M. CAPPELLETTI, *Efficacia di prove illegittimamente ammesse e comportamento della parte*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, vol. II, Milano, 1963, p. 175 ss.; v., altresì, da ultimo, N. MINAFRA, *Contributo allo studio delle prove illecite nel processo civile*, cit., p. 162 ss.; L. PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, cit., p. 158 ss.): in entrambi i casi, comunque, non sussiste sovrapposizione con la prova illecita (sulla presunta tassatività del catalogo legale di prove, cfr. A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, cit., p. 693 ss.).

La prova illecita va altresì tenuta distinta dalla prova illegittima, ottenuta cioè violando le norme tecniche processuali o sostanziali che regolano i limiti di ammissibilità della prova, o le modalità con cui può trovare ingresso nel processo (v. N. MINAFRA, *Contributo allo studio delle prove illecite nel processo civile*, cit., p. 169 ss.; L. PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, cit., p. 155 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2010, p. 64 ss.; N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, 2<sup>a</sup> ed., cit., p. 307 s.; F. PERONI, *Prova illegittima e prova illecita: una singolare nozione di inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p.*, in «Cas-

più restrittiva, che la sovrappone alla cosiddetta prova incostituzionale, è illecito il mezzo istruttorio ottenuto o formato violando proprio i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione<sup>(23)</sup>.

È però cruciale sapere come gestire il materiale istruttorio illecito se comunque trova ingresso nel processo, avendo chiari da una parte, il richiamato obiettivo di raggiungere l'accertamento veritiero dei fatti alla base della domanda giudiziale<sup>(24)</sup>, in quanto non si tratta di prove «false» ma al contrario di prove pienamente attendibili e idonee a dimostrare la fondatezza della domanda<sup>(25)</sup>; e dall'altra parte, la necessità di tutelare e preservare quei diritti e quelle libertà fondamentali, definiti inviolabili dalla Costituzione, che siano stati lesi dall'ottenimento della prova in questione.

Le tesi sono sostanzialmente due. In osservanza della prima:  
a) deve darsi prevalenza allo scopo di accettare la verità dei fatti

sazione penale», 2005, p. 922 ss.): l'inosservanza di tali regole può determinare un'ipotesi di invalidità, il cui risultato può oscillare tra la mera irregolarità e la nullità (L. PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, cit., p. 169, che fa riferimento all'art. 257, comma 2, cod. proc. civ. secondo cui il giudice dà luogo ad un nuovo esame dei testimoni anche se già interrogati al fine di «chiarire la loro deposizione o di correggere irregolarità avveratasì nel precedente esame»).

<sup>(23)</sup> Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34, in «Giurisprudenza costituzionale», 1973, p. 316 ss., con nota di V. GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, la quale stabilì che le «prove ottenute attraverso modalità, metodi e comportamenti realizzati in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino garantiti dalla Costituzione» restano prive di ogni effetto.

<sup>(24)</sup> D. DALFINO, *Illegally Obtained Evidence and the Myth of Judicial Truth in the Italian System*, cit., p. 900.

<sup>(25)</sup> M. TARUFFO, *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, p. 160 ss.; L. PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, cit., p. 208. Se, invece, l'attività illecita è finalizzata a costituire una prova falsa, la sua estromissione dal materiale probatorio del giudizio dipende dalla sua inettitudine a condurre all'accertamento pieno dei fatti, e non dalla previsione di divieti probatori o dalle regole di esclusione. Tra gli esempi, si consideri l'alterazione dolosa di una scrittura privata o di un atto pubblico; la manomissione di riproduzioni fotografiche, fonografiche o video; la corruzione o la minaccia di un testimone; l'estorsione di una confessione falsa. Cfr. M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 336 ss.

realmente accaduti (26), che trova il suo fondamento nel diritto alla prova, anch'esso costituzionalmente garantito e a sua volta connesso ai diritti di azione e di difesa (27); b) l'illecito è compiuto

(26) Tale impostazione deriva da una visione del processo civile più attento al contenuto della decisione, affinché sia espressione di giustizia sostanziale: v. L. PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, cit., p. 354 ss.; secondo un'ottica pubblicistica della giurisdizione, la sentenza è giusta se basata sull'accertamento della verità dei fatti di causa: cfr. M. TARUFFO, *Disponibilità delle prove*, in Id., A. CARRATTA, *Poteri del giudice: art. 112-120*, vol. del *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2011, *sub art.* 115, p. 447 ss., spec. p. 473; sul concetto relativizzato di «verità dei fatti», v. B. CAVALLONE, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un recente libro di Michele Taruffo)*, in «Rivista di diritto processuale», 2010, p. 9 ss.; contra, M. TARUFFO, *Contro la veriphobia: osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in «Rivista di diritto processuale», 2010, p. 1003; cfr. altresì, L. DITTRICH, *La ricerca della verità nel processo civile: profili evolutivi in tema di prova testimoniale, consulenza tecnica e fatto notorio*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2011, p. 108, il quale chiarisce che dal punto di vista del privato cittadino, il processo può assolvere alla funzione di tutela del diritto soggettivo leso solo se strutturato in modo tale da garantire il potere alle parti di dimostrare la verità dei fatti della domanda giudiziale. V. anche G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, 6<sup>a</sup> ed., vol. I, Padova, 2012, p. 267, nota 21, secondo il quale «il processo non “serve” ad accettare la verità dei fatti allegati in giudizio, ma serve ad accettare e dichiarare il diritto» e «per assolvere a questa funzione è assolutamente indispensabile che il giudice *conosca i fatti*, e per la *suddetta cognizione* sono necessarie le prove, non per un preteso accertamento della verità in assoluto». Aggiunge poi che la cognizione è più fedele alla giurisdizione se «si avvicina alla realtà delle vicende vissute».

(27) In dottrina, cfr. I. ANDOLINA, G. VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino, 1997, p. 97; V. DENTI, *Armonizzazione e diritto alla prova*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1994, p. 673; L.P. COMOGLIO, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1994, p. 1075; E.F. RICCI, *Su alcuni aspetti problematici del diritto alla prova*, in «Rivista di diritto processuale», 1984, p. 159; N. TROCKER, *Processo civile e Costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, 1974, p. 513; M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in «Rivista di diritto processuale», p. 74 ss., spec. p. 106, secondo il quale «il diritto alla prova può essere definito come il diritto delle parti di influire sull'accertamento giudiziale dei fatti per mezzo di tutte le prove rilevanti, dirette e contrarie, di cui dispongono»; M. CAPPELLETTI, V. VIGORITI, *I diritti costituzionali delle parti*

fuori dal processo e, pertanto, non può influire sulla validità degli atti compiuti al suo interno, e deve essere sanzionato nelle sedi opportune; c) non esiste una norma che vietи l'utilizzo delle prove illecite nel giudizio civile, e al contrario, dagli artt. 115, comma 1, e 183, comma 4 cod. proc. civ. (già art. 183, comma 7, cod. proc. civ.), emergerebbe la regola inversa, ossia che il giudice debba decidere la causa in base delle prove proposte dalle parti, che siano ammesse (e rilevanti in base alla vecchia formulazione dell'art. 183, comma 7, cod. proc. civ., ora abrogato), senza aggiungere ulteriori limiti<sup>(28)</sup>.

Sulla base della seconda tesi, invece, non può riconoscersi prevalenza al solo obiettivo del raggiungimento della verità a ogni costo, e legittimare *a posteriori* la violazione della legge per reperire la prova e garantirsi così un vantaggio personale nel processo<sup>(29)</sup>, anche perché nell'ordinamento sono già individuati dei limiti a tutela di diritti e libertà fondamentali. Basta leggere in senso costituzionalmente orientato il principio civilistico dell'onere della prova *ex art. 2697 cod. civ.*, secondo il quale la parte, se intende dimostrare la fondatezza della propria pretesa, deve assolvere tale onere con mezzi leciti e, quindi, conformi al diritto<sup>(30)</sup>; quello di natura penale che vieta l'esercizio delle proprie ragioni con vio-

*nel processo civile italiano*, in «Rivista di diritto processuale», 1971, p. 637; e per punti critici, B. CAVALLONE, *Critica della teoria delle prove atipiche*, in «Rivista di diritto processuale», 1978, p. 679 ss.; Id., *Oralità e disciplina delle prove nella riforma del processo civile*, in «Rivista di diritto processuale», 1984, p. 686 ss.; C. VOCINO, *Ma la colpa è di Voltaire*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1976, p. 668 ss.; in argomento, v. anche G. MICCOLIS, *Limi ti al diritto alla prova e garanzia costituzionale dell'azione*, in «Diritto e giurisprudenza», 1989, p. 43.

<sup>(28)</sup> L. PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, cit., p. 359 ss.

<sup>(29)</sup> D. DALFINO, *Illegally Obtained Evidence and the Myth of Judicial Truth in the Italian System*, cit., p. 898 s.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 67; cfr. A.D. DE SANTIS, *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, Napoli, 2018, p. 1, secondo cui la circostanza che esistono «diritti più diritti di altri» (locuzione di M.G. GAROFALO, *Intervento*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 1989, p. 1176), si riflette sulle scelte legislative di differenziare la tutela.

<sup>(30)</sup> F. ANGELONI, *Le prove illecite*, Padova, 1992, p. 52.

lenza su cose o persone, ai sensi degli artt. 392 e 393 cod. pen., poiché acquisire una prova trasgredendo la legge, anche costituzionale, non è altro che una modalità di farsi giustizia da sé<sup>(31)</sup>.

Invero, dovrebbe potersi desumere l'esistenza di un divieto probatorio, in primo luogo, dalle garanzie presenti nella Costituzione che tutelano i diritti fondamentali, talvolta inviolabili, dell'individuo (artt. 13, 14, 15 Cost.), i quali impongono la caducazione degli effetti di atti lesivi dei diritti stessi, se realizzati fuori dai limiti espressamente stabiliti dalle norme richiamate (in questo senso, v. anche l'art. 21 Cost.)<sup>(32)</sup>. In secondo luogo, il codice di procedura civile prevede strumenti tipici per ottenere la produzione in giudizio, in modo lecito, di un documento rilevante, ma nella disponibilità della controparte o del terzo, come l'ordine di esibizione *ex* artt. 210 ss. cod. proc. civ., motivo per cui l'utilizzo di un documento illegalmente sottratto comporta anche la violazione della legge processuale e non solo di quella sostanziale<sup>(33)</sup>.

<sup>(31)</sup> A. GRAZIOSI, *Usi e abusi di prove illecite e prove atipiche nel processo civile*, cit., p. 703; D. DALFINO, *Illegally Obtained Evidence and the Myth of Judicial Truth in the Italian System*, cit., p. 898 s.; A. PACE, *Rapporti civili*, in ID., G. AMATO, F. FINOCCHIARO, *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1977, *sub* art. 15, pp. 109-113. Per la medesima finalità di cui all'art. 392 cod. pen., è stata prevista la tutela possessoria, cfr. E. ALLORIO, *Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*, cit., p. 872, secondo cui «nel caso del profilarsi di un diritto sostanziale della parte produtente sul documento, come non considerare che, almeno nel caso di illecita sottrazione del documento ad opera della stessa parte produtente, sarebbe contro quest'ultima esperibile, durante il processo in cui essa tenta di approfittare del documento sottratto, la tutela possessoria, onde potrebbe venire immediatamente privata della disponibilità del documento sottratto e illecitamente prodotto».

<sup>(32)</sup> Si pensi all'art. 13, comma 3, Cost., ad esempio, il quale dispone che gli atti restrittivi della libertà personale, se posti in essere in violazione delle modalità e dei limiti previsti dalla legge, sono revocati e «restano privi di ogni effetto».

<sup>(33)</sup> A. GRAZIOSI, *Contro l'utilizzabilità della prova illecita nel processo civile*, in «Il giusto processo civile», 2016, p. 945 ss.: questo deficit di tutela dovrebbe, piuttosto, stimolare il legislatore a rendere detto strumento processuale più efficiente, non certo a giustificare la commissione di un reato.

5. *Dovere di verità e prove illecite.* — Chiariti i termini del problema con riguardo alla nozione e alla possibilità di utilizzare le prove di origine illecita nel processo civile, sorge il dubbio se il rispetto del dovere di verità abbia una sua rilevanza anche in questa fattispecie. Non si nega, infatti, che non vi sia ancora una legiferazione espressa sulla illiceità della prova e che per tale ragione ognuno è legittimato a detenere un'opinione diversa. Altrettanto innegabile, però, è che a monte sussista una questione di etica.

Se il cliente sottopone all'attenzione dell'avvocato un documento di cui è entrato in possesso illegalmente, si esce dall'ambito di applicazione descritto espressamente dall'art. 50 cod. deont. for.; ciò nondimeno si pone un problema di etica che si può definire bidimensionale, in quanto si riferisce da un lato, al rapporto insistente tra l'avvocato e il suo assistito; e, dall'altro, alle attività che il primo compie nella dialettica processuale. È possibile sostenere che, sotto il profilo del rapporto tra l'avvocato e il proprio assistito, un comportamento corretto anche dal punto di vista deontologico imporrebbe al primo di chiarire che quel tipo di attività non è ammissibile, nel senso che le prove messe a sua disposizione non possono essere introdotte nel processo. Di contro, se si procede in ogni caso utilizzando quel materiale istruttorio in giudizio, si pone un problema di etica nel processo.

Vi è più che, se la controparte legittimamente eccepisca l'origine illegale di quel materiale istruttorio, il difensore che ne ha fatto uso sarà costretto a mentire dando, là dove possibile, una spiegazione sulle modalità alternative attraverso le quali la parte avrebbe ottenuto lecitamente quel documento. In tal modo, l'avvocato trasgredisce l'art. 88 cod. proc. civ., ossia quei declamati doveri di lealtà e probità che vietano agli avvocati di porre in essere manovre o artifici tali da impedire o rendere particolarmente gravoso alla controparte il diritto «di far valere le sue ragioni dinanzi al giudice, in tutti i modi e con tutte le garanzie stabilite dalla legge», limitando «la piena e regolare applicazione del principio del contraddittorio»<sup>(34)</sup>; e lo stesso art. 50, comma 5, cod.

<sup>(34)</sup> A. CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, II, cit., p. 505, che richiama le parole di E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale*

deont. for., nella misura in cui stabilisce che l'avvocato «non deve rendere false dichiarazioni sull'esistenza o inesistenza di fatti di cui abbia diretta conoscenza e suscettibili di essere assunti come presupposto di un provvedimento del magistrato».

Del resto, come autorevolmente chiarito, il dovere di verità dell'avvocato «non prescrive certo (né potrebbe mai sancire) "in positivo" a carico del difensore un dovere generalizzato di collaborazione alla ricerca della verità oggettiva di qualsiasi fatto rilevante, favorevole o sfavorevole alla parte assistita, ma si preoccupa soltanto di consacrare "in negativo" il divieto di allegazioni consapevolmente false e il divieto di utilizzazione consapevole di prove o di dichiarazioni false»<sup>(35)</sup>. Se pure si volesse sostenere che le dichiarazioni a lui fornitegli dall'assistito non rientrino nel concetto della sua «diretta conoscenza», è però certo che l'avvocato ometterebbe di riferire della origine illecita della prova, ponendo in essere una condotta reticente. Ed anche la reticenza costituisce una possibile forma di falso che può indurre il giudice in errore, ascrivibile, pertanto, alle fattispecie disciplinate dall'art. 50 cod. deont. for.<sup>(36)</sup>.

civile, 4<sup>a</sup> ed., vol. I, Milano, 1981, p. 107 s.; G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, cit., p. 177.

<sup>(35)</sup> L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 24 ss., spec. nota 81; ne dà atto anche M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 430, nota 105.

<sup>(36)</sup> Sul divieto di reticenza imputabile alla parte, finalizzato a prevenire il falso per omissione che abbia ad oggetto fatti decisivi tali da alterare significativamente la realtà fattuale da porre alla base della decisione, cfr. M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., pp. 318 ss. e 322; ID., *Omessa indicazione di fatti decisivi e violazione dell'obbligo di lealtà processuale*, in «Il foro italiano», 2015, III, c. 198 ss.; A. CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, II, cit., p. 510 ss.; contrari all'individuazione di tale dovere in capo alle parti, G. SCARSELLI, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, cit., p. 104, secondo cui contrasterebbe con l'impianto istruttorio del nostro ordinamento «e sarebbe in palese contrasto con lo spirito del processo civile inteso come disputa intorno ad un diritto privato normalmente lasciato nella piena disponibilità del suo titolare»; C. CONSOLO, *Ascendenze tra gli stili e i sistemi di diritto processuale civile nel XX secolo e ragioni della loro tutt'ora difficile «osmosi»*, cit., p. 156, sebbene lo ipotizzi per alcune categorie di parti, «portatrici di interessi pubblici, o il cui agire si rifletta su di un'ampia cerchia di soggetti privati». Ne dà atto M. BINA, *La felicità dell'avvocato*, cit., p. 238.

Eppure, del tutto illogicamente, né il codice di rito civile né quello deontologico si occupano in modo espresso della tematica in esame. In particolare, il codice deontologico pare preoccuparsi della falsità della prova, ma non della sua origine illecita, quasi a voler asserire che l'obiettivo unico del processo sia quello di dimostrare la verità rimanendo del tutto indifferente al percorso seguito per giungere a quel risultato. Il codice sembra porsi unicamente il problema di non rappresentare falsamente i fatti, della fedeltà del mezzo istruttorio rispetto alla realtà storica, e non della provenienza illecita della prova. Tuttavia, è evidente che sussistano profili etici anche con riguardo alla raccolta delle prove.

Del resto, come detto, il codice di rito civile richiama valori etici, *in primis* ma non solo, proprio attraverso l'art. 88 cod. proc. civ., da cui si evince che già il legislatore del Quaranta avesse rigettato l'idea di un processo «puramente proceduralista» in cui le parti sono tenute esclusivamente al rispetto delle norme processuali<sup>(37)</sup>. Esso funge, piuttosto, da parametro per una più ampia e

<sup>(37)</sup> A. CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, II, cit., p. 502 s., che richiama S. SATTA, *Il mistero del processo*, in «Rivista di diritto processuale», 1949, p. 273 ss.; v. altresì, G. CAPOGRASSI, *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)*, in Id., *Opere*, vol. IV, Milano, 1959, p. 154, che riconosce come «la storia dimostra che la vita non ha mai considerato il processo come una mera questione di tecnica o di organizzazione esteriore»; E. FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1958, p. 861 ss.; in argomento, cfr. anche M. TARUFFO, *Cultura e processo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2009, p. 63 ss., spec. p. 72 ss.; Id., *L'abuso del processo*, cit., p. 125; A. DONDI, V. ANSANELLI, *Qualche (ulteriore) rilievo su cultura del processo, comparazione e riforme*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2009, p. 1437 ss.; G. BERTOLINO, *Giusto processo civile e verità*, cit., p. 55; Id., *Giusto processo e giusta decisione*, in «Questione e giustizia», 2008, p. 35 ss., secondo cui va valutata la giustizia del processo «oltre i confini della mera regolarità o legalità», attraverso la decisione giusta «in quanto basata su un'attendibile ricostruzione dei fatti»; G.F. RICCI, *Principi di diritto processuale generale*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2001, p. 18 ss.; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, 4<sup>a</sup> ed., cit., p. 107 ss.; T. ASCARELLI, *Processo e democrazia*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1958, p. 844 ss., spec. p. 858; P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, in «Rivista di diritto processuale», 1950, I, p. 273 ss., spec. p. 283, il quale sostiene che «noi processualisti non possiamo rassegnarci

omnicomprensiva valutazione giuridica del loro comportamento che deve adeguarsi anche ai «valori di sistema» della giurisdizione nel suo complesso<sup>(38)</sup>. Rispettare i principi di lealtà e probità non può tradursi nella sola osservanza delle regole del gioco processuale a meno di non voler privare di ogni rilevanza giuridica la norma in commento<sup>(39)</sup>, perché ciò significherebbe che il legisla-

ad essere pazienti e precisi costruttori di orologi di precisione, il cui lavoro si esaurisca nel mettere a posto le rotelline, senza domandarci se il congegno che uscirà dalle nostre mani servirà a segnare l'ora della felicità o l'ora della morte».

<sup>(38)</sup> M. TARUFFO, *L'abuso del processo*, cit., p. 125, secondo cui il processo «deve ispirarsi a valori che si pongono al di là della mera regolarità del procedimento»; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 5<sup>a</sup> ed., Napoli, 2006, pp. 6 e 201; L. LANFRANCHI, *Giusto processo (processo civile)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XVII, Roma, 2001, p. 2 ss.; nell'ottica di una vicinanza concettuale fra «processo» e «gioco» (c.d. *sporting theory of justice*), cfr. F. MACIOCE, *La lealtà*, cit., p. 5 ss.; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, 4<sup>a</sup> ed., cit., p. 107 ss.; V. ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 326 ss.; C. MANDRIOLI, *Dei doveri delle parti e dei difensori*, cit., p. 961 s.; G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 172; P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in «Rivista di diritto processuale», 1950, I, p. 23 ss., spec. p. 30 s., in cui sottolinea l'importanza dell'applicazione pratica «della lealtà e correttezza del giuoco» e del «fair play», le cui regole non scritte sono affidate soprattutto alla coscienza e alla sensibilità degli ordini forensi; con riferimento, in particolare, al modello di *common law*, G. SCARSELLI, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, cit., p. 95 ss.; M. TARUFFO, *Il processo civile adversary nell'esperienza americana*, Padova, 1979, p. 3 ss.; ID., *Il ricerca della verità nell'«adversary system» angloamericano*, in «Rivista di diritto processuale», 1977, p. 596 ss., spec. p. 602 ss.

<sup>(39)</sup> A. CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, II, cit., p. 503; ID., *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in «Rivista di diritto processuale», 2003, p. 36 ss.; N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, 2<sup>a</sup> ed., cit., p. 188, il quale vede nell'art. 88 cod. proc. civ. una enunciazione tutt'altro che moraleggiate e pleonastica «che sovraintende alle modalità di gestione del processo e/o dell'atto processuale, mostrando così una spiccata potenzialità operativa»; M. TARUFFO, *Idee per una teoria della decisione giusta*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1997, p. 315 ss., secondo cui una decisione è giusta se è il risultato della combinazione di tre criteri, che però devono mantenere la loro autonomia: a) correttezza della scelta e della interpretazione della regola giuridica da applicare al caso concreto; b) accertamento veritiero dei fatti; c) impiego di un procedimento valido e giusto; ID., *Fatti e prove*, cit., p. 62 ss.; ID., *La semplice verità*, cit., pp. 116 e 203; P. CALAMANDREI, *Processo e giustizia*, cit., p. 283; V. ANDRIOLI, *Abrogazione del codice di procedura civile?*,

tore, dopo aver previsto specifici doveri, ne abbia poi imposto il rispetto attraverso un'altra norma, questa volta di carattere generale, quale appunto l'art. 88 cod. proc. civ. (40).

Quindi, a tutta prima il codice deontologico sembrerebbe carente sotto questi profili. L'uso del condizionale non è un caso poiché, se da una parte, in effetti, l'avvocato «deve perseguire gli interessi del proprio cliente», dall'altra è tenuto pur sempre ad agire «nell'interesse generale della giustizia e [a] rispettare l'autorità del giudice» (41). *A fortiori*, all'art. 88 cod. proc. civ. si riconosce la corretta funzione di «evitare che la condotta processuale della parte, pur formalmente valida, alteri e pregiudichi la paritaria posizione delle parti nell'esercizio delle loro prerogative processuali» e che l'interesse personale e particolare di una a vincere la controversia si risolva nell'abuso degli strumenti processuali a sua disposizione (42).

in «Rivista di diritto processuale», 1947, I, p. 150 ss., ripubblicato in Id., *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 2007, p. 1630 ss.; spec. p. 1639, in cui afferma «che l'art. 88 deve essere applicato per evitare che la schermaglia si confonda con la buona fede»; F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, cit., p. 193, che ne evidenzia la correlazione con il dovere di verità «anche quando possa ledere il suo interesse»; Id., *Torniamo al giudizio*, in «Rivista di diritto processuale», 1949, p. 165 ss.

(40) A. CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, II, cit., p. 504; F. MACIOCE, *La lealtà*, cit., p. 11; di questo avviso, invece, C. MANDRIOLI, *Dei doveri delle parti e dei difensori*, cit., p. 962.

(41) M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 430; nonché, F. CIPRIANI, *L'avvocato e la verità*, cit., p. 131 ss.; G. MONTELEONE, *Attuale dibattito sugli «orientamenti pubblicistici» del processo civile*, in «Rassegna forense», 2005, p. 1199 ss., spec. p. 1205, il quale ritiene che il dovere di comportarsi correttamente e secondo buona fede, gravante su tutti i soggetti operanti nel processo e non solo sulle parti, trova un limite «invalicabile» nel diritto di difendere i propri interessi ma «con tutti i mezzi leciti».

(42) A. CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, II, cit., pp. 506 e 510, in cui precisa che l'art. 88 cod. proc. civ. rileva con riguardo: a) al dovere di verità come divieto «per la parte di allegare fatti (principali o secondari) "scientemente non veri"», cioè quelli che sulla base di una sua valutazione soggettiva, sa o ritiene siano falsi; «di contestare fatti (principali o secondari) "scientemente veri"» là dove prende posizione sui fatti *ex adverso* allegati, per impedire il prodursi degli effetti della non contestazione ai sensi dell'art. 115,

È perciò opportuno leggere il codice deontologico nella sua interezza, tenendo a mente alcuni dei doveri ivi previsti e al ruolo che si riconosce loro, nonché quanto stabilito dalla legge n. 247 del 2012, sulla disciplina dell'ordinamento professionale forense, che all'art. 2, comma 4, assoggetta l'avvocato nell'esercizio della sua attività non solo alla legge, ma anche «alle regole deontologiche»<sup>(43)</sup>.

comma 1, cod. proc. civ.; «di dichiarare di “non conoscere” circostanze fattuali che, invece, non può ignorare per aver preso parte alla loro realizzazione o che avrebbe potuto conoscere utilizzando l’ordinaria diligenza»; b) al dovere di completezza, come divieto di «allegare, a sostegno della propria domanda (a prescindere dalla natura auto o eterodeterminata di questa) o della propria eccezione, una ricostruzione fattuale consapevolmente e fraudolentemente reticente, senza che ciò implichi dovere “in positivo” di allegare anche fatti a sostegno di eventuali eccezioni o domande riconvenzionali di controparte»; L.P. COMOGLIO, *Regole deontologiche e doveri di verità nel processo*, cit., p. 132, il quale dopo aver chiarito che all’obbligo di verità, o di veridicità, si affianca quello di completezza delle allegazione e deduzioni delle parti, precisa che esso: è espressione particolare dei più generali principi *ex art. 88 cod. proc. civ.*; è compatibile con la natura dispositiva del processo poiché non implica che le parti, specie se non onerate, debbano «allegare in giudizio *tutti* i fatti, favorevoli o sfavorevoli, che, in positivo o in negativo, possano incidere sull’integrazione della fattispecie giuridica controversa», considerato che non si tratta di un onere di ricerca della c.d. verità materiale; impone alle parti che adempiono spontaneamente ai propri oneri, «un obbligo di “veridicità soggettiva”» che si traduce nel «divieto di allegare fatti che (la parte) ritenga, supponga o addirittura già conosca, *non essere veri* e, per converso» nel «dovere di *non contestare* i fatti, allegati dalla controparte, che essa medesima ritenga, presuma o addirittura già conosca, *essere veri*»; corrisponde «all’omologo *potere-dovere di chiarificazione*» che il giudice esercita «nell’ambito delle sue funzioni *direttive*» (corsivo nel testo); G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, cit., p. 170 ss.; M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte del sistema dell'oralità*, vol. I, cit., p. 378, nota 1; F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, cit., p. 193.

<sup>(43)</sup> A. PINORI, *Privacy e processo civile: i limiti di utilizzabilità nel giudizio civile di prove illecite. Il difficile bilanciamento tra diritto alla protezione dei dati personali e il diritto alla difesa*, in «Contratto e impresa», 2014, p. 51 ss., spec. p. 59, secondo cui «l’avvocato ha il dovere di selezionare le informazioni personali da utilizzare nel processo, informando il cliente delle possibili conseguenze giuridiche derivanti dalla acquisizione illecita e dal loro utilizzo in giudizio», tanto da essere «necessaria un’attenta riflessione da parte degli avvocati, anche ai fini di non incorrere in eventuali responsabilità professionali»; del medesimo avviso M. GRADI, *L’obbligo di verità delle parti*, cit., pp. 428 ss. e 435 ss.

Il codice, infatti, all'art. 1, comma 2, prevede che l'avvocato svolga il proprio ministero vigilando «sulla conformità delle leggi ai principi della Costituzione e dell'Ordinamento dell'Unione Europea e sul rispetto dei medesimi principi, nonché di quelli della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, a tutela e nell'interesse della parte assistita», e aggiunge che «le norme deontologiche sono essenziali per la realizzazione e la tutela dell'affidamento della collettività».

L'art. 9 cod. deont. for. e l'art. 3, comma 2, l. n. 247/2012, impongono un generale rispetto dei doveri di «indipendenza, lealtà, correttezza, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza», non solo nei confronti del cliente, ma di tutti i soggetti coinvolti nel procedimento, anche al di fuori dell'attività professionale. L'art. 10 cod. deont. for. sottolinea, inoltre, che l'avvocato deve svolgere il proprio incarico «nel rispetto del rilievo costituzionale e sociale della difesa».

Nell'impossibilità per l'avvocato di seguire allo stesso tempo «verità e mandato, leggi e cliente», la stessa Corte di cassazione ha chiarito che «la sua scelta deve privilegiare il più alto e pregnante dovere radicato sulla dignità professionale, ossia l'ossequio alla verità ed alle leggi spinto fino all'epilogo della rinuncia al mandato in virtù di un tale giusto motivo, astenendosi dal porre in essere attività che siano in contrasto con il prevalente dovere di rispetto della legge e della verità *ex art.* 50 cod. deont. for. (...), che ispira la funzione difensiva in coerenza con il dovere di lealtà espressamente previsto dall'art. 3 l. n. 247/2012 con riferimento alla professione forense in generale, nonché dall'art. 88 cod. proc. civ. con specifico riguardo al processo»<sup>(44)</sup>.

Se ciò è vero, è evidente che anche di fronte all'ipotesi di una prova, che sebbene veritiera e attendibile, sia stata ottenuta o formata illegalmente, l'avvocato dovrebbe evitare di farne uso nel processo anche a costo di dover rinunciare al mandato qualora il cliente, nonostante l'obiezione, insista nel voler utilizzare il materiale probatorio illecito pur di conseguire un astratto vantaggio in quella sede processuale.

<sup>(44)</sup> Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41990.

### Abstract

Il saggio esamina il rapporto tra l'etica forense e la raccolta delle prove, interrogandosi sui limiti deontologici che governano la condotta dell'avvocato nella fase istruttoria. Dopo aver analizzato i doveri di lealtà e verità – in particolare l'art. 50 del codice deontologico forense, che vieta l'introduzione e l'uso di prove false – l'autrice affronta il tema delle prove illecite, distinguendole da quelle mendaci e ricostruendo il dibattito sulla loro ammissibilità nel processo civile. Si sostiene che, anche in assenza di un divieto espresso, l'impiego di materiale probatorio ottenuto illegalmente dal cliente possa comunque violare doveri etici e processuali, costringendo il difensore a comportamenti reticenti o non veritieri. Il saggio conclude che l'avvocato debba privilegiare l'osservanza della legge e dei principi etici della professione, fino a rinunciare al mandato qualora l'assistito insista nell'utilizzazione di prove illecite.

*The essay examines the relationship between legal ethics and the gathering of evidence, questioning the deontological limits that govern the lawyer's conduct during the evidentiary phase. After analyzing the duties of loyalty and truthfulness – particularly Article 50 of the Italian Code of Lawyer's Ethics, which prohibits the introduction and the use of false evidence – the author addresses the issue of illicit evidence, distinguishing it from falsified evidence and reconstructing the debate on its admissibility in civil proceedings. The essay argues that, even in the absence of an explicit prohibition, the use of illegally obtained evidence by the client may nonetheless violate ethical and procedural duties, compelling the lawyer to adopt reticent or untruthful conduct. It concludes that the lawyer must prioritize compliance with the law and with the ethical principles of the profession, even withdrawing from the mandate if the client insist on employing illicit evidence.*

ELENA GABELLINI  
*Ricercatrice dell'Università di Bologna*

## CAUSE FRIVOLE E DOVERE DI DISSUASIONE DEL CLIENTE

SOMMARIO: 1. Inquadramento del tema. – 2. Il concetto di causa frivola all'interno della giurisprudenza. – 3. La condotta frivola all'interno dell'ordinamento americano e in particolare nelle «Model Rules of Professional Conduct» adottate dall'«American Bar Association». – 4. Gli strumenti volti a distogliere il professionista dall'intentare cause frivole. – 5. Osservazioni conclusive.

1. *Inquadramento del tema.* — Nel celebre scritto *Il processo come giuoco* Piero Calamandrei osservava che l'avvocatura è «un'arte, nella quale la conoscenza scolastica delle leggi serve a ben poco, se non è accompagnata all'intuito psicologico che serve a conoscere gli uomini, e i molteplici espedienti e manovre con i quali essi cercano di piegare le leggi ai loro scopi pratici. Invano si spera che i codici di procedura civile, anche i meglio studiati in teoria, servano davvero alla giustizia se non sostenuti nella loro applicazione pratica da quella lealtà e correttezza del gioco, da quel *fair play*, le cui regole non scritte sono affidate soprattutto alla coscienza e alla sensibilità degli ordini professionali»<sup>(1)</sup>.

La lealtà e la correttezza<sup>(2)</sup>, ovviamente, si incrinano anche

<sup>(1)</sup> P. CALAMANDREI, *Il processo come un giuoco*, in ID., *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, 1965, p. 543.

<sup>(2)</sup> Tali doveri, come pone in luce la dottrina, costituiscono dei limiti alle regole che governano il processo. Sul punto, v. M.R. DAMAŠKA, *Professione le-*

qualora l'avvocato, su incessante richiesta del cliente<sup>(3)</sup>, oppure per proprio tornaconto economico, intenti cause frivole, ovvero, quelle cause, che come meglio specificherò a breve, siano basate su elementi giuridici o fattuali non solidi e come tali destinate ad inesistenti possibilità di successo.

Si tratta di un vecchio problema, non solo presente nel nostro ordinamento<sup>(4)</sup>, che, peraltro, alimenta quello più generale della responsabilità dell'avvocato, poiché, come è noto, è onere di quest'ultimo assolvere al proprio ufficio con diligenza.

Inoltre, se è indiscutibile, come ricorda anche l'art. 23 cod. deont. for., che per l'avvocato sussista il divieto di suggerire comportamenti, atti o negozi nulli, illeciti, fraudolenti<sup>(5)</sup>, la giurisprudenza oramai consolidata, divenuta nel tempo sempre più severa, afferma la sussistenza di uno specifico obbligo in capo al

*gale e organizzazione dello Stato*, in *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, a cura di A. Dondi, Bologna, 1993, p. 57 ss.; Id., *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*, Bologna, 1991, pp. 239 ss. e 289 ss.; P. NAPPI, *Dovere di lealtà e probità*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di C. Consolo e F.P. Luiso, Milano, 2020, vol. I, *sub art.* 88, p. 527; N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, 4<sup>a</sup> ed., aggiornata a cura di R. Martino, A. Panzarola e L. Picardi, Milano, 2019, p. 206 ss.; C. MANDRIOLI, *Doveri di lealtà e probità*, in *Commentario al codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, vol. I, 2, Torino, 1973, p. 959 ss.

<sup>(3)</sup> Come sottolineano G. HAZARD, A. DONDI, *Eтиche della professione legale*, Bologna, 2005, p. 228 ss.; G.C. HAZARD, *The Law of Lawyering*, 4<sup>a</sup> ed., New York, 2005, §§ 29 e 30; T.D. MORGAN, R.D. ROTUNDA, *Professional Responsibility*, 10<sup>a</sup> ed., St. Paul, 2008, p. 415 ss.; R.D. ROTUNDA, J.S. DZIENKOWSKI, *Legal Ethics*, St. Paul, 2009, p. 716 ss.

<sup>(4)</sup> Sul punto ampiamente, A. DONDI, *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, in «Rivista di diritto processuale», 1995, p. 787 ss.; per l'ordinamento tedesco si rimanda all'ampia disamina di R. BALDINI, *Dall'«irresponsabilità» dell'avvocato all'«obbligo di perseguire il buon esito della lite»: spunti di riflessione sull'annosa questione dell'onere della prova*, in «Danno e responsabilità», 2022, p. 346 ss., la quale ricorda che è pacificamente riconosciuta la responsabilità dell'avvocato nell'ipotesi di domande che non hanno alcuna possibilità di essere accolte.

<sup>(5)</sup> Cons. naz. for., 26 febbraio 2018, n. 1; Cons. naz. for., 20 marzo 2018, n. 16; Cons. naz. for., 16 febbraio 2024, n. 42; Cons. naz. for., 19 dicembre 2023, n. 303.

professionista di assolvere, sia all'atto del conferimento del mandato che nel corso di svolgimento del rapporto, anche ai doveri di sollecitazione, dissuasione e informazione del cliente<sup>(6)</sup>, essendo tenuto a rappresentare a quest'ultimo tutte le questioni di fatto e di diritto ostative al raggiungimento del risultato, o comunque produttive del rischio di effetti dannosi; di richiedergli gli elementi necessari o utili in suo possesso; di sconsigliarlo dall'intraprendere o dal proseguire un giudizio dall'esito probabilmente sfavorevole<sup>(7)</sup>.

In altri termini, grava sull'avvocato non solo il dovere di illustrare al cliente i mezzi giuridicamente leciti affinché egli possa realizzare i suoi interessi e di mettere questi mezzi al servizio del cliente, grazie alla propria competenza tecnico-legale, ma anche quello di distoglierlo dall'intraprendere cause senza alcuna ragionevole speranza di successo<sup>(8)</sup>. Infatti, solo il professionista, in

<sup>(6)</sup> Si vedano, in particolare, Cass. civ., sez. II, 19 aprile 2016, n. 7708; Cass. civ., sez. III, 3 settembre 2019, n. 21982; Cass. civ., sez. III, 19 luglio 2019, n. 19520; Cass. civ., sez. VI, 7 gennaio 2021, n. 56, in «Danno e responsabilità», 2021, p. 491 ss., con nota di M. GUASTADISEGNI, *La responsabilità dell'avvocato per l'inesattezza dell'adempimento: analisi critica e prospettive*; Cass. civ., sez. I, 16 febbraio 2022, n. 5131; Cass. civ., sez. III, 12 dicembre 2023, n. 34696; nei medesimi termini anche la giurisprudenza disciplinare: Cons. naz. for., 18 dicembre 2020, n. 240.

<sup>(7)</sup> Oggi il dovere di consiglio grava anche su altre figure professionali, come quella del notaio: infatti l'asse della professione notarile si è spostata da una attività principalmente certificativa e, in qualche misura statica, alla collaborazione attiva del professionista alla realizzazione dello scopo voluto dai privati: il notaio, pur nella sua imparzialità e neutralità, è divenuto una figura dinamica che parla con le parti, le informa, le consiglia, le dissuade, chiede i motivi che muovono l'atto, propone soluzioni giuridiche diverse da quelle che le parti avevano inizialmente individuato. Sul punto, v. Cass. civ., sez. III, 16 marzo 2021, n. 7283; Cass. civ., sez. III, 4 marzo 2022, n. 7185, in «Giurisprudenza italiana», 2022, p. 2052 ss., con note di L. PENNAZZI CATALANI, *L'integrazione del rogito, la teoria dell'operazione economica e la responsabilità del notaio*; e di S. ROMANÒ, *La responsabilità professionale del notaio per violazione dell'art. 1375 c.c.*

<sup>(8)</sup> Il Principio e) della Carta dei principi fondamentali dell'avvocato europeo pone in evidenza che «alcuni degli aspetti più delicati della deontologia dipendono dall'interazione tra il principio di lealtà verso il cliente e i principi di dignità,

virtù della preparazione tecnica ed esperienza che gli competono, è in grado di valutare tutti gli elementi favorevoli o contrari che siano ragionevolmente prevedibili, e conseguentemente consigliare al cliente se intraprendere o meno il giudizio.

Al contempo, è altresì ovvio che l'adempimento di tale dovere, se da un lato rappresenti un mezzo di tutela degli interessi del cliente, dall'altro costituisca uno strumento di attuazione di quella funzione sociale, a cui deve tendere la professione legale <sup>(9)</sup>. Infatti, come osservava sempre Piero Calamandrei, «da un consiglio dell'avvocato dipende quasi sempre se un conflitto di privati interessi si risolve in una transazione o si invelenisce in una lite, talché l'avvocato che senta l'importanza sociale della sua funzione può essere veramente come una sentinella avanzata dei tribunali contro gli assalti dei litiganti di malafede» <sup>(10)</sup>.

Se tutto ciò è vero, vi è, però, da chiedersi sino a quale punto debba operare tale dovere di dissuasione e se nel nostro ordinamento vi siano strumenti idonei a distogliere il professionista dall'intentare cause prive di fondamento.

onorabilità e probità, del rispetto verso i colleghi e, in particolare, del rispetto dello Stato di Diritto e del contributo alla buona amministrazione della giustizia. Riguardo a tali aspetti, l'avvocato deve informare il proprio cliente di non poter venire meno ai propri doveri nei confronti dei giudici e dell'amministrazione della giustizia sostenendo scorrettamente una causa a nome del cliente».

<sup>(9)</sup> Come ricorda anche l'art. 3, comma 2, della legge n. 247 del 2012, il quale prescrive che «la professione forense deve essere esercitata con indipendenza, lealtà, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo sociale della difesa». Sul tema, a titolo esemplificativo, G.C. HAZARD, A. DONDI, *Eтиche della professione legale*, cit., p. 310 ss., i quali richiamano, in generale, il dovere dell'avvocato di rispettare la legge e la responsabilità dell'avvocato nei confronti dell'ordinamento giuridico; sul punto si veda anche S. DALLA BONTÀ, *La funzione sociale dell'avvocato*, in «Etica e giustizia: rivista di cultura giuridica», 2025, p. 89 ss.

<sup>(10)</sup> P. CALAMANDREI, *L'avvocatura e la riforma del processo civile*, in Id., *Opere giuridiche*, cit., vol. II, p. 39, il quale inquadra l'avvocatura come un elemento dell'ordinamento giudiziario; l'idea che l'avvocato non debba difendere cause ingiuste è lontana nel tempo: R. BIANCHI RIVA, *L'avvocato non difenda cause ingiuste: ricerche sulla deontologia forense in età medievale e moderna*, vol. I, Milano, 2012, p. 13; per una ampia analisi si rimanda a M. BINA, *La felicità dell'avvocato: diritto forense e processo civile*, Torino, 2024, p. 11 ss.

2. Il concetto di causa frivola all'interno della giurisprudenza. — Per cercare di offrire una risposta al primo quesito è innanzitutto necessario qualificare l'ambito applicativo di tale dovere. Come si è già anticipato, esso opera con riguardo alle cause destinate ad avere un esito probabilmente sfavorevole, sia in ragione del fatto che esse nascono prive dei presupposti di legge, come si può verificare nell'ipotesi di proposizione di un giudizio di impugnazione esperito oltre i termini legali (¹¹), sia nei casi di processi completamente infondati in fatto o in diritto (¹²).

Si può qualificare come infondata in punto di fatto quella causa che non è munita di evidenze probatorie capaci di attingere la soglia della verosimiglianza. Tale fattispecie, ad esempio, si è ritenuta configurata con riguardo all'ipotesi in cui un avvocato aveva iniziato un giudizio civile, sostenendo una tesi che risultava pienamente in contrasto con le risultanze della consulenza tecnica e delle indagini penali (¹³).

Diversamente, si deve considerare infondata in diritto quella causa la cui base giuridica contrasti logicamente con il dato normativo (¹⁴), sebbene la giurisprudenza, non più recente, abbia più volte precisato che la mera infondatezza della tesi giuridica so-

(¹¹) Cass. civ., sez. trib., 17 luglio 2015, n. 15030; oppure nell'ipotesi di redazione di ricorsi per cassazione distanti dal diritto vivente o dai precetti del codice di procedura civile, Cass. civ., sez. VI, 22 febbraio 2016, n. 3376; Cass. civ., sez. II, 2 aprile 2015, n. 6782; Cass. civ., sez. VI, 12 maggio 2016, n. 9695.

(¹²) A. DONDI, *Abuso del processo*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. III, Milano, 2010, p. 6.

(¹³) Cass. civ., sez. VI, 17 novembre 2021, n. 34993, in «Danno e responsabilità», 2022, p. 341 ss., con nota di R. BALDINI, *Dall'irresponsabilità dell'avvocato all'«obbligo di perseguire il buon esito della lite»: spunti di riflessione sull'annosa questione dell'onere della prova*.

(¹⁴) A tale fine appare utile la distinzione accolta nell'ordinamento statunitense tra pretesa fondata sulla *inventiveness of law*, cioè su interpretazioni suggestive del dettato normativo da quella che trova la sua origine nelle *theories of law*, ovvero su interpretazioni originali ma saldamente ancorate al dettato normativo. Sul punto, A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa*, vol. I, *Il modello statunitense*, Padova, 1991, p. 100 ss.; per una posizione che esclude la violazione del dovere di lealtà e probità, si veda G. SCARSELLI, *Le spese giudiziali civili*, Milano, 1998, p. 252 ss.

stenuta in giudizio non sia idonea a fondare, in modo autonomo, una condanna ai sensi dell'art. 96 cod. proc. civ. (15), essendo a tal fine necessari ulteriori indici, come ad esempio la ritenuta non veridicità dei fatti invocati.

Inoltre, affinché si possa qualificare come infondata (*rectius frivola*) una tesi giuridica, è necessario verificare se la questione dibattuta assurga ai confini dell'opinabilità (16), in quanto l'incertezza interpretativa, derivante anche da conclamati contrasti giurisprudenziali, impone di valutare la fattispecie sotto una diversa luce (17). Infatti, se è indubbio che l'avvocato, come ricordava sempre Piero Calamandrei, sia, al pari del giudice, un servitore del diritto, ciò non toglie che egli, unitamente al giudicante, sia l'artefice di quell'evoluzione interpretativa che garantisce l'attualità di ogni disposizione normativa (18). Per siffatta ragione, non

(15) Come osserva, *ex multis*, Cass. civ., sez. III, 29 settembre 2016, n. 19298, la quale rileva che, se da un lato, la mera infondatezza delle tesi giuridiche sostenute in giudizio non possa costituire da sola e di per sé fondamento d'una condanna *ex art.* 96 cod. proc. civ., dall'altro l'associazione di essa con altri elementi (come, nel caso di specie, la ritenuta inveridicità dei fatti invocati e la chiamata in causa di terzi del tutto pretestuosa) è, invece, indice sintomatico della colpa grave. V. anche Trib. Termini Imerese, 2 novembre 2023, in <onelegale.wolterskluwer.it>, massima redazionale, 2023.

(16) Come pongono in luce Cass. civ., sez. III, 3 ottobre 2019, n. 24649; Trib. Milano, 11 agosto 2022, in <onelegale.wolterskluwer.it>, massima redazionale, 2022; Cass. civ., sez. III, 12 marzo 2015, n. 4930, la quale rileva che si configurano gli estremi della responsabilità aggravata nell'ipotesi in cui vengono sostenute tesi giuridiche infondate.

(17) Come affermato da Cass. civ., sez. III, 10 giugno 2016, n. 11906.

(18) In questo senso, Cass. civ., sez. un., 12 febbraio 2019, n. 4135, in «Corriere giuridico», 2021, p. 241 ss., con nota di D. NOVIELLO, *L'ingiusta esclusione di tutela dell'affidamento della parte nell'ipotesi di overruling processuale determinato da interpretazione manipolativa ed ampliativa*; al riguardo, v. anche il commento di E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto vivente e difesa tecnica: lo strano caso dell'impugnazione del lodo arbitrale per violazione di legge*, ivi, p. 394 ss.: la Cassazione pone in evidenza che l'avvocato «non è un mero consulente legale con il compito di pronosticare l'esito della lite e di informarne il cliente, né è un giudice cui spetta la decisione; egli ha l'obbligo di proporre soluzioni favorevoli agli interessi del cliente, anche nelle situazioni che richiedono la soluzione di problemi interpretativi complessi, di attivarsi concretamente nel giudizio con gli strumenti offerti dal diritto processuale, indicando

è corretto discorrere di frivolezza con riguardo alla decisione del professionista di coltivare una tesi minoritaria, qualora essa sia suffragata da una solida costruzione sistematica, idonea a sorreggere l'inesistenza, l'intervenuta modificazione e inapplicabilità di norme invocabili ovvero l'individuazione di una nuova norma attuabile<sup>(19)</sup>.

L'ampiezza di tale esimente ha condotto, però, la giurisprudenza più recente, specialmente con riguardo al giudizio di legittimità, a individuare alcune direttive più stringenti e più conformi, come la stessa afferma, con la natura e la funzione del processo e con il quadro ordinamentale. Ha, quindi, ritenuto che, al contrario, sostenere tesi infondate in giudizio sarebbe di per sé indice di «colpa grave» ai fini della condanna per responsabilità aggravata<sup>(20)</sup>.

Infatti, con riguardo al primo profilo, la suprema Corte pone in evidenza che negli ultimi anni vi è stato un rafforzamento del ruolo nomofilattico assegnato alla Corte di cassazione<sup>(21)</sup>, come

strade interpretative nuove, portando argomenti che facciano dubitare delle soluzioni giurisprudenziali correnti e anche della giustizia della legge, sollevando eccezioni di incostituzionalità e di contrarietà con il diritto sovranazionale». In generale su tale aspetto, ampliamente, K.R. KRUSE, *Avvocatura e teoria del diritto*, Napoli, 2015, p. 25 ss.; R. CAPONI, *Quanto sono normativi i fatti della vita: il rapporto amministrativo*, in «Diritto pubblico», 2009, p. 160 ss.

<sup>(19)</sup> Diversamente, la giurisprudenza ha ritenuto violato il dovere di lealtà e probità in presenza «della consapevolezza, o dell'ignoranza, derivante dal mancato uso di un minimo di diligenza, dell'infondatezza delle suddette tesi»: v. Cass. civ., sez. VI, 30 novembre 2012, n. 21570; Cass. civ., sez. III, 30 giugno 2010, n. 15629; Cass. civ., sez. lav., 29 luglio 1994, n. 7101; *contra*, v. invece G. SCARSELLI, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1998, p. 100.

<sup>(20)</sup> Specialmente nell'ipotesi che non sia stato compiuto alcuno sforzo interpretativo, deduttivo ed argumentativo per mettere in discussione, con criteri e metodo di scientificità, il diritto vivente o la giurisprudenza consolidata, sia pure solo con riferimento alla fattispecie concreta. Sul punto, recentemente: Cass. civ., sez. I, 27 ottobre 2023, n. 29831; Cass. civ., sez. I, 12 ottobre 2023, n. 28448; Cass. civ., sez. un., 28 ottobre 2022, n. 32001; Cass. civ., sez. VI, 17 marzo 2021, n. 7513.

<sup>(21)</sup> Sul punto, a titolo esemplificativo, si rimanda a G. COSTANTINO, *Appunti sulla nomofilachia e sulle «nomofilachie» di settore*, in «Rivista di diritto

conferma, oggigiorno, anche la recente introduzione dell'istituto del rinvio pregiudiziale in Cassazione. In merito al secondo profilo, la giurisprudenza rileva che sostenere tesi totalmente infondate in giudizio significa: violare il principio della ragionevole durata del processo, che impone interpretazioni delle norme processuali idonee a rendere più celere il giudizio; concretizzare un abuso del processo; e, infine, porsi in contrasto con il principio secondo cui le norme processuali devono essere interpretate in modo tale da evitare lo spreco di energie giurisdizionali (22).

Alla luce di tale interpretazione, è possibile dedurre che l'obbligo di dissuasione non solo debba operare con riguardo a quelle cause che sono connotate da una semplice mancanza di serietà (23), tanto che la loro realizzazione può creare un danno agli interessi del cliente, poiché può rendere più gravosa la sua posizione, ma anche in relazione a quelle cause intentate con finalità scorrette (24), idonee ad incidere negativamente sul sistema giustizia.

Si tratta, peraltro, di una interpretazione che trova conferma anche nel codice deontologico forense, il quale prescrive, all'art. 23, che l'avvocato non deve «consigliare azioni inutilmente gravose».

*3. La condotta frivola all'interno dell'ordinamento americano e in particolare nelle «Model Rules of Professional Conduct» adottate dall'«American Bar Association».* — L'ampia esegesi abbracciata dalla suprema Corte, in verità, trova espressa enunciazione nor-

processuale», 2018, p. 1443 ss.; B. CAPPONI, *La nomofilachia tra equivoci e autoritarismi*, in <[www.judicium.it](http://www.judicium.it)>, 8 luglio 2022.

(22) In tal senso, v. Cass. civ., sez. III, 29 settembre 2016, n. 19298; Cass. civ., sez. VI, 22 febbraio 2016, n. 3376; Cass. civ., sez. III, 12 marzo 2015, n. 4930.

(23) Tanto da tradursi in una mera causa persa: v. Cass. civ., sez. III, 2 luglio 2010, n. 15717, in «Giurisprudenza italiana», 2010, p. 2525 ss., con note di E. CARBONE, *Responsabilità civile del patrono di causa persa*; e di D. COVUCCI, *La responsabilità professionale dell'avvocato: l'evoluzione continua*; App. Perugia, 14 febbraio 1995, in «Rassegna giuridica umbra», 1996, p. 3.

(24) Si veda, *ex multis*, Cass. civ., sez. III, 30 dicembre 2023, n. 36591; Cass. civ., sez. lav., 17 marzo 2023, n. 7409.

mativa (oltre che ulteriori sviluppi) all'interno dell'ordinamento statunitense. Infatti, la celebre *Rule 11* delle *Federal Rules of Procedure* impone all'avvocato, da un lato, di collegare la domanda giudiziale sia al diritto vigente sia alla sua elaborazione attraverso «*non frivolous argument*»; e, dall'altro, di certificare sotto la propria responsabilità che la base fattuale della domanda introduttiva sia supportata da solidi e adeguati elementi probatori, ossia da elementi già presenti al momento della sottoscrizione dell'atto o plausibilmente acquisibili a seguito di una ulteriore indagine<sup>(25)</sup>.

Inoltre, la normativa deontologica, ovvero la *Rule 3.1* delle *Model Rules of Professional Conduct* adottate dall'*American Bar Association*, che costituisce il corrispettivo dei generali principi sopra enunciati, colora il concetto di causa frivola, o meglio di comportamento frivolo, di un ulteriore aspetto. Detta disposizione stabilisce che si può qualificare come frivola la condotta dell'avvocato che, oltre ad avanzare una domanda o una difesa infondata ai sensi del diritto vigente, non abbia altro scopo che quello di ritardare o prolungare la risoluzione del contenzioso o semplicemente sia finalizzata a molestare o ferire maliziosamente un altro e, inoltre, si fondi consapevolmente su dichiarazioni fattuali false.

In altri termini, l'ordinamento americano traccia un anello di congiunzione tra causa frivola e violazione del dovere di verità, declinato nella sua accezione di divieto di mentire<sup>(26)</sup>, in armonia con il più generale *duty of candor* che deve connotare la con-

<sup>(25)</sup> D. MARKOVITS, *A Modern Legal Ethics*, Princeton, 2011, p. 53 ss.; V. ANSANELLI, *Riforme dell'etica dell'avvocatura e riforma del processo civile*, in «Il giusto processo civile», 2021, p. 406 ss.; S. DALLA BONTÀ, *La giurisprudenza federale statunitense sulla specificità dell'atto introduttivo (complaint)*, in «Rivista di diritto processuale», 2014, p. 141 ss.; D. CERRI, *Troppe cause: gli obblighi dei legali nei confronti dei clienti e del sistema giustizia (e di loro stessi)*, in «Danno e responsabilità», 2022, p. 434 ss.

<sup>(26)</sup> Su tale profilo ampliamente M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018, p. 313 ss., il quale accosta questa declinazione a quella relativa all'obbligo di chiarificazione; A. CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, in *Etica del processo e doveri delle parti*, Atti del XXIX Convegno nazionale dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile (Genova, 20-21 settembre 2013), Bologna, 2015, p. 184.

dotta dell'avvocato ai sensi della *Rule 3.3* delle *Model Rules of Professional Conduct* (27). Infatti, in quell'ordinamento, il buon funzionamento del processo non dipende solo dalla legge ma dal ruolo giocato dal c.d. «costume giudiziario», dalla prassi creata dai giudici e dagli avvocati. Infatti, vi è l'acclarata convinzione che l'adozione, prima e durante il conflitto, di modalità comportamentali eticamente orientate rappresenti un importante fattore per perseguire l'innalzamento degli *standard complessivi* di efficacia della giustizia civile (28).

Si tratta di una lettura che ovviamente allarga l'ambito applicativo del dovere di dissuasione e che, a mio avviso, nonostante la diversità tra i due sistemi giuridici – diversità che lentamente, in verità, subisce oggigiorno una costante erosione (29) – può ritenersi compatibile anche con il nostro ordinamento, una volta riconosciuto l'esistenza di un dovere di verità in capo all'avvocato.

Benché il dibattito all'interno del nostro ordinamento si sia focalizzato per lo più nella verifica di un dovere di verità gravante sulla parte nel processo civile (30), non si può sottacere che anche

(27) Tanto da condurre, in quel contesto, a parlare dell'avvocato come *officer of the court*. Sul punto, anche in un'ottica di analisi comparata rispetto ai sistemi di *civil law*, v. M. BINA, *La felicità dell'avvocato*, cit., p. 34 ss.; e, prima ancora, V. ANSANELLI, *Filosofie di riforma della fase preparatoria nel processo civile*, Genova, 2021, p. 63 ss.; A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa*, vol. I, cit., p. 249 ss.

(28) G. HAZARD, A. DONDI, *Eтиche della professione legale*, cit., p. 233 ss.; V. ANSANELLI, *Filosofie di riforma della fase preparatoria nel processo civile*, cit., p. 57 ss.

(29) A. ZUCKERMAN, *No Justice without Lawyers: the Myth of a Inquisitorial Solution*, in «Civil Justice Quarterly», 2014, vol. 4, p. 355 ss.; S. CHIARLONI, *Riflessioni microcomparative su ideologie processuali e accertamento della verità*, in *Due iceberg a confronto: le derive di common law e civil law*, vol. 12 dei *Quadrerni della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, 2009, p. 101 ss.; in una dimensione di ampio respiro, si veda anche V. VARANO, *Civil law e Common law: tentativi di riflessione su comparazione e cultura giuridica*, ivi, p. 41 ss.; M. CAPPELLETTI, *Ideologie nel diritto processuale*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1962, p. 193 ss.

(30) In particolare, l'indagine ha riguardato sia la verifica dell'esistenza di un divieto per la parte di mentire che l'individuazione di comportamenti dovuti dalla parte nel processo riconducibili al dovere di completezza ed a quel-

la discussione relativa all'esistenza di un dovere di verità in capo all'avvocato abbia assunto una particolare rilevanza<sup>(31)</sup>. Si tratta di un profilo assai particolare, perché, da un lato, il difensore deve perseguire gli interessi del cliente, ma dall'altro, deve anche agire nell'interesse generale della giustizia e rispettare l'autorità del giudice.

L'importanza di tale ultimo profilo è posta in evidenza dalla giurisprudenza disciplinare, la quale ha evidenziato che «laddove l'avvocato si trovi nella condizione di non poter seguire allo stesso tempo verità e mandato, leggi e clienti, la sua scelta deve privilegiare il più alto e pregnante dovere radicato sulla dignità professionale, ossia l'ossequio alla verità e alle leggi»<sup>(32)</sup>. Anche chi non

lo di chiarire i fatti controversi. Sul punto, v. A. CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, II, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2014, p. 500 ss., che riconosceva un preciso collegamento fra l'obbligo di lealtà processuale e il dovere di verità delle parti; M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 259 ss., spec. p. 260, testo e nota 5, il quale, pur rilevando che il nostro sistema processuale debba considerarsi «agnostico» sul punto, lasciando all'interprete la responsabilità di giustificare la propria costruzione, ritiene, però, innegabile l'esistenza di un legame fra l'obbligo di verità e quello di lealtà processuale; G. CALOGERO, *Probità, lealtà e veridicità nel processo civile*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1939, I, p. 136 ss., secondo il quale non si può «essere leali mentendo» ove la menzogna sia diretta a danneggiare il proprio avversario processuale. Negano invece l'esistenza di tale dovere: V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3<sup>a</sup> ed., vol. I, Napoli, 1957, p. 243 ss.; C. MANDRIOLI, *Doveri di lealtà e probità*, cit., p. 959; G. SCARSELLI, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, cit., p. 91 ss., secondo i quali dall'art. 88 c.p.c. non potrebbe ricavarsi l'obbligo delle parti di dire la verità nel processo civile; sul tema, v. anche S. CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2008, p. 145, spec. nota 30.

<sup>(31)</sup> L.P. COMOGLIO, V. ZAGREBELSKY, *Modello accusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1993, pp. 436-492, spec. p. 486 ss.; L.P. COMOGLIO, *Regole deontologiche e doveri di verità nel processo*, in «Nuova giurisprudenza civile commentata» 1998, II, pp. 128-136, spec. p. 128 ss.; C. LEGA, *Deontologia forense*, Milano, 1975, p. 156 ss.

<sup>(32)</sup> Cons. naz. for., 31 marzo 2021, n. 61; Cons. naz. for., 22 novembre 2018, n. 142. Tali principi, peraltro, trovano chiara enunciazione nella formula del giuramento professionale.

ritiene di condividere, stante l'assenza di una precisa previsione normativa, l'esistenza di un dovere di verità in capo al difensore, ha però evidenziato che esso assume una inevitabile rilevanza qualora sia funzionale a ragioni di efficienza del processo, oppure sia indispensabile per riaffermare il ruolo di indipendenza dell'avvocato rispetto alla parte, oppure nell'ipotesi in cui il suo mancato rispetto consenta di ottenere un provvedimento giurisdizionale favorevole<sup>(33)</sup>, alterando la naturale dialettica processuale<sup>(34)</sup>.

Infatti, la previsione di un ragionevole obbligo per gli avvocati – unitamente alle parti – di contribuire in modo leale all'accertamento dei fatti ad opera del giudice è un elemento indispensabile, a prescindere dalla visione che si possa accogliere con riguardo al dovere di verità<sup>(35)</sup>, per garantire il corretto funzionamento della macchina giudiziaria<sup>(36)</sup> e, in ultima istanza, per fare in modo che trovi attuazione il c.d. «giusto processo»<sup>(37)</sup>.

<sup>(33)</sup> R. DANOV, *Dei doveri dell'avvocato nel processo*, in ID., *Deontologia e giustizia*, Milano, 2003, p. 69 ss.

<sup>(34)</sup> Come osserva M. BINA, *La felicità dell'avvocato*, cit., p. 238. Per quanto riguarda i limiti di questo dovere, è stato evidenziato (M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 431 ss.; M. BINA, *La felicità dell'avvocato*, p. 243 ss.) che il dovere di verità dell'avvocato corrisponde a quello della parte: esso deve dire il vero nella misura in cui la parte dice il vero, dovendosi escludere che il difensore sia gravato da doveri etici indipendenti di ricerca della verità oppure di obblighi diversi o confliggenti rispetto a quelli della parte.

<sup>(35)</sup> Anche se tradizionalmente l'obbligo di verità viene inquadrato nel più ampio dovere di lealtà e probità cui l'avvocato è tenuto nel processo e nell'esercizio della professione.

<sup>(36)</sup> M.L. SCHWARTZ, *The Zeal of the Civil Advocate*, in «American Bar Foundation Research Journal», 1983, vol. 8, p. 543 ss., spec. p. 552, il quale rileva che uno degli scopi del processo è quello di accertare la verità.

<sup>(37)</sup> Sul punto: L.P. COMOGLIO, «Moralizzazione del processo e ruolo del giudice nell'evoluzione dei modelli processuali europei», in «Rivista di diritto processuale», 2015, p. 155, il quale osserva che: «L'incremento equilibrato del ruolo direttivo del giudice, non tanto (o non soltanto) nell'accertamento della verità dei fatti controversi, quanto nella predetta "moralizzazione" dei comportamenti processuali "abusivi" e sleali delle parti, è ben lungi dall'essere incompatibile con le garanzie fondamentali del processo "giusto". Al contrario – come è stato ben avvertito anche nell'ambito della nostra magistratura – esso rappresenta uno strumento imprescindibile per la concreta

Detta esegesi, peraltro, è in sintonia con quella lettura che riconosce all'art. 88 cod. proc. civ. un ruolo centrale nell'esperienza processuale: «lungi dal limitarsi ad una enunciazione moraleggiante e pleonastica», la menzionata norma racchiude una spiccata potenzialità operativa, declinando come debba esplalarsi il contraddittorio tra le parti. Infatti, il processo per essere giusto impone che il contraddittorio non si risolva solo in un meccanismo formale, ma presuppone l'uguaglianza sostanziale delle parti<sup>(38)</sup>. Agire in modo sleale significherebbe, come è stato rilevato, violare il contraddittorio e, così, compromettere la possibilità che il processo attinga alla «verità», seppure soltanto probabile<sup>(39)</sup>.

La bontà di quanto sostenuto trova oggi ulteriore conferma nella rinnovata importanza<sup>(40)</sup> che il legislatore della riforma ha attribuito, attraverso una revisione dell'apparato sanzionatorio, al dovere di leale collaborazione delle parti e dei difensori<sup>(41)</sup> e

attuazione di quelle basilari garanzie, se ed in quanto (come pare ovvio) le sue diversificate manifestazioni siano costantemente subordinate all'inderogabile rispetto del previo contraddittorio delle parti»; Id., *Etica e tecnica del «giusto processo»*, Torino, 2004, p. 270; J. NIEVA FENOLL, *La cattiva reputazione del principio inquisitorio*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2014, p. 943 ss.

<sup>(38)</sup> N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, 4<sup>a</sup> ed., cit., p. 206; A. CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, in *Etica del processo e doveri delle parti*, cit., p. 203 ss., spec. p. 212; prima ancora: C. MANDRIOLI, *Doveri di lealtà e probità*, cit., p. 962; *contra*, E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1953, vol. I, p. 203; F. MACIOCE, *La lealtà: una filosofia del comportamento processuale*, Torino, 2005, p. 5 ss., spec. p. 135.

<sup>(39)</sup> Non crede «al mito del processo come strumento per scoprire la verità», B. CAVALLONE, *Intervento*, in *Etica del processo e doveri delle parti*, cit., p. 248; e in senso più ampio, Id., *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in «Rivista di diritto processuale», 2010, p. 1 ss.; sul punto si veda la diversa prospettiva di M. TARUFFO, *La semplice verità: il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, p. 44 ss.; e di F. MACIOCE, *La lealtà*, cit., p. 193.

<sup>(40)</sup> M. GRADI, *Doveri delle parti e dei terzi*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. Tiscini, Pisa, 2023, p. 38 ss.

<sup>(41)</sup> Il legislatore ha ulteriormente specificato questo dovere in ambito del

nell'introduzione del generale principio dell'obbligo di sinteticità e chiarezza degli atti processuali<sup>(42)</sup>.

Al contempo, non vi è dubbio che il dovere di verità dell'avvocato sia strettamente collegato all'obbligo di verità del proprio cliente, nel senso che – rispetto alla ricostruzione dei fatti – il primo si muove nell'ambito oggettivo del secondo: tuttavia, il dovere dell'avvocato costituisce, al tempo stesso, un obbligo distinto da quello dalla parte difesa in giudizio. L'avvocato, infatti, non può assecondare i desideri ingiusti della parte rappresentata<sup>(43)</sup>. Ne segue che, qualora sia il cliente che chieda all'avvocato di intentare cause frivole, quest'ultimo inevitabilmente deve rifiutarsi, giungendo anche alla rinuncia del mandato in caso di sua ostinazione.

La lettura proposta trova, come si è già anticipato, un connaturale limite nell'ipotesi in cui il profilo della frivolezza sia connesso alle questioni giuridiche o più in generale all'attività relativa all'argomentazione<sup>(44)</sup>. Naturalmente, questa esimente non può

processo di famiglia (art. 473-bis.18 cod. proc. civ.) e in ambito delle procedure relative alla crisi di impresa (art. 4, comma 1, cod. crisi impr.).

<sup>(42)</sup> Per un'ampia disamina si rimanda a S. DALLA BONTÀ, *La cura delle parole: sinteticità e chiarezza nel dialogo processuale e nella giustizia consensuale*, in «Giustizia consensuale», 2024, p. 185 ss.; M. GRADI, *Il processo come dialogo*, ivi, p. 201 ss.; I. PAGNI, *Chiarezza e sinteticità degli atti e dei provvedimenti nel decreto ministeriale scritto in attuazione dell'art. 46 disp. att. c.p.c.*, in <www.judicium.it>, 4 ottobre 2023; in generale: P. BIAVATI, *Il linguaggio degli atti processuali*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2017, p. 469; A. STORTO, *Il principio di sinteticità degli atti processuali*, in «Il giusto processo civile», 2015, p. 1192 ss.; G. FINOCCHIARO, *Il principio di sinteticità nel processo civile*, in «Rivista di diritto processuale», 2013, p. 866, che parla, con riguardo al processo statuale, di esplicazione «dovere di collaborazione tra difensori e giudici»; L. QUERZOLA, *Contributo allo studio degli atti processuali tra forma e linguaggio giuridico*, Torino, 2018, p. 212 ss.

<sup>(43)</sup> Come osserva M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., pp. 431-432; v. anche M. BINA, *La felicità dell'avvocato*, cit., p. 423, il quale parla con riguardo al dovere di verità dell'avvocato come un «dovere che guida la sua condotta quando agisce in nome e per conto del cliente». Mi pare, tuttavia, che detta definizione sia limitativa, come porrò in evidenza nel prosieguo.

<sup>(44)</sup> Come osserva giustamente M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 433; M. BINA, *La felicità dell'avvocato*, cit., p. 253 ss.; F. CIPRIANI, *L'avvocato e la verità*, in «Previdenza forense», 2003, p. 223 ss.

trovare applicazione nelle ipotesi in cui il difensore citi erroneamente (anche inventandoli, come è accaduto, per esempio, nel noto caso deciso dalla Corte suprema di New York con riguardo all’uso dell’intelligenza artificiale di ChatGPT) <sup>(45)</sup> dei precedenti giurisprudenziali a sostegno della propria tesi o travisi i principi di diritto tratti dalle massime citate <sup>(46)</sup>.

*4. Gli strumenti volti a distogliere il professionista dall'intentare cause frivole.* — Una volta definito il concetto di causa frivola riconducibile, come emerge dalla precedente disamina, nel più ampio bacino della lite temeraria o secondo alcuni dell’abuso del processo <sup>(47)</sup>, e, di conseguenza, il possibile ambito applicativo del dovere di dissuasione, l’indagine deve indirizzarsi a verificare se vi siano strumenti adeguati a distogliere il professionista dall’intentare cause frivole. Come si è anticipato, nel nostro ordinamento promuovere o sostenere una causa infondata può integrare la fattispecie della responsabilità aggravata con la conseguente applicazione delle sanzioni per essa previste <sup>(48)</sup>.

<sup>(45)</sup> Mi riferisco al caso *Mata v. Avianca, Inc.*, 678 F.Supp. 3d 443 (2023), in cui l’avvocato è stato sanzionato per avere citato dei precedenti giurisprudenziali che erano stati inventati da ChatGPT. Infatti, il giudice, pur ritenendo ammissibile il ricorso all’intelligenza artificiale nell’attività di redazione delle memorie difensive, reputa che sia dovere dell’avvocato verificare sempre la correttezza del contenuto degli atti che deposita. Anche nell’ordinamento italiano si è riscontrato un episodio analogo, che, però, non è stato oggetto, nello specifico, di sanzione. Il giudice (Trib. Firenze, 14 marzo 2025, in <www.ilcaso.it>, 14 aprile 2025) ha, infatti, rilevato che, nel caso di specie, la citazione delle pronunce giurisprudenziali inventata da ChatGPT era finalizzata solo a rafforzare un apparato difensivo già chiaro e non, invece, a resistere in giudizio in mala fede. Al contempo, però, il giudicante rileva la sussistenza di un generale onere in capo all’avvocato di controllare l’esistenza e la coerenza delle fonti utilizzate nei propri scritti difensivi.

<sup>(46)</sup> M. BINA, *La felicità dell'avvocato*, cit., p. 304.

<sup>(47)</sup> Sul punto SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, in «Rivista di diritto processuale», 2012, p. 1463 ss., il quale non ritiene che tale fattispecie possa integrare una forma di abuso del diritto; in senso diffforme A. DONDI, A. GIUSANI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2007, p. 195.

<sup>(48)</sup> Su tale profilo ampliamente di recente M. FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, Torino, 2023, p. 38.

Si tratta, come è noto, di sanzioni erogate contro il cliente-parte e non nei riguardi del professionista. Esse hanno una connotazione sia privata sia pubblica e per alcune di esse (in particolare quelle previste dall'art. 96, commi 3 e 4, cod. proc. civ.) si ritiene che non sia necessaria la soccombenza in giudizio<sup>(49)</sup>. Nessuna sanzione diretta, invece, è prevista nei riguardi del professionista, il quale è in sostanza deresponsabilizzato in ordine alle scelte concernenti l'instaurazione o la non instaurazione del giudizio<sup>(50)</sup>.

In verità, una parte degli interpreti, valorizzando la previsione dell'art. 94 cod. proc. civ., il quale richiama «in genere coloro che rappresentano o assistano la parte in giudizio», reputa che il preceitto in esso contenuto sia idoneo a sanzionare anche l'opera dell'avvocato svolta nel mancato rispetto dei canoni di lealtà e probità<sup>(51)</sup>. La violazione di questi ultimi, infatti, è in grado di in-

<sup>(49)</sup> Per un'ampia analisi di esse, M. GRADI, *Doveri delle parti e dei terzi*, cit., p. 45 ss.

<sup>(50)</sup> Come pongono in evidenza V. ANSANELLI, *Riforme dell'etica dell'avvocatura e riforma del processo civile*, cit., p. 408; e G. ROMUALDI, *La responsabilità sociale dell'avvocato: doveri di giustizia e abuso del processo*, in «Teoria e storia del diritto privato», 2022, p. 4 ss.

<sup>(51)</sup> In tal senso, v. G. SCARSELLI, *Le spese giudiziali civili*, cit., p. 153, il quale, a prescindere dalla stretta esegesi letterale, reputa estensibile detta previsione alla fine di garantire la razionalità del sistema e l'esplicarsi della giustizia sostanziale; R. VECCHIONE, *Spese giudiziali*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XIV, Torino, 1970, p. 1137; M. RICCA BARBERIS, *Preliminari e commento al codice di procedura civile*, Torino, 1946, p. 160; più di recente, v. inoltre G. RUFFINI, *Lealtà e verità nella vita dell'avvocato*, in «Etica e giustizia: rivista di cultura giuridica», 2025, p. 32; in senso contrario, v. invece V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Padova, 1941, vol. I, p. 233; S. SATTA, *Diritto processuale civile*, Padova, 1948, p. 126; A. GUALANDI, *Spese e danni nel processo civile*, Milano, 1962, p. 103; E. GRASSO, *Condanna di rappresentanti o curatori*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, vol. I, 2, cit., p. 1020; P. PAJARDI, *Sulla condanna alle spese processuali di un soggetto che non fa parte del processo*, in «Giurisprudenza italiana», 1973, c. 1615; L. BIANCHI D'ESPINOSA, *Il difensore come soggetto autonomo di rapporti processuali*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1957, p. 277 ss.: coloro che sostengono la non estensione della norma ai difensori sorreggono la loro posizione sulla lettura dei lavori preparatori, sull'assenza di un richiamo nella

tegrare «i gravi motivi» richiesti dalla norma di legge e di consentire l’irrogazione della condanna alle spese (dell’intero processo o di singoli atti), anche in solido con la parte, a carico dell’avvocato.

Si tratta sicuramente di una interpretazione degna di pregio, poiché è idonea a responsabilizzare in via diretta l’attività dell’avvocato che, però, oggigiorno, ha trovato limitata applicazione pratica<sup>(52)</sup> e che si pone anche in controtendenza rispetto alle parole del giudice delle leggi<sup>(53)</sup>.

Accantonando questa lettura, la prassi consolidata ritiene che l’avvocato possa rispondere personalmente della condotta tenuta solo qualora il cliente intenti, una volta concluso il processo, una causa di responsabilità nei suoi riguardi<sup>(54)</sup>. Inoltre, come precisa la giurisprudenza, qualora sia il cliente ad insistere per una scelta difensiva basata su argomentazioni infondate, l’avvocato ha pur sempre la possibilità di dimostrare il corretto adempimento dell’obbligo di dissuasione e così andare esente da qualunque genere di responsabilità<sup>(55)</sup>.

norma ai difensori e sull’inammissibilità di una condanna al pagamento delle spese a carico di soggetti diversi dalle parti in causa.

<sup>(52)</sup> Trib. Reggio Emilia, 12 luglio 2007, in «Giurisprudenza italiana», 2009, p. 152 ss., con nota di T. FICARELLI, *La condanna del difensore al pagamento delle spese processuali in presenza di una valida procura alle liti: una interpretazione evolutiva dell’art. 94 c.p.c.*; Trib. Cagliari, 19 giugno 2008, in «Il giusto processo civile», 2011, p. 181 ss., con nota di F. CORDOPATRI, *La condanna solidale del difensore alla rifusione delle spese; contra*, v. invece Trib. Torino, 1° ottobre 1986, in «Repertorio del Foro italiano», 1987, voce *Spese giudiziali civili*, n. 6.

<sup>(53)</sup> Corte cost., 30 novembre 2007, n. 450, dove si legge che l’art. 94 cod. proc. civ., concerne «l’istituto – del tutto distinto dalla rappresentanza tecnica – della “parte in senso formale”».

<sup>(54)</sup> A titolo esemplificativo, L. BIANCHI D’ESPINOSA, *Il difensore come soggetto autonomo di rapporti processuali*, cit., p. 282.

<sup>(55)</sup> Cass. civ., sez. VI, 17 novembre 2021, n. 34993, in «Danno e responsabilità», 2022, p. 341 ss.; Cass. civ., sez. II, 2 aprile 2015, n. 6782. In questa direzione, si esprime anche la giurisprudenza tedesca, la quale esclude la responsabilità dell’avvocato che abbia informato il cliente sulla mancanza di speranza di accoglimento dell’appello e che nondimeno si sia trovato costretto a procedere dietro le sue insistenze: si veda AG Frankfurt a. M., 22 luglio 2021, 32 C 807/21, in <rsw.beck.de/aktuell>, 2 agosto 2021. Peraltro, qualora l’avvocato decida di patrocinare cause perse non può lesinare mezzi ed energie affinché l’attività sia

Tale dimostrazione si ritiene raggiunta qualora il professionista provi di avere adempiuto al suo obbligo informativo (di cui quello di dissuasione costituisce una specifica manifestazione), in modo tale che il cliente sia stato posto nella condizione di valutare i rischi connessi all'iniziativa giudiziaria<sup>(56)</sup>. Quindi, potrebbe verificarsi che l'avvocato, qualora la sua condotta non abbia leso gli interessi della parte assistita, sia esentato da qualunque responsabilità per aver intentato o coltivato una causa basata su argomentazioni prive di fondamento.

Tuttavia, se è vero, come si ha avuto modo di osservare, che l'obbligo di dissuasione è finalizzato a tutelare i principi cardini del giusto processo e, in ultima analisi, anche il sistema giustizia, tanto da poter essere considerato come un filtro in senso deflattivo all'accesso alla tutela giurisdizionale<sup>(57)</sup>, ritengo che sarebbe maggiormente opportuno apprestare un corpo di sanzioni che imponga effettivamente all'avvocato, al momento della instaurazione della lite, di essere concretamente quella «sentinella» di cui parlava già Piero Calamandrei.

In questa direzione, in verità, si pone il sistema statunitense, il quale, nell'ipotesi in cui la difesa giudiziale sia caratterizzata da fini impropri, emulativi, abusivi o meramente dilatori, a essere punito è il soggetto che si ritiene abbia realmente elaborato le strategie processuali e compiute le conseguenti scelte, ovvero l'avvocato<sup>(58)</sup>. Detto apparato sanzionatorio trova enunciazione

rivolta a un risultato utile per il cliente, come osserva L.E. PERRIELLO, *Professione forense e responsabilità civile*, Napoli, 2023, p. 53 ss.

<sup>(56)</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Professioni intellettuali*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XIV, Torino, 1967, p. 25.

<sup>(57)</sup> Sul punto ampliamente V. ANSANELLI, *Riforme dell'etica dell'avvocatura e riforma del processo civile*, cit., p. 399 ss.; e in via generale, A. D. DE SANTIS, *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, Napoli, 2018, p. 58 ss.

<sup>(58)</sup> Sul punto, M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 250 ss.; V. ANSANELLI, *Riforme dell'etica dell'avvocatura e riforma del processo civile*, cit., p. 408; ID., *Filosofie di riforma della fase preparatoria del processo*, cit., p. 67, il quale mette in evidenza l'efficienza del sistema sanzionatorio, composto, oltre che dalle previsioni dalla Rule 37 delle *FRCP*, dalle sanzioni comminate dalle norme delle *Model Rules of Professional Conduct*.

in particolare nella *Rule 37* delle *Federal Rules of Civil Procedure* e nelle corrispettive norme delle *Model Rules of Professional Conduct* (in particolare nella *Rule 3.3*). Si tratta di previsioni modulabili dal giudice, al quale compete il compito di imporre una sanzione appropriata per evitare che nel futuro vengano poste in essere condotte similari. Accanto a quelle pecuniarie di elevato valore, il giudice può, in via discrezionale, adottare un vasto spettro di sanzioni negative: dalla reprimenda *in court* dell'avvocato all'obbligo di seguire corsi di riabilitazione professionale, fino al suo deferimento al *bar disciplinary authority*, con eventuali conseguenze di *disbarment*.

Come è stato osservato, si tratta di sanzioni attraverso cui il legislatore americano intende perseguire molteplici obiettivi: esse consentono di garantire una doverosa serietà nella redazione dell'atto introduttivo; permettono di instaurare da principio un rapporto di leale collaborazione fra le parti e i loro avvocati e fra esse e il giudice e, infine, consentono di evitare la realizzazione di pratiche abusive dello strumento processuale<sup>(59)</sup>.

5. *Osservazioni conclusive.* — Dalla disamina compiuta, emerge come il nostro ordinamento, in estrema sintesi, colleghi il concetto di causa frivola con quello più ampio di causa temeraria, prescrivendo sanzioni pecuniarie che, però, incidono sulla parte-cliente.

Il professionista risponderà del comportamento temerario solo qualora esso abbia leso gli interessi del suo assistito e purché non sia stato in grado di fornire la prova del corretto adempimento del suo dovere di dissuasione. Diverso, come si è visto, l'approccio nel sistema statunitense, il quale responsabilizza l'avvocato in ordine alle scelte concernenti l'instaurazione o la non instaurazione del giudizio.

Benché la nostra giurisprudenza abbia sentito, giustamente, l'esigenza di estendere lo spettro applicativo del concetto di colpa grave ai fini dell'applicabilità della responsabilità per condot-

<sup>(59)</sup> V. ancora V. ANSANELLI, *Riforme dell'etica dell'avvocatura e riforma del processo civile*, cit., p. 407.

ta temeraria nell’ipotesi di cause infondate, non rende, in ultima analisi, effettiva la necessità che sorregge questa interpretazione.

Non vi è dubbio che il codice deontologico forense, così come riformato nel 2014, abbia enfatizzato l’importanza del momento del conferimento dell’incarico e degli obblighi informativi ad esso connessi. Oltre al già citato art. 23, è opportuno ricordare che l’art. 27 impone all’avvocato di informare chiaramente il cliente «all’atto dell’assunzione dell’incarico» delle caratteristiche e dell’importanza di quest’ultimo e della attività da espletare, precisando le iniziative e le ipotesi di soluzione.

Tuttavia, a mio avviso, ciò non basta. Affinché l’avvocato svolga una effettiva funzione sociale e, dunque si possa parlare di un «avvocato etico»<sup>(60)</sup> secondo la nota definizione di Angelo Dondi, è imprescindibile rimarcare la sua responsabilità al momento della instaurazione della lite, a prescindere dal fatto che essa abbia creato un nocumento degli interessi della parte-cliente.

Tale risultato potrebbe essere conseguito, oltre che attraverso un sistema di sanzioni azionabile automaticamente in capo al professionista<sup>(61)</sup>, in modo tale che il difensore sia indotto a perseguire strategie in grado di contemperare le necessità ed aspettative del cliente e quelle proprie derivanti dalla perduta

<sup>(60)</sup> A. DONDI, *Etica dell'avvocatura, strategie difensive, conflitti di interesse e abuso nel processo civile*, in *Studi in onore di Vittorio Colesanti*, Napoli, 2009, vol. I, p. 544; Id., *Lealtà e conflitti di interessi nella prospettiva delle dinamiche processuali: un sintetico confronto comparato nel mondo della complessità*, in «Il giusto processo civile», 2018, p. 689 ss.; Id., *Spunti in tema di «legal ethics» come etica della difesa in giudizio*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1995, p. 261 ss.; Id., *Buona pratica della difesa in giudizio come law of lawyering: un breve riepilogo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2023, p. 9.

<sup>(61)</sup> A. DONDI, *Manifestazione della nozione di abuso del processo*, in «Diritto privato», 1997, p. 482; V. ANSANELLI, *Riforme dell'etica dell'avvocatura e riforma del processo civile*, cit., p. 415; L.R. PATTERSON, *Importanza e ruolo del cliente nell'etica professionale dell'avvocato*, in *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, a cura di A. Dondi, Bologna, 1993, p. 195 ss. il quale evidenza «i diritti e i doveri del cliente determinano i diritti e doveri della parte». Per una sintesi in merito alle modalità di abuso si veda G. SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, cit., p. 1455.

immunità dagli esiti negativi del processo, soprattutto mediante l'introduzione di una disciplina più circoscritta e specifica degli atti introduttivi<sup>(62)</sup>, che si spinga oltre ai già richiamati principi di sinteticità e chiarezza.

Inoltre, un importante ruolo di deterrenza nei riguardi di comportamenti abusivi può essere svolto – e nel prossimo futuro lo sarà senz'altro in modo più incisivo<sup>(63)</sup> – dai sistemi di intelligenza artificiale predittiva: infatti, la macchina, certamente affidabile nell'analisi dei dati, può verificare *a priori* se la causa che verrà instaurata si basi su argomenti frivoli. L'avvocato, pur non potendo essere vincolato dalla valutazione compiuta dall'algoritmo, così come conferma indirettamente anche la recente legge in materia di intelligenza artificiale<sup>(64)</sup>, sarà inevitabilmente influenzato nell'adozione di una condotta rispetto ad un'altra, specialmente qualora il sistema ponga in evidenza un quadro interpretativo saldamente orientato a favore di una certa esegesi normativa.

In tale contesto l'instaurazione di controversie non sufficientemente fondate in fatto e diritto – e dunque frivole – sarebbe più

<sup>(62)</sup> Sottolinea le lacune connesse alla redazione degli atti introduttivi: A. DONDI, *Abuso del processo*, cit., p. 7; per un'analisi ad ampio spettro: S. DALLA BONTÀ, *L'introduzione della causa tra sostanziazione e individuazione: premesse teorico-ricostruttive*, Napoli, 2018, p. 326 ss.

<sup>(63)</sup> Tale previsione non è assolutamente futuribile alla luce degli importanti risultati conseguiti dal sistema di intelligenza artificiale Harvey, il quale viene già ampliamente utilizzato in numerosi studi legali internazionali. Detto sistema, basato sul GPT-4 di OpenAI, offre capacità avanzate come, ad esempio, il trattamento del linguaggio naturale, l'apprendimento automatico e l'analisi dei dati. Questa piattaforma di intelligenza artificiale è in grado di fornire preziose intuizioni, raccomandazioni e previsioni da grandi volumi di dati, sebbene i risultati finali richiedano ancora una revisione attenta da parte degli avvocati umani.

<sup>(64)</sup> L'art. 15, commi 1 e 2, della legge n. 132 del 2025 stabilisce che: «Nei casi di impiego dei sistemi di intelligenza artificiale nell'attività giudiziaria è sempre riservata al magistrato ogni decisione sull'interpretazione e sull'applicazione della legge, sulla valutazione dei fatti e delle prove e sull'adozione dei provvedimenti. (...) Il Ministero della giustizia disciplina gli impieghi dei sistemi di intelligenza artificiale per l'organizzazione dei servizi relativi alla giustizia, per la semplificazione del lavoro giudiziario e per le attività amministrative accessorie».

agevolmente individuabile e verosimilmente percepita come non commendevole dalla stessa avvocatura<sup>(65)</sup>.

Infatti, non bisogna dimenticare che l'attività difensiva deve sempre trovare una concreta giustificazione anche di fronte alla società, che del processo, come poneva in luce Vittorio Denti<sup>(66)</sup>, «non è solo spettatrice, ma indiretta protagonista».

<sup>(65)</sup> Come pone in luce anche A. DONDI, *Etica dell'avvocatura, strategie difensive, conflitti di interesse e abuso nel processo civile*, cit., p. 553; Id., *Abuso del processo*, cit., p. 6 ss.; Id., *Introduzione della causa e strategie di difesa*, vol. I, cit., p. 93 ss.

<sup>(66)</sup> V. DENTI, *La difesa come diritto e garanzia*, in *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, a cura di V. Grevi, Bologna, 1977, p. 56. Tale profilo, tra gli altri, viene messo in evidenza anche da M.F. GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012, p. 22; N. TROCKER, *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa*, in *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*, a cura di G. Scarselli, Napoli, 2010, p. 176 ss.; I. TRUJILLO, *Etica delle professioni legali*, Bologna, 2013, p. 165 ss.

## Abstract

Il saggio analizza il fenomeno delle cause frivole e il correlato dovere dell'avvocato di dissuadere il cliente dall'intraprendere o proseguire iniziative giudiziarie prive di un ragionevole fondamento. Muovendo dal quadro giurisprudenziale italiano, l'autrice evidenzia come la frivolezza possa manifestarsi tanto nella mancanza di basi fattuali quanto nell'inconsistenza giuridica delle pretese, pur distinguendola dall'ammissibile coltivazione di tesi minoritarie sorrette da solide argomentazioni sistematiche. Il contributo mette in luce l'ampliamento, da parte della Corte di cassazione, dell'ambito operativo del dovere di dissuasione, collegandolo ai principi di lealtà processuale, efficienza e tutela del giusto processo. Il confronto con il sistema statunitense mostra un approccio più rigoroso e orientato alla responsabilizzazione diretta dell'avvocato, il quale viene sanzionato in caso di iniziative processuali abusive, dilatorie o contrarie al dovere di verità. Nel sistema italiano, invece, le sanzioni colpiscono prevalentemente la parte, lasciando alla deontologia forense e alla responsabilità civile dell'avvocato un ruolo limitato nel contenimento delle condotte temerarie o abusive. L'autrice sostiene quindi la necessità di rafforzare gli strumenti sanzionatori e regolatori rivolti nei confronti dell'avvocato affinché questi possa effettivamente svolgere la propria funzione sociale e preventiva rispetto all'abuso del processo. Viene altresì considerato il potenziale contributo dei sistemi di intelligenza artificiale predittiva nel rilevare *ex ante* la fondatezza delle controversie e nel favorire comportamenti difensivi più responsabili e trasparenti.

*The essay examines the phenomenon of frivolous lawsuits and the corresponding duty of the lawyer to dissuade the client from initiating or pursuing judicial actions lacking a reasonable foundation. Drawing on the Italian case-law framework, the author highlights how frivolousness may arise both from the absence of factual bases and from the legal inconsistency of the claims, while distinguishing it from the legitimate advancement of minority legal arguments supported by robust systematic reasoning. The contribution underscores how the Italian Court of Cassation has expanded the operative scope of the lawyer's duty of dissuasion, linking it to the principles of procedural fairness, efficiency, and the protection of due process. The comparison with the United States legal system reveals a more stringent approach, oriented toward the direct accountability of the lawyer, who may be sanctioned for abusive, dilatory, or truth-contravening litigation conduct. By contrast, in the Italian system sanctions primarily affect the client, leaving professional ethics*

*and civil liability to play only a limited role in curbing reckless or abusive behavior by counsel. The author thus argues for the need to strengthen sanctioning and regulatory tools directed at lawyers, so that they may effectively fulfil their social and preventive function in relation to the abuse of process. The potential contribution of predictive artificial intelligence systems is also discussed, particularly their capacity to assess in advance the merits of disputes and to encourage more responsible and transparent defensive strategies.*

DAMIANO MICALI  
*Ricercatore dell'Università di Messina*

## IL GIURAMENTO DELL'AVVOCATO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La problematica dell’etica forense nell’impegno dell’avvocato. – 3. L’etica forense nella legge professionale del 1874. – 4. Le riforme dell’ordinamento forense del 1926 e del 1933. – 5. L’avvento della Costituzione repubblicana. – 6. La riforma del 2012 e il passaggio dal giuramento all’impegno solenne. – 7. La rilevanza giuridica dell’impegno.

1. *Premessa.* — L’obiettivo di coniugare, nel senso più alto del termine, l’etica forense, intesa come scienza del comportamento dell’avvocato, alla giustizia, assunta come valore oggettivo e canone funzionale, può essere osservato, quasi *in vitro*, attraverso la parabola del «giuramento»<sup>(1)</sup>, che conferma e sublima la complessità della funzione dell’avvocato.

<sup>(1)</sup> Ho scelto di mantenere l’indicazione del termine «giuramento», in luogo di «impegno solenne», come modificato nel 2012, per ragioni eminentemente storiche e di sostanza, trattandosi – al di là del superamento delle connotazioni religiose o autoritarie della formula – dell’assunzione di un impegno corredata da una dichiarazione promissoria formale davanti all’autorità, rappresentata nel caso di specie (oggi) dal consiglio dell’Ordine. Sul tema, prima della riforma, v., per tutti, S. STAMMATI, *Del giuramento professionale degli avvocati: significati originari e attuali della formula giuratoria*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2002, p. 3055 ss.; nonché Id., *Il giuramento professionale degli avvocati: specificità dei suoi problemi entro quelli comuni a tutti i giuramenti*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2002, p. 3397 ss.; più in generale, v. L. VENTURA, *Giuramento nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle discipline pubbliche*, vol. VII, Torino, 1991, p. 309 ss.; P. GROSSI, *Giuramento (diritto costituzionale)*, in *Encyclopédia del diritto*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 144 ss.; G.B.

Conferma, perché le formule adottate lasciano chiaramente intravedere la tensione tra funzione privata e funzione pubblica, tra autonomia e rappresentanza dell'avvocato. Sublima, perché le predette formule, rese come dichiarazione promissoria d'impegno etico davanti all'autorità costituita, intendono ieraticamente istituire e concisamente riassumere, cristallizzandoli, i doveri, i modi e i fini dell'attività forense.

Il mio contributo sarà diviso in due parti: una prima, dedicata a ripercorrere brevemente l'evoluzione recente<sup>(2)</sup> dell'istituto che per brevità denominiamo «giuramento dell'avvocato»; una seconda, deputata a cogliere l'incidenza che l'esistenza stessa nonché il contenuto della formula giuratoria producono sull'etica forense e, dunque, sui comportamenti dell'avvocato.

*2. La problematica dell'etica forense nell'impegno dell'avvocato.* — Nel 1920, Piero Calamandrei ribadiva che uno Stato libero e democratico «non possa rinunciare a quei servigi che l'avvocato libero professionista può rendere alla giustizia, supplendo alla imperizia tecnica e opponendosi alla disonesta litigiosità delle parti. Ma come un ordine di avvocati, che comprendano la loro altissima funzione sociale, è un valido sussidio per gli organi giudiziarii, così una genia di causidici coltivatori del cavillo può essere al buon funzionamento della giustizia un ostacolo pernicioso»<sup>(3)</sup>.

Già allora era evidente la duplice anima della professione forense, quella dell'uomo retto, esempio di morale, mediatore dei

VERBARI, *Giuramento (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 131 ss.; G.M. LOMBARDI, *Giuramento (diritto pubblico)*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. VII, Torino, 1961, p. 964 ss.

<sup>(2)</sup> Per ovvie ragioni di opportunità e, più ancora, per la necessità di contestualizzare in maniera specifica il ruolo del giuramento, il periodo di osservazione è limitato all'epoca moderna-contemporanea.

<sup>(3)</sup> P. CALAMANDREI, *Il problema giudiziario*, 1920, in Id., *Opere giuridiche*, vol. II, Napoli, 1966, p. 9. Il tema è, naturalmente, vecchio quanto la professione, come conferma il ricordo delle critiche al ceto forense in epoca medievale di R. BIANCHI RIVA, *L'avvocato non difenda cause ingiuste: ricerche sulla deontologia forense in età medievale e moderna*, vol. I, Milano, 2012, p. 74 ss.

conflitti nell'interesse pubblico alla giustizia, disinteressato al guadagno e tutore dell'etica, e quella del professionista economico, con strumenti intellettuali e abilità da mettere al servizio del cliente, nel desiderio di vincere il «giuoco» o la «gara» del processo<sup>(4)</sup>, come un imprenditore nel mercato libero e globalizzato.

Duplice anima che connota tutta l'evoluzione – non solo normativa – della professione, fino ai giorni nostri, in cui sono chiamati a convivere principi nobili e altisonanti, norme deontologiche autoprodotte, paradigma di astrazione dalle pulsioni economiche e dagli stratagemmi, e al contempo tendenze alla liberalizzazione dei comportamenti, delle tariffe, dell'accesso, delle forme di esercizio della professione<sup>(5)</sup>.

A leggere gli scritti sull'avvocatura di fine Ottocento o dei primi del Novecento, e poi quelli di oggi, sembra che non si sia mai davvero sviluppato, o meglio fattivamente diffuso un «sentire comune» in cui la classe forense potesse riconoscersi, sicura dei suoi valori e stili, dei suoi doveri e delle sue prerogative, ma che ci sia sempre stata l'ambizione di definire un'identità professionale autonoma e indipendente dall'interesse oggetto del conferimento d'incarico<sup>(6)</sup>.

Elevandoci dal piano pratico a quello teorico, si può afferma-

<sup>(4)</sup> Il processo era e rimane, tra l'altro, un gioco di abilità e furbizia, come si discuteva tra P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in «Rivista di diritto processuale», 1950, I, p. 23 ss.; e F. CARNELUTTI, *Giuoco e processo*, in «Rivista di diritto processuale», 1951, I, p. 101 ss.

<sup>(5)</sup> Qualche indicazione recente in G. ALPA, *I nuovi volti della professione forense nell'età della globalizzazione*, Bologna, 2011; G. COLAVITTI, *La libertà professionale tra Costituzione e mercato: liberalizzazioni, crisi economica e dinamiche della regolazione pubblica*, Torino, 2012; ma anche in R. DANOVY, *La giurisdizione civile e la nuova cultura della professione di avvocato*, in «Corriere giuridico», 2018, p. 333 ss., nonché nei molteplici contributi su *La nuova legge sulla professione forense*, raccolti nella «Rivista di diritto civile», 2013, p. 389 ss.

<sup>(6)</sup> Per un'ampia panoramica, v. il volume *Avvocati e avvocatura nell'Italia dell'Ottocento*, a cura di A. Padoa-Schioppa, Bologna, 2009; per il contesto siciliano, con uno sguardo storico denso di suggestioni, v. A. CAPPUCIO, «*La Toga, uguale per tutti*: potere giudiziario e professioni forensi in Sicilia nella transizione tra Antico Regime e Restaurazione (1812-1848)», Bologna, 2018, spec. p. 157 ss.

re che nella figura dell'avvocato si riflette la «contrapposizione» secolare tra concezione privatistica e concezione pubblicistica del processo, secondo che la prospettiva adottata per interpretare il processo sia quella di strumento per tutelare i diritti soggettivi o quella di mezzo inteso a garantire l'attuazione della legge<sup>(7)</sup>. Questa duplice, irrisolta identità traspare dalle formule per il giuramento dell'avvocato.

*3. L'etica forense nella legge professionale del 1874.* — Sebbene la professione forense sia radicata nella storia, la regolamentazione formale dell'aspetto etico è vicenda recente<sup>(8)</sup>. Non che non si discutesse di etica del difensore<sup>(9)</sup>, ma la necessità di attenersi a principi di correttezza era ritenuta implicita nella titolarità della funzione. Le regole deontologiche, in un certo senso, si confondevano con quelle giuridiche, ma erano così note da non richiedere ulteriori illustrazioni: «chi apparteneva a quel ceto le conosceva *naturaliter*»<sup>(10)</sup>.

Ne è conferma la lettera della prima legge in materia (n. 1938

<sup>(7)</sup> Per indicazioni sul tema, di fatto premessa implicita di ogni trattazione sistematica del processo civile, v. A. CARRATTA, *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*, in *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, a cura di F. Macario e M.N. Miletta, Bologna, 2018, p. 87 ss.

<sup>(8)</sup> Con ciò non si vuole affermare che la posizione dell'avvocato non sia mai stata oggetto di regolamentazione, di cui vi sono esempi anche in ordinamenti antichi (per indicazioni, C. CAVAGNARI, E. CALDARA, *Avvocati e procuratori*, in *Digesto italiano*, vol. IV, 2, Torino, 1893-1899, p. 623 ss.; P. RASI, *Avvocati e procuratori (diritto intermedio)*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. I, 2, Torino, 1957, pp. 1664-1666), ma che solo in tempi piuttosto recenti si sia sviluppata la giuridicità della norma deontologica – intesa come vincolatività all'interno dell'ordine professionale e sanzionabilità della condotta difforme – come carattere distinto dalla moralità.

<sup>(9)</sup> Ne è un esempio il volume di V. MORENO, *Il galateo degli avvocati*, Napoli, 1843.

<sup>(10)</sup> G. ALPA, *Etica e responsabilità: principi fondamentali della deontologia forense e società civile in Italia*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2011, p. 92. C. CAVAGNARI, E. CALDARA, *Avvocati e procuratori*, cit., p. 673, parlano di «doveri morali, che per la loro importanza e per le tradizioni dei Consigli dell'ordine e di disciplina costituiscono ormai una specie di legge inderogabile per gli avvocati ed i procuratori».

del 1874, con il suo regolamento attuativo adottato con regio decreto n. 2012 del 1874), sulla regolamentazione dell'esercizio della professione di avvocato e procuratore, che non conteneva riferimenti in tema di etica professionale<sup>(11)</sup>. Laconicamente, vi si prevedeva soltanto che i consigli dell'ordine, appena istituiti, «vegliano alla conservazione del decoro e dell'indipendenza del collegio», e «reprimono, in via disciplinare, gli abusi e le mancanze di cui gli avvocati si rendessero colpevoli nell'esercizio della loro professione» (*art. 24*).

L'ordinamento forense, fondato sull'ideologia liberale, che considerava connaturata alla stessa classe forense la questione etica<sup>(12)</sup>, non prevedeva alcun obbligo promissorio per l'avvocato<sup>(13)</sup>, mentre per i procuratori – categoria storicamente ritenuta

<sup>(11)</sup> C. CAVAGNARI, E. CALDARA, *Avvocati e procuratori*, cit., p. 632, affermano che «sarebbe in errore chi pensasse che la legge del 1874, perché fondamentale e generale, involga ed esaurisca tutto l'argomento. Al contrario essa (...) non investe affatto quello che costituisce l'*essenza* delle professioni di avvocato e procuratore, e invano noi cercheremmo, là dove si parla dei loro diritti e doveri (...». Al contrario, e più specificamente, «è materia vastissima quella dei doveri degli avvocati e procuratori, che va dalle minuziose cure procedurali fino alle esigenze imponderabili della moralità pubblica e privata. E ben poco, a questo proposito, ci dice la legge scritta» (così ancora C. CAVAGNARI, E. CALDARA, *Avvocati e procuratori*, cit., p. 672). I vari doveri dell'avvocato sono piuttosto ricondotti a principi desunti dalla prassi forense e dall'antica saggezza, riassunti dagli autori in forma encyclopedica, proprio dopo aver rilevato la mancanza, nell'ordinamento dell'epoca, di un giuramento professionale dettagliato.

<sup>(12)</sup> Il periodo a cavallo tra il XIX e il XX secolo conosce, infatti, la figura del professionista gentiluomo, come ricorda M. BINA, *La felicità dell'avvocato: diritto forense e processo civile*, Torino, 2014, p. 20; si v., più in generale, M. MALATESTA, *Professionisti e gentiluomini: storia delle professioni dell'Europa contemporanea*, Torino, 2006. Si trattava, comunque, di un comune pensiero, come attestano le riflessioni di G. GUIDI, *Giuramento (materia civile)*, in *Encyclopedie giuridica italiana*, vol. VII, 1, Milano, 1914, p. 632, secondo cui «è dunque dimostrato (...) che nell'etica moderna il giuramento rappresenta una superfetazione, rappresenta una cosa inutile».

<sup>(13)</sup> Dal punto di vista deontologico, la storia del giuramento inizia con la storia dell'ordinamento forense, ma figure di giuramento «processuale» erano già presenti, in varie forme, negli ordinamenti antichi. Si ricordi, ad esempio, il giuramento *de calunnia* regolato dalla costituzione *rem non novam* di Giu-

meno nobile di quella dell'avvocato<sup>(14)</sup> e a cui spettava esclusivamente la rappresentanza del cliente in giudizio<sup>(15)</sup> – si limitava a disporre che, dopo l'iscrizione al relativo albo, dovessero prestare «giuramento ad una pubblica udienza del tribunale o della Corte, di adempiere con lealtà e diligenza i doveri del proprio ministero» (art. 41)<sup>(16)</sup>.

stiniano (530 d.C.), che doveva essere prestato *in limine litis* e obbligava gli avvocati a non accettare il mandato per le cause temerarie (*improba*), infondate (*penitus desperata*) o fraudolente (*ex mendacibus allegationibus composita*) o a rimetterlo nel caso in cui tali circostanze fossero emerse successivamente, nel corso del processo: v. M. BINA, *La felicità dell'avvocato*, cit., p. 11 ss.; R. BIANCHI RIVA, *L'avvocato non difenda cause ingiuste*, cit., p. 10 ss., nonché p. 42 ss., per il racconto del tentativo ecclesiastico, divenuto poi modello di future esperienze, di sostituire o comunque affiancare al giuramento *de calumnia*, che rimaneva un giuramento occasionale e legato alla singola causa, un vero e proprio giuramento preventivo di ammissione all'avvocatura, e spec. p. 157 ss. per l'esemplificazione di come, in diversi ordinamenti dell'epoca tardomedievale (Regno di Sicilia, Francia, Spagna) – data anche la desuetudine del giuramento *de calumnia* – l'istituto del giuramento fu trasformato in obbligo generale correlato all'assunzione delle funzioni di avvocato e assistito da sanzioni per la mancata prestazione. Nella letteratura statunitense, sulle origini del fenomeno, si v. C.R. ANDREWS, *The lawyer's oath: both ancient and modern*, in «The Georgetown journal of legal ethics», 2009, p. 7 ss., spec. p. 62 anche per la distinzione tra *declaratory oaths* e *promissory oaths*, e per il rilievo che «*the lawyer's oath is as old as the legal profession itself*»; sul valore del giuramento, già J.H. BENTON, *The lawyer's official oath and office*, Boston, 1909, pp. 3-4, secondo cui «*the significance of the lawyer's oath is that it stamps the lawyer as an officer of the State, with rights, powers and duties as important as those of the Judges of the Courts themselves*».

<sup>(14)</sup> Sulla distinzione, eliminata soltanto con la legge n. 27 del 1997, v. S. RAIMONDI, *Avvocato e procuratore legale*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. II, Torino, 1987, p. 86 ss.; A. CASALINUOVO, *Avvocato e procuratore*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. IV, Roma, 1988, p. 1 ss.; F. CARNELUTTI, *Avvocato e procuratore* (premessa), in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, 1959, pp. 644-645.

<sup>(15)</sup> Motivo per il quale la figura era ritenuta più suscettibile di adottare comportamenti furbesci e non in linea con lo standard etico dell'avvocato-giurista, come ricorda I. BOTTERI, *Tra «onore» e «utile»: il galateo del professionista*, in *Storia d'Italia*, vol. X, *I professionisti*, a cura di M. Malatesta, Torino, 1996, p. 734.

<sup>(16)</sup> Ritenuto inutile formalità da C. CAVAGNARI, E. CALDARA, *Avvocati e procuratori*, cit., p. 667, che giustificano la prescrizione col fatto che «la na-

In questa «prima» fase (<sup>17</sup>), il problema etico rimane un problema interno all'ordine professionale, nel senso stesso per cui la parola ordine rimanda all'ordinamento della professione (<sup>18</sup>), che spetta, secondo il principio dell'autonomia, agli stessi appartenenti alla categoria, che sono artefici e destinatari delle regole deontologiche, e pertanto responsabili del potere disciplinare. Eppure, non mancavano le critiche al *modus* di esercizio della professione, tendenti a stigmatizzare la furbizia, l'avidità, l'opportunismo o addirittura la malafede nell'esercizio della stessa, come dimostra anche il proliferare di aneddoti e facezie (<sup>19</sup>).

Inizia così a svilupparsi un meccanismo, tipico delle professioni intellettuali, consistente nell'autoregolamentazione dei comportamenti, elevati a deontologia professionale, e iniziano contestualmente a diffondersi gli studi in materia. Una delle prime opere famose in tal senso è il *Galateo degli avvocati* di Vincenzo Moreno, apparso a Napoli nel 1843, e contenente non solo, *ante litteram*, molti precetti etici che ancora oggi si ritrovano nel codice deontologico forense, ma anche principi di estetica e di filosofia.

tura speciale, che il nostro legislatore ha voluto conservata al ministero del procuratore, di ufficio quasi pubblico o ministeriale, ha portato a prescrivere per lui la vieta formalità del giuramento», che tuttavia rappresentava fatto costitutivo, insieme all'iscrizione nell'albo, del diritto a esercitare la professione. A differenza degli avvocati, per i procuratori era poi istituito un «Consiglio di disciplina» (art. 49), il quale doveva occuparsi del «mantenimento della disciplina fra procuratori, affinché il loro ministero venga esercitato con probità e delicatezza», e vigilare «sulla condotta di coloro che attendono alla pratica forense e, richiesti, rilasciano i certificati di moralità e capacità» (art. 50).

(<sup>17</sup>) Che, in realtà, è storicamente assai più estesa e fluida, come dimostrano già le esperienze greche e romane, nonché quelle del diritto intermedio.

(<sup>18</sup>) S. SATTA, *Avvocato (ordinamento)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, 1959, p. 655; A. CASALINUOVO, *Avvocato e procuratore*, cit., p. 1.

(<sup>19</sup>) Se ne ha ricca informazione nell'opera di Calamandrei, attraverso i numerosi scritti dedicati a *Magistratura, avvocatura, studio e insegnamento del diritto*, raccolti in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, vol. II, cit., p. 5 ss.; ma v. anche le considerazioni sui caratteri sociali di avvocati e procuratori formulate da C. CAVAGNARI, E. CALDARA, *Avvocati e procuratori*, cit., p. 633 ss.

Prima della giuridicizzazione della regola deontologica, insomma, l'etica dell'avvocato era presupposto implicito e prerogativa, nonché obbligo culturalmente assunto, della professione, che non aveva bisogno di formale promessa<sup>(20)</sup>.

*4. Le riforme dell'ordinamento forense del 1926 e del 1933.* — Da questo «nobile» assetto di partenza, il quadro subisce un'evoluzione e, nel contempo, una deformazione, testimoniate dall'ordinamento forense riformato (legge n. 453 del 1926), adottato in epoca fascista su proposta del ministro Alfredo Rocco, il quale conteneva la previsione secondo cui «gli avvocati ed i procuratori non sono ammessi all'esercizio della professione, se prima non abbiano prestato, in una pubblica udienza della Corte di appello o del Tribunale, giuramento di adempire i loro doveri professionali con lealtà, onore e diligenza per i fini superiori della giustizia» (art. 10).

Tale reviviscenza – e per la prima volta generalizzata applicazione – dell'istituto del giuramento, ora imposto come formalità-viatico per l'ammissione all'ordine (*rectius*, alla corporazione), era senz'altro correlata alla potente valorizzazione pubblicistica del ruolo degli avvocati nella società degli anni Venti e Trenta<sup>(21)</sup>, che infatti erano tenuti ad «attendere al loro ministero con la più grande dignità e con il più grande decoro, come si conviene all'altezza della funzione che sono chiamati ad esercitare nell'amministrazione della giustizia» (così, ancora, l'art. 10), in un tentativo di statalizzare la funzione dell'avvocato, chiamato a collaborare all'amministrazione della giustizia quasi come un pubblico funzionario, soggetto al potere di ammissione e di disciplina dei sindacati fascisti<sup>(22)</sup>.

<sup>(20)</sup> R. BIANCHI RIVA, *Verso il codice deontologico forense: l'Autonomia dell'avvocatura nell'Italia repubblicana*, in «Historia et ius», 2020, vol. 17, pp. 3-4, sottolinea che «quando entrò in vigore la legge 8 giugno 1874, n. 1938 (...) la deontologia forense si fondava essenzialmente su un patrimonio di principi non scritti».

<sup>(21)</sup> Per ulteriori indicazioni, v. ancora R. BIANCHI RIVA, *Verso il codice deontologico forense*, cit., p. 11 ss.

<sup>(22)</sup> Tale substrato socio-culturale, ma anche istituzionale, appare chiaramente nelle parole di P. JANNELLI, *Avvocati e procuratori*, in *Nuovo digesto*

Se si sfrondano le regole dalla pesante cornice storica in cui furono emanate (e infatti, non a caso, le stesse sopravvissero a lungo alla caduta del regime fascista), resta il fatto che venivano così introdotte – per la prima volta, compiutamente e per legge – modalità e fini della funzione, e soprattutto si sanciva che l’etica dell’avvocato fosse necessariamente informata e ispirata a un fine «superiore», che è la giustizia, con un criterio funzionalistico che è resistito al tempo e che col tempo, anzi, ha preso sempre maggior vigore (23).

Poco dopo, però, con il regio decreto n. 747 del 1926, veniva aggiunto – e vi sarebbe rimasto per molti, forse troppi, anni (24) – il riferimento agli «interessi superiori della Nazione» (25), in pieno spirito corporativo, e ciò al fine di inserire nell’ordinamento della professione il principio della superiorità dell’interesse collettivo della nazione, al di là della contrapposizione dei poteri privati

*italiano*, vol. II, Torino, 1937, p. 47: «può dirsi che la legge del 1926 poggiava, nelle sue linee fondamentali, sul concetto che il ministero forense dovesse essere considerato, oltre la sfera dei privati rapporti che ad esso ineriscono, sotto il più alto aspetto della funzione di pubblico interesse che gli avvocati ed i procuratori adempiono quali indispensabili elementi integratori dell’amministrazione della giustizia; talché, pur riconoscendosi il principio dell’autonomia della classe, questa non potesse intendersi sottratta ad una rigida disciplina e ad un efficace controllo dello Stato».

(23) Che lo stesso processo debba servire alla giustizia, prima ancora che all’attuazione del diritto, è testimoniato anche da G. RUFFINI, *Giustizia, giurisdizione, processo*, in *Diritto processuale civile*, a cura di G. Ruffini, vol. I, *La giustizia civile*, Bologna, 2023, p. 21, che rileva come «per quanto a un’osservazione superficiale possa sembrare che compito del giudice sia quello di garantire il rispetto e l’osservanza della legge, l’essenza della giurisdizione consiste nel rendere giustizia».

(24) Il riferimento verrà infatti eliminato soltanto con la riforma professionale del 2012. Già prima, però, esso era stato considerato sostanzialmente inutile da S. SATTA, *Avvocato (ordinamento)*, cit., p. 658, che lo riteneva «frase che non dice gran che, ed è probabilmente un relitto legislativo, se non addirittura storico». È tuttavia curioso rilevare che, per il giuramento dei praticanti abilitati al patrocinio, il riferimento agli interessi della nazione fu eliminato ben prima, con l’art. 1 della legge n. 406 del 1985.

(25) Sull’interpretazione, in tale contesto, del concetto di «nazione», v. S. STAMMATI, *Del giuramento professionale degli avvocati*, cit., spec. § 5 ss.

e delle parti del processo, i cui interessi risultavano assorbiti in quello pubblico, che finiva per condizionare l'azione dell'avvocato<sup>(26)</sup>.

Al netto della detta cornice storica, si può dire che con il giuramento la deontologia viene per la prima volta formalmente giuridicizzata<sup>(27)</sup>, non soltanto perché l'esercizio della professione viene condizionato alla prestazione di una dichiarazione promissoria, pubblica e giurata, d'impegno etico, di cui la legge stabilisce i canoni (lealtà, onore, diligenza) e le finalità (giustizia, interessi della nazione), ma anche perché è la stessa legge a prevedere che gli avvocati e i procuratori «debbono attendere al loro ministero con la più grande dignità e con il più grande decoro, come si conviene all'altezza della funzione che sono chiamati ad esercitare nell'amministrazione della giustizia» (art. 10).

Di lì a poco, «ritenuta la necessità urgente ed assoluta di dare un nuovo ordinamento alle professioni di avvocato e di procuratore», l'ordinamento forense veniva ancora riformato con una nuova legge professionale (regio decreto-legge n. 1578 del 1933,

<sup>(26)</sup> Poco più tardi, lo svolgimento di una «pubblica attività contraria agli interessi della nazione» sarebbe addirittura diventato motivo ostativo all'iscrizione nell'albo (art. 17 del regio decreto legge n. 1578 del 1933, su cui v. subito *infra*, nel testo), nonché deroga al principio di insindacabilità disciplinare dei discorsi e degli scritti (art. 39 del citato regio decreto). Afferma ancora S. STAMMATI, *Del giuramento professionale degli avvocati*, cit., § 5.4, che «includendo nella formula del giuramento professionale il richiamo agli «interessi superiori della nazione», lo smorto parlamento del '34 si prestò ad assecondare la volontà dell'esecutivo di subordinare la libera attività professionale degli avvocati e dei procuratori legali, trasformata come Rocco aveva già esplicitamente affermato fino dal 1926, in funzione pubblica, ai valori politici e agli interessi economici del regime autoritario dell'Italia di allora, giunto proprio in quegli anni al culmine del suo potere interno e internazionale».

<sup>(27)</sup> Nonché arricchita di contenuti morali, come attesta la necessità di «essere di condotta, sotto ogni rapporto, specchiatissima ed illibata» (art. 12) per essere iscritti all'albo. Muta anche il perimetro operativo dei consigli dell'ordine, i quali vigilano non solo sulle mancanze e sugli abusi dei professionisti, ma anche sul compimento di «atti che non siano perfettamente consoni all'alta dignità ed al decoro da osservarsi sempre da tutti i componenti» (art. 33, lett. b).

cui seguiva il regolamento di attuazione, approvato con regio decreto n. 37 del 1934).

In realtà, dal punto di vista dei canoni etici e della necessità del giuramento, poco muta rispetto all'ordinamento del 1926. Gli iscritti, infatti, sono ancora tenuti ad «adempiere al loro ministero con dignità e con decoro, come si conviene all'altezza della funzione che sono chiamati ad esercitare nell'amministrazione della giustizia» (art. 12, comma 1), e «non possono esercitare la professione se prima non hanno giurato», con formula sostanzialmente analoga a quella precedente: «Giuro di adempiere ai miei doveri professionali con lealtà, onore e diligenza per i fini della giustizia e per gli interessi superiori della Nazione» (art. 12, comma 3).

Tuttavia, la riforma del 1933 aggiungeva, per la prima volta, la precisazione che la mancata prestazione del giuramento fosse motivo di cancellazione d'ufficio dall'albo (art. 37), evidenzian-  
done e rafforzandone la natura di condizione per l'esercizio della professione <sup>(28)</sup>.

5. *L'avvento della Costituzione repubblicana.* — Con l'avven-  
to della Costituzione (e, poi, del diritto europeo) <sup>(29)</sup>, custode  
del principio democratico e dei principi di libertà, uguaglianza  
e solidarietà, vennero prospettati molti dubbi sulla compatibilità  
costituzionale della formula «giuratoria» con la libertà non solo  
religiosa, ma anche di coscienza dell'individuo <sup>(30)</sup>.

Eppure, se sul piano scientifico e dogmatico l'esistenza stessa  
e la formula del giuramento, specie per le venature pubblicisti-  
co-autoritarie direttamente derivanti dal contesto della sua rein-  
troduzione, potevano essere (e furono) condivisibilmente critica-

<sup>(28)</sup> P. JANNELLI, *Avvocati e procuratori*, cit., p. 54; A. CASALINUOVO, *Avvoca-  
to e procuratore*, cit., p. 2.

<sup>(29)</sup> Si v., in particolare, l'art. 6, comma 4, dir. CEE n. 48 del 1989, che  
prescrive l'obbligo per gli stati membri, nel caso in cui richiedano la prestazio-  
ne di giuramenti per lo svolgimento di professioni regolamentate, di offrire ai  
cittadini di altri stati membri delle dichiarazioni alternative, ove la formula di  
giuramento prescritta non possa essere utilizzata.

<sup>(30)</sup> Per una sintesi, rinvio ancora a S. STAMMATI, *Del giuramento professio-  
nale degli avvocati*, cit., spec. § 5.5 ss.

te, è di estremo interesse rilevare che il motivo della sopravvivenza della formula del giuramento dopo la caduta del regime fascista e l'avvento della Costituzione<sup>(31)</sup> fu la stessa volontà dell'ordine professionale, che nel giuramento individuò la garanzia formale dell'altezza e della serietà dell'impegno assunto, sempre più consapevole della peculiarità della sua funzione e al tempo stesso desiderosa di esercitare l'autonomia e l'autodichia sulla deontologia forense.

E infatti, proprio dalla conformazione valoriale del giuramento e dalle connesse prescrizioni etiche e finalistiche dell'ordinamento professionale germinerà, col tempo, la prassi forense che lentamente condurrà all'autoregolamentazione deontologica, composta, prima, di decisioni-provvedimento degli ordini e di decisioni-sentenza del Consiglio nazionale forense<sup>(32)</sup> e confluita, poi, nel codice deontologico forense, adottato per la prima volta nel 1997, riscritto nel 2014 e più volte riformato, e ora riconosciuto *ex lege* come prerogativa propria ed esclusiva dello stesso Consiglio nazionale forense (art. 35, lett. d, legge n. 247 del 2012).

In questa dinamica, il giuramento diviene il prisma attraverso cui individuare, contestualmente, la libertà e la responsabilità forense, consolidandosi, da una parte, la natura di requisito condizionante per l'esercizio della funzione, e rappresentando esso, dall'altra parte, garanzia solenne della serietà dell'impegno professionale nonché promessa vincolante al rispetto dei canoni deontologici, funzionali alla realizzazione dei diritti individuali e della giustizia dell'ordinamento.

Non è un caso se, per analoghi motivi, e pur nella profonda diversità di storie e contesti, formule giuratorie per l'assunzione della funzione sono ancora oggi previste, tra l'altro, in Inghilterra

<sup>(31)</sup> Che pure, in realtà, contemplava l'istituto del giuramento per l'assunzione di pubbliche funzioni e di alcune cariche politiche: cfr. art. 54, comma 2, per i cittadini che svolgono pubbliche funzioni; art. 91 per il Presidente della Repubblica; art. 93 per il Presidente del Consiglio dei Ministri e i Ministri; art. 135, comma 3, per i giudici della Corte costituzionale.

<sup>(32)</sup> Organo di giurisdizione speciale dell'avvocatura, come riconosciuto dalle decisioni citate *infra*, nt. 40.

(<sup>33</sup>), in Francia (<sup>34</sup>), in Germania (<sup>35</sup>), in Spagna (<sup>36</sup>), negli Stati Uniti (<sup>37</sup>) e in altri ordinamenti ancora.

*6. La riforma del 2012 e il passaggio dal giuramento all'impegno solenne.* — Si giunge, così, all'ultima riforma professionale (legge n. 247 del 2012), che interviene in un contesto profondamente mutato, sia quanto all'inquadramento giuridico della professione intellettuale dell'avvocato, sia quanto al quadro normativo e valoriale di riferimento, già solo per il fatto che l'ordinamento professionale tiene ora dichiaratamente conto «dei principi costituzionali, della normativa comunitaria e dei trattati internazionali» (art. 1, comma 1).

Incidentalmente, ma sempre al fine di inquadrare il contesto di riferimento, non si può omettere di riferire almeno due circostanze di rilievo: *a)* in quanto ormai considerata espressione di attività economica, la professione forense è soggetta alla normativa europea in tema di concorrenza (<sup>38</sup>), che ha senz'altro alimentato

<sup>(33)</sup> Si tratta della c.d. *affirmation*, che *barristers* e *solicitors* pronunciano davanti ai tribunali secondo le formule previste nelle varie corti.

<sup>(34)</sup> Ove la legge n. 1259 del 1990 dispone che l'avvocato pronunci la seguente formula: «*Je jure comme Avocat d'exercer mes fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité.*».

<sup>(35)</sup> Il § 12 della legge federale sull'avvocatura (cd. *Bundesrechtsanwaltsordnung*) prevede una formula impegnativa dal solenne tono religioso («Giuro su Dio onnipotente e onnisciente di sostenere l'ordine costituzionale e di adempiere fedelmente ai doveri di un avvocato, quindi aiutami Dio»), con la previsione però che essa possa essere resa anche senza riferimenti religiosi o che possa essere prestata, in alternativa, una dichiarazione solenne in luogo del giuramento o la seguente semplice dichiarazione: «Faccio voto di sostenere l'ordine costituzionale e di adempiere coscienziosamente ai doveri di un avvocato».

<sup>(36)</sup> Che richiede il c.d. *juramento o promesa del cargo*, con una doppia formula che può variare leggermente da collegio a collegio (ad esempio, quello di Madrid recita: «*Juro (o prometo) acatar la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, cumpliendo las obligaciones que la abogacía comporta, al servicio de la sociedad y en defensa de los derechos humanos, respetando las normas deontológicas de la profesión.*»).

<sup>(37)</sup> I c.d. *oaths of admission*, diversi da stato a stato e molto lunghi e dettagliati.

<sup>(38)</sup> Ciò che ha determinato, a volte, anche momenti di contrasto (A.

le spinte «centripete» rispetto alla deontologia classica e ha comportato l'attivazione di meccanismi di adattamento e convivenza tra le materiali istanze economico-imprenditoriali e le ontologiche caratterizzazioni onorifiche e serventi della professione; b) al momento dell'emanazione della legge professionale, l'ordinamento forense aveva sostanzialmente esercitato un'autonomia normativa interna, come detto, allo stesso concetto di ordine professionale, attraverso l'emanazione, a partire dal 1997, dei vari codici deontologici, che avevano raccolto e determinato in precise norme deontologiche i canoni di comportamento desumibili dalla generale normativa professionale<sup>(39)</sup>, che fino ad allora si era limitata a prevedere – proprio attraverso il giuramento – il dovere di comportarsi secondo lealtà, onore e diligenza, nel rispetto della dignità e del decoro professionale e nella consapevolezza dell'altezza oggettiva della funzione esercitata e delle finalità di giustizia ascrivibili alla professione.

La legge professionale del 2012 si caratterizza, infatti, per una diffusa (e, per la prima volta, anche specifica) trattazione delle questioni deontologiche, non solo affidate a principi generali –

PISANI MASSAMORMILE, *Il nuovo ruolo dell'avvocato*, in «Rivista di diritto processuale», 2013, p. 1399, rileva che «occorre dialogare con il presente e principalmente con un fenomeno ingombrante, pressoché onnipresente, qual è il mercato»), come quando, nel 1997 e nel 2009, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato aveva ritenuto che il codice deontologico fosse un ostacolo al libero esercizio dell'attività professionale e, quindi, alla libera concorrenza, da rimuovere laddove esso ponga restrizioni all'ingresso nel mercato e ai comportamenti dei professionisti (esempio, per il divieto della pubblicità, per le tariffe, per il patto di quota lite, eccetera). Come avvenuto, per esempio, nel 2006, quando il c.d. decreto «Bersani» ha abolito le tariffe e il divieto di patto di quota lite (già previsto dall'art. 2233 cod. civ.). Effetto di questo «nuovo» inquadramento della professione, peraltro, è pure la qualificazione del rapporto tra avvocato e cliente-persona fisica che agisce per scopi estranei alla propria attività imprenditoriale come rapporto di consumo, con conseguente applicazione delle regole del codice del consumo: Cort. giust. UE, 15 gennaio 2015, causa C-537/13; Cass. civ., sez. VI, 24 gennaio 2014, n. 1464; Cass. civ., sez. III, 9 giugno 2011, n. 12685, in «Giurisprudenza italiana», 2012, p. 1038 ss.

<sup>(39)</sup> Sul tema, da ultimo, rinvio a R. BIANCHI RIVA, *Verso il codice deontologico forense*, cit., p. 2 ss.

ancora largamente utilizzati (ad esempio, l'art. 3, comma 2) e ora adottati in chiara prospettiva funzionale, nella consapevolezza della «specificità della funzione difensiva e in considerazione della primaria rilevanza giuridica e sociale dei diritti alla cui tutela essa è preposta» (v. già art. 1, comma 2) – ma anche concretamente determinate in regole di comportamento precise, tutte finalizzate a contemperare «la funzione di garantire al cittadino l'effettività della tutela dei diritti» (art. 2, comma 3) e «l'obbligo della correttezza dei comportamenti» (art. 1, comma 2, lett. c).

La giuridicizzazione della deontologia e dell'ordinamento forense viene definitivamente consacrata, specie attraverso l'espresso riconoscimento, per via normativa, del potere di adottare un codice deontologico e, correlativamente, della sua normatività (artt. 3, comma 3; 35, comma 1, lett. d; e 65, comma 5). Ciò consente, finalmente, di qualificare le norme deontologiche come vere e proprie norme giuridiche integrative del precetto legislativo che attribuisce al Consiglio nazionale forense, organo normativo e al contempo giurisdizionale speciale <sup>(40)</sup>, il potere disciplinare <sup>(41)</sup>.

Quanto al tema in esame, la legge apporta alcune importanti e visibili trasformazioni. In primo luogo, viene eliminato il riferi-

<sup>(40)</sup> La natura giurisdizionale del Consiglio nazionale forense è riconosciuta dalle Sezioni unite della Suprema Corte (Cass. civ., sez. un., 11 settembre 2019, n. 22714; Cass. civ., sez. un., 24 gennaio 2019, n. 2084, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 2019, I, p. 415 ss., con nota di G. BEVIVINO, *Spigolature sulla natura giurisdizionale dei provvedimenti del Consiglio Nazionale Forense*) e dalla Corte costituzionale (sentenza n. 284 del 23 dicembre 1986).

<sup>(41)</sup> Cass. civ., sez. un., 13 settembre 2011, n. 18695; Cass. civ., sez. un., 18 novembre 2010, n. 23287, in «Il foro italiano», 2011, I, p. 445 ss., con nota di G. SCARSELLI, *Il controllo in Cassazione del disciplinare forense (con postilla sul d.d.l. di riforma della professione)*; Cass. civ., sez. un., 30 aprile 2008, n. 10875, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 2008, I, p. 1369 ss., con nota di C. MARRAS, *Divieto di duplicazione degli onorari per attività non effettivamente prestate*; Cass. civ., sez. un., 20 dicembre 2007, n. 26810, in «Il foro italiano», 2009, I, c. 3167 ss., con nota di G. SCARSELLI, *La responsabilità civile del difensore per l'infrazione della norma deontologica*.

mento al «giuramento»<sup>(42)</sup>, sostituito con un «impegno solenne»<sup>(43)</sup>, declinato all'art. 8<sup>(44)</sup>.

La sostituzione della forma segue la secolarizzazione delle promesse di adempimento di obblighi giuridici, da cui viene espunta ogni velleità non solo religiosa, ma anche di imposizione dall'alto di canoni etico-morali<sup>(45)</sup>. Anche la collocazione è più «asettica»,

<sup>(42)</sup> Il Consiglio nazionale forense aveva già comunque affermato che «nella formula del giuramento prescritto dall'art. 12 della legge professionale (...) difetta qualsiasi riferimento ad un significato religioso del giuramento, essendo la formula, sotto tale profilo, agnostica» (Cons. naz. for., 22 ottobre 2010, n. 99).

<sup>(43)</sup> In controtendenza rispetto alla riforma del 1933, la riforma del 2012 aveva eliminato del tutto, invece, il giuramento per il praticante abilitato al patrocinio (pur essendo variate, nel frattempo e in diminuzione, le competenze professionali, ora solo «sostitutive» dell'avvocato titolare della pratica). Ciò aveva determinato, nell'immediatezza, dubbi e discussioni, che avevano portato all'intervento del Consiglio nazionale forense, che con il parere n. 52 del 22 maggio 2013, dopo aver ricostruito la diversa disciplina del tirocinio e la diversa, minore ampiezza dell'abilitazione, aveva ritenuto «incoerente con i principi informatori della riforma ritenere che chi assume la difesa in giudizio di un soggetto non è tenuto ad alcuna formale assunzione di impegno che lo richiami moralmente, prima ancora che giuridicamente, al rispetto dei doveri del difensore», e aveva pertanto concluso per la necessità che il praticante abilitato assumesse l'impegno solenne innanzi al Consiglio dell'ordine, al pari dell'avvocato (avendo ritenuto, per converso, incompatibile mutuare in via analogica dal vecchio regime il giuramento dinanzi alla componente giudiziaria e preferribile, dunque, applicare analogicamente la procedura prevista per l'impegno solenne dell'avvocato nella legge di riforma professionale). La questione è stata definitivamente risolta dal decreto ministeriale n. 70 del 2016, che ha previsto espressamente che «il praticante avvocato assume avanti al Consiglio dell'Ordine, riunito in pubblica seduta, l'impegno solenne di cui all'art. 8 della legge 31 dicembre 2012, n. 247. La formula dell'impegno deve intendersi integrata dalla parola "praticante" avanti alla parola avvocato».

<sup>(44)</sup> A dimostrazione della già esplicitata capacità di sopravvivenza del concetto sostanziale, in tutti i pareri del Consiglio nazionale forense che fanno riferimento all'articolo 8 della legge professionale si continua, infatti, a utilizzare la parola «giuramento», anche se subito accanto a «impegno solenne». Non a caso, una precedente proposta elaborata dallo stesso Consiglio nazionale forense tra il 2003 e il 2006 intendeva rubricare la disposizione «giuramento», pur mantenendo, nel testo, il riferimento all'impegno solenne.

<sup>(45)</sup> Per qualche indicazione, v. G. FERRARI, *Giuramento*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XV, Roma, 1989, p. 2 ss.; la laicizzazione delle formule giuratorie

con una norma esclusivamente dedicata all'assunzione dell'impegno promissorio<sup>(46)</sup> e scevra della solennità del richiamo alla dignità e al decoro della funzione, di cui al vecchio art. 12, comma 1<sup>(47)</sup>.

Manca l'assolutezza del «non si può esercitare la funzione se prima non si è giurato», sostituita dall'indicazione del passaggio procedurale, impostato ancora, però, come forma da adempiere «per poter esercitare la professione» (art. 8), e dunque come condizione dell'attività forense<sup>(48)</sup>.

dei testimoni iniziò, in realtà, con la legge n. 3184 del 1876 (che, a proposito dei giuramenti dei testimoni nei processi civili e penali, limitò ai «credenti» gli ammonimenti religiosi), ed è proseguita, cent'anni dopo, con Corte cost., 10 ottobre 1979, n. 117, in «Il foro italiano», 1981, I, p. 625 ss., con nota di P. FLORIS, *Ateismo e religione nell'ambito del diritto di libertà religiosa* (che dichiarò l'incostituzionalità delle formule che, a proposito delle dichiarazioni d'impegno religioso, non contenevano l'inciso «se credente»), per arrivare poi a Corte cost., 5 maggio 1995, n. 149, in «Il foro italiano», 1995, I, p. 2042 ss., con nota F. DONATI, *Giuramento e libertà di coscienza*, che sostituì il giuramento con l'impegno, e a Corte cost., 8 ottobre 1996, n. 334, in «Il foro italiano», 1997, I, p. 25 ss., con nota di G. VERDE, *Il giuramento della parte e la Consulta (motivazione o pseudomotivazione?)*, che eliminò del tutto i riferimenti religiosi nella formula.

<sup>(46)</sup> Si tenga tuttavia in conto che, al momento in cui si scrive, è oggetto di discussione parlamentare il disegno di legge delega n. A.C. 2629, presentato dal Ministro della Giustizia Carlo Nordio e che si propone di riformare, ancora una volta, l'ordinamento professionale. Il testo prevede, tra le altre cose, la delega al governo affinché «ripristini l'istituto del giuramento dell'avvocato» (art. 2, comma 1, lett. a, n. 6), con una modifica ritenuta «di impatto simbolico», atteso che «la legge n. 247 del 2012 aveva derubricato il giuramento a "impegno solenne", mentre la riforma restituiscce solennità a un atto che vincola ritualmente l'avvocato ad operare per i fini della giustizia e per la tutela dell'assistito» (così la *Relazione illustrativa*).

<sup>(47)</sup> In un parere del Consiglio nazionale forense (n. 34 del 2016) si legge che la formula è «attenuata nell'affermazione dei principi rispetto a quella dettata dal precedente ordinamento della professione forense».

<sup>(48)</sup> Anche qui, infatti, la mancata prestazione dell'impegno entro il termine stabilito comporta la cancellazione d'ufficio dall'albo (art. 17). La prestazione dell'impegno è prevista, poi, per l'avvocato integrato che chieda l'iscrizione a un albo italiano, mentre è esclusa per l'avvocato stabilito (Cons. naz. for., parere n. 34 del 2016).

Cambia, inoltre, la sede: non più una pubblica udienza della corte d'appello o del tribunale, ma una seduta (anche questa pubblica) del consiglio dell'ordine. L'interlocutore è lo stesso ordine professionale, dunque, e non la componente giudiziaria del foro, a completamento di un percorso di autonomia iniziato con la stessa nascita dell'ordine.

Se l'enfasi stilistica della formula è forse minore, il contenuto dell'impegno appare, a prima vista, sostanzialmente il medesimo, mentre l'analisi più approfondita della dichiarazione promissoria consente di individuare qualche novità di assoluto rilievo nella riflessione sul valore del giuramento: «Consapevole della dignità della professione forense e della sua funzione sociale, mi impegno ad osservare con lealtà, onore e diligenza i doveri della professione di avvocato per i fini della giustizia ed a tutela dell'assistito nelle forme e secondo i principi del nostro ordinamento».

Al netto della sostituzione della formula giuratoria con la formula promissoria, della scomparsa del vetusto riferimento agli «interessi superiori della Nazione» (retaggio della concezione corporativa e fascista, e ormai apertamente in contrasto con i principi costituzionali di libertà) <sup>(49)</sup>, nonché dell'aggettivo «alta» come connotato della dignità, è utile rilevare cosa rimane (i tradizionali canoni di «lealtà, onore e diligenza» e il riferimento funzionale ai «fini della giustizia»), unitamente a cosa compare, e cioè: la funzione sociale dell'avvocato e dell'avvocatura; la tutela dell'assistito; il riferimento alle forme e ai principi dell'ordinamento.

Il mutamento della formula prende atto del reale e complesso contesto in cui si colloca l'attività dell'avvocato. È naturale, in questo senso, l'inserimento del riferimento alla tutela dell'assistito, funzione primaria e primigenia dell'avvocato. D'altra parte, al di là della formula del giuramento, le norme generali dell'ordinamento professionale ricordano che «l'avvocato ha la funzione di garantire al cittadino l'effettività della tutela dei diritti» (*art. 2 legge n. 247/2012*). Parimenti, e dalla prospettiva puramente

<sup>(49)</sup> In un mutato contesto costituzionale, il riferimento alla nazione rimane comunque nelle formule di giuramento del Presidente del Consiglio dei ministri e dei Ministri della Repubblica (art. 93 Cost. e art. 1 legge n. 400 del 1988).

processuale, le norme generali deontologiche attribuiscono all'avvocato il compito di tutelare «in ogni sede il diritto alla libertà, inviolabilità ed effettività della difesa, assicurando, nel processo, la regolarità del giudizio e del contraddittorio» (art. 1 cod. deont. for.).

Resta però, e anzi viene cristallizzata, la preminente finalizzazione alla giustizia della professione dell'avvocato, cui viene icasticamente e non casualmente affiancata – con la congiunzione «e», a chiara dimostrazione della necessità di contemperamento – la funzione di tutela dell'assistito, conformata adesso da elementi programmatici (la funzione sociale) e da elementi prescrittivo-regolamentari (il rispetto delle forme e dei principii dell'ordinamento), di cui bisogna prendere atto per condurre una riflessione sull'efficacia del giuramento.

*7. La rilevanza giuridica dell'impegno.* — L'analisi «storica» ha consentito di far emergere un dato importante: la pregiudizialità dell'impegno solenne, già assunto come giuramento promissorio, rispetto alla giuridicizzazione formale delle regole deontologiche. Una pregiudizialità che si può declinare non soltanto in senso «costitutivo», dato che l'effettivo esercizio della professione è condizionato alla prestazione dell'impegno<sup>(50)</sup>, ma anche in senso «genetico-conformativo», nella misura in cui le regole deontologiche (e da queste, poi, le regole di legge formale), nell'assenza di un codice scritto, sono venute plasmandosi per autonomia regolamentare dell'ordine attraverso la concretizzazione dell'oggetto della formula promissoria, sia sotto il profilo modale, sia sotto il profilo finalistico.

È emerso, cioè, il valore giuridico del giuramento o promessa solenne, che dir si voglia<sup>(51)</sup>, che può individuarsi in diversi aspet-

<sup>(50)</sup> Si tratta di una circostanza sostanzialmente universale, come ricorda anche C.R. ANDREWS, *The lawyer's oath*, cit., p. 50, per cui «an important modern function of the oath is its condition on the right to practice law».

<sup>(51)</sup> Da questo punto di vista, dopo la breve ricostruzione storica, può darsi che la distinzione tra giuramento (promissorio) e impegno attiene a un profilo eminentemente formale, legata com'è alla convinzione, alla base del giuramento, che vi sia un'entità superiore – fosse anche la morale individuale assolutizza-

ti. Innanzitutto, esso è previsto espressamente da una norma di rango primario (art. 12 legge n. 247/2012) ed è qualificato come fatto a efficacia costitutiva del diritto a esercitare la professione<sup>(52)</sup>. In secondo luogo, è fonte primaria dei doveri deontologici, che sono solennemente riassunti nella formula promissoria, obbligatoriamente resa per l'esercizio dell'attività<sup>(53)</sup>.

Inoltre, la dichiarazione d'impegno istituisce una coordinazione (evidentemente vincolante in termini deontologici) tra modi (lealtà, onore, diligenza) e fini dell'attività (e quindi dell'etica) forense, istituzionalmente votata alla tutela dell'assistito, ma anche – e prima ancora, nella formulazione linguistica dell'impegno – alla realizzazione della giustizia, finalità che, in senso stretto, è assente dalle più concrete prescrizioni del codice deontologico

ta – la cui presenza rende più impegnativa la promessa (G. FERRARI, *Giuramento*, cit., pp. 1-2), mentre dal punto di vista giuridico-sostanziale l'incidenza non muta, traducendosi l'impegno in identiche conseguenze. Lo dimostra, peraltro, l'alternatività delle formule prospettata in alcuni ordinamenti stranieri (come accade con il § 12 della *Bundesrechtsanwaltsordnung* tedesca) e riconosciuta in via generale dall'Unione Europea con l'art. 6, comma 4, dir. CEE n. 48 del 1989, che impone agli stati membri di offrire ai cittadini di altri stati membri la possibilità di utilizzare dichiarazioni alternative alla formula di giuramento prescritta dalla legge nazionale.

<sup>(52)</sup> Nel regime attualmente vigente, il superamento dell'esame di abilitazione consente (intanto e provvisoriamente) l'iscrizione all'albo, ma «per poter esercitare la professione» l'iscritto è obbligato a prestare l'impegno solenne entro il termine massimo di sessanta giorni dall'iscrizione, derivandone in mancanza la cancellazione d'ufficio dall'albo (art. 17, comma 9, lett. b), secondo un meccanismo sanzionatorio già presente nelle precedenti versioni dell'ordinamento professionale.

<sup>(53)</sup> S. SATTA, *Avvocato (ordinamento)*, cit., p. 658, rilevava condivisibilmente che «la giuridicità di questi doveri, pur nella vaghezza in cui sono espressi e forse proprio per questo, è assicurata dal giuramento che tutti debbono prestare: nel potere disciplinare dell'ordine (e, prima ancora, nell'ordine stesso) i doveri trovano la loro concretezza». Per converso, prima che fosse introdotto l'obbligo di giuramento, C. CAVAGNARI, E. CALDARA, *Avvocati e procuratori*, cit., p. 672, ne lamentavano la mancanza per compendiare i doveri dell'avvocato. D'altra parte, nel riconoscere la responsabilità disciplinare e comminare la sanzione, il Consiglio nazionale forense fa usualmente riferimento alla contrarietà del comportamento del professionista al «giuramento e l'impegno solenne di cui all'art. 8» (da ultimo, ad esempio, Cons. naz. for., 23 febbraio 2024, n. 26).

(<sup>54</sup>), ma che la previsione in una fonte di rango primario consente (e impone) di recuperare in termini di necessaria conformazione dell'attività professionale. Tale necessità di contemplamento è rilevante non solo a fini prettamente deontologici (<sup>55</sup>), ma anche per la corretta interpretazione dei doveri dell'avvocato nel processo (<sup>56</sup>), il quale – non si dimentichi – è direttamente chiamato a comportarsi in giudizio con lealtà e probità (art. 88 cod. proc. civ.).

Infine, riconosce il necessario svolgimento dell'attività forense secondo le forme e i principi dell'ordinamento. Questi ultimi, a mio avviso, sono gli elementi più importanti, perché, in virtù del principio logico di coerenza, gli strumenti e i doveri dell'avvocato non possono che dipendere strettamente ed essere rispondenti alle finalità che sono assegnate all'avvocato, e lo sono, ribadisco,

(<sup>54</sup>) Nell'attuale formulazione del codice, la parola «giustizia» compare esclusivamente nell'art. 71, a proposito del dovere di collaborazione con le istituzioni forensi, che impone all'avvocato di riferire a queste fatti che ne richiedano l'intervento a proposito dell'amministrazione della giustizia. Nel vecchio codice, invece, era presente un preambolo che simbolicamente ricordava che «l'avvocato esercita la propria attività in piena libertà, autonomia ed indipendenza, per tutelare i diritti e gli interessi della persona, assicurando la conoscenza delle leggi e contribuendo in tal modo all'attuazione dell'ordinamento per i fini della giustizia». Un respiro più ampio è invece consentito dall'art. 1 del codice di condotta per gli avvocati europei, che riconosce come «un avvocato deve servire gli interessi della giustizia così come di quelli i cui diritti e libertà è chiamato ad affermare e difendere».

(<sup>55</sup>) Sintetizza M. BINA, *Il dovere di verità dell'avvocato nel processo civile*, in «Rivista di diritto processuale», 2021, p. 523, che «non si tratta, in realtà, di valorizzare il ruolo di avvocato quale *Officer of the Court*, o di derivare da tale ruolo dei doveri nei confronti di altri soggetti diversi dal proprio cliente, bensì di riscoprire il ruolo della coscienza professionale, come facoltà dell'avvocato, dotato delle virtù acquisite nell'esercizio della professione, di trovare una sintesi tra gli interessi della giustizia, della collettività, e quelli del cliente».

(<sup>56</sup>) Fa applicazione di questo metodo, ad esempio, G. FINOCCHIARO, *Ancofra sul nuovo art. 96, comma 3°, c.p.c.*, in «Rivista di diritto processuale», 2011, pp. 1201-1202, che, richiamando la finalizzazione alla giustizia, addossa all'avvocato la principale responsabilità del funzionamento delle regole di correttezza del processo. In termini generali, con riferimento trasversale ai doveri delle parti (e degli avvocati) nel processo, è d'obbligo il richiamo alla capillare ricostruzione di M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018, *passim*, spec. p. 749, nota 136.

attraverso la formulazione dell'impegno solenne, fissata da una norma avente forza di legge e che, dunque, trasmette la sua efficacia giuridica al contenuto programmatico e insieme precettivo della dichiarazione.

Tutti questi aspetti sono diffusamente riconosciuti dalla legge professionale (oltre che dal codice deontologico) e hanno finito per costituire un vero e proprio *status* deontologico-costituzionale dell'avvocato. È vero che la figura dell'avvocato non ha un riconoscimento espresso nella Costituzione, dove la giustizia sembra un dialogo diretto tra parti e giudice, mentre la difesa viene richiamata più come prerogativa insopprimibile della parte del processo che come diritto all'assistenza del difensore<sup>(57)</sup>. Non v'è, infatti, un riferimento diretto all'avvocato nelle due norme fondamentali sul processo (artt. 24 e 111 Cost.), mentre l'inquadramento codicistico appare orientato verso una funzione privatistica, di «rappresentante tecnico» della parte e dei suoi interessi, come sembra implicitamente confermato dalla circostanza che la figura dell'avvocato viene accostata alla parte del processo (come appare dagli artt. 75 ss. cod. proc. civ.)<sup>(58)</sup>.

E tuttavia, se già basta evidenziare che non può esistere parità delle armi (art. 111 Cost.) senza la garanzia della difesa tecnica, come ha riconosciuto sin dal 1957 la Corte costituzionale<sup>(59)</sup>, la

<sup>(57)</sup> In senso parzialmente diverso la norma, di rango primario, contenuta nell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, secondo cui «ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare».

<sup>(58)</sup> Lo ricorda A. DONDI, *Buona pratica della difesa in giudizio come law of lawyering: un breve riepilogo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2023, p. 8 ss., anche per evidenziare il difficile – ma necessario – attecchimento in Italia della figura di un «avvocato etico». Non mancano, naturalmente, i riconoscimenti del ruolo «essenziale per l'esercizio della stessa funzione giurisdizionale», unitamente al riconoscimento di una sua autonomia dalla parte, riassumibile nella figura dell'ufficio privato coordinato all'esercizio della giurisdizione (C. PUNZI, *La difesa nel processo civile e l'assetto dell'avvocatura in Italia*, in «Rivista di diritto processuale», 2006, pp. 813 e 818 ss.).

<sup>(59)</sup> Si v., in particolare, Corte cost., 18 marzo 1957, n. 46: «Il diritto della difesa, (...), intimamente legato alla esplicazione del potere giurisdizionale e alla possibilità di rimuovere le difficoltà di carattere economico che posso-

formula dell'impegno conferma che l'avvocato non è (semplicemente) *longa manus* del cliente, ma un professionista che, nel tutelare i diritti di azione e difesa, persegue la giustizia, seppure dietro conferimento d'incarico, ma con autonomia e indipendenza<sup>(60)</sup>.

L'avvocato partecipa infatti allo svolgimento<sup>(61)</sup> e alla amministrazione della giurisdizione<sup>(62)</sup> – come espressamente riconosceva, seppure in un contesto decisamente statalista, l'art. 10, comma 2, della legge n. 453 del 1926 – esercitando una vera e propria «funzione sociale»<sup>(63)</sup>, che va necessariamente declinata come

no opporsi (...) al concreto esercizio del diritto medesimo, deve essere inteso come potestà effettiva della assistenza tecnica e professionale nello svolgimento di qualsiasi processo, in modo che venga assicurato il contraddittorio e venga rimosso ogni ostacolo a far valere le ragioni delle parti. Così il compito della difesa assume una importanza essenziale nel dinamismo della funzione giurisdizionale, tanto da poter essere considerato come esercizio di funzione pubblica».

<sup>(60)</sup> Cfr., in tal senso, l'art. 1 della *Charter of Core Principles of the European Legal Profession*: «*A lawyer must serve the interests of justice as well as those whose rights and liberties he or she is trusted to assert and defend and it is the lawyer's duty not only to plead the client's cause but to be the client's adviser*».

<sup>(61)</sup> La Corte di cassazione ha più volte evidenziato le «peculiarità della suddetta attività, non essendo l'avvocato solo un libero professionista ma anche il necessario "partecipe" dell'esercizio diffuso della funzione giurisdizionale, se è vero che nessun processo (salvo i processi civili di limitatissimo valore economico) può essere celebrato senza l'intervento di un avvocato», così segnalando la «forte valenza pubblicistica dell'attività forense» (Cass. civ., sez. un., 19 aprile 2017, n. 9861, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 2017, p. 1323 ss., con nota di R. DONZELLI, *Pubblicità informativa e professione forense*).

<sup>(62)</sup> In tal senso, non vanno dimenticati gli artt. 104 e 135 Cost., in cui l'avvocato esperto figura come possibile membro laico del Consiglio superiore della magistratura e giudice della Corte costituzionale.

<sup>(63)</sup> Non mancano riconoscimenti giurisprudenziali di tale contemporaneamento necessario d'interessi. Il Consiglio nazionale forense afferma infatti che «nella figura professionale dell'avvocato – che nell'espletamento del mandato affidatogli dal cliente contribuisce all'attuazione dell'ordinamento giuridico – i terzi devono poter riporre la fiducia del rispetto delle leggi e dei principi dell'ordinamento posti a tutela dell'intera collettività» (Cons. naz. for., 7 maggio 2013, n. 69) e che vi è una «responsabilità sociale insita

funzione utile alla società nel suo complesso, attraverso la realizzazione della giustizia e del proposito universale di pacificazione sociale.

Non a caso, l'avvocatura ha finito per meritare un riconoscimento, a livello partecipativo e propositivo, all'interno dello stesso ordinamento giudiziario (regio decreto n. 12 del 1941). In tal senso, tra gli altri, si possono richiamare l'art. 7-*bis*, che coinvolge gli avvocati nella redazione delle proposte per la determinazione delle tabelle giudiziarie; l'art. 86, che inserisce gli avvocati tra i destinatari della relazione sull'amministrazione della giustizia presentata dal primo presidente della Corte di cassazione e dai presidenti delle corti d'appello, prevedendone anche l'intervento; ma anche, ad esempio, l'art. 35, comma 1, lett. r, della legge n. 247/2012, che prevede l'istituzione dell'Osservatorio permanente sull'esercizio della giurisdizione, «che raccoglie dati ed elabora studi e proposte diretti a favorire una più efficiente amministrazione delle funzioni giurisdizionali».

Ciò consente di rilevare una componente di «pubblicità» nella funzione dell'avvocato, che non a caso – oltre che sostenuta in dottrina da molto tempo <sup>(64)</sup>, confermata dalla Corte costituzio-

nell'appartenere ad un ordine che, come quello forense, esercita funzioni a garanzia del corretto esercizio della professione legale non solo nell'interesse delle parti assistite, ma anche nell'interesse dei terzi e della collettività» (Cons. naz. for., 12 maggio 2010, n. 35). Ancora, «l'avvocato è tenuto a svolgere la propria attività con lealtà e correttezza, e tale obbligo è previsto non solo nei confronti della parte assistita, ma anche e soprattutto verso l'ordinamento generale dello Stato e particolare della professione, verso la società ed i terzi in genere» (Cons. naz. for., 23 aprile 2019, n. 20; già prima, Cons. naz. for., 14 marzo 2015, n. 52); «L'avvocato è tenuto ad improntare la propria condotta professionale a lealtà e correttezza, evitando comportamenti che compromettano gravemente l'immagine che la classe forense deve mantenere nei confronti della collettività al fine di assicurare responsabilmente la funzione sociale che l'ordinamento le attribuisce» (Cons. naz. for., 6 giugno 2013, n. 86).

<sup>(64)</sup> P. CALAMANDREI, *Troppi avvocati!*, Firenze, 1921, ripubblicato in Id., *Opere giuridiche*, vol. II, cit., p. 67 ss.; ma v. anche S. SATTA, *Avvocato (ordinamento)*, cit., p. 653.

nale<sup>(65)</sup> e riconosciuta anche a livello europeo<sup>(66)</sup> – è gelosamente custodita nella giurisprudenza dello stesso Consiglio nazionale forese, secondo cui «non vi è dubbio, anche alla luce delle più recenti disposizioni che concernono la professione di avvocato, che essa svolga una funzione di pubblico interesse, garantendo l'esercizio della funzione giurisdizionale»<sup>(67)</sup>.

In questa direzione, la formula giuratoria esplicita la necessità di conformare e filtrare l'attività dell'avvocato attraverso le forme (dunque, innanzitutto, il rispetto della legge processuale e dei canoni deontologici) e soprattutto attraverso i principi fondamentali che animano l'ordinamento della giustizia nel sistema costituzionale e processuale italiano.

Vanno almeno ricordati, tra questi, il principio dell'effettività della tutela, ma anche, e particolarmente, il principio (meglio, i principi) del giusto processo – dove giusto deve intendersi non solo come regolato dalla legge, ma anche e soprattutto come finalizzato alla giustizia – e il principio di leale collaborazione<sup>(68)</sup>. Una leale collaborazione da tradursi a livello comunicativo (come dovere di argomentare, chiarire, confrontarsi, dialogare), operativo (come impegno a suggerire soluzioni finalizzate alla giusta composizione della controversia e non esclusivamente basate sulla

<sup>(65)</sup> Si v. la già citata Corte cost. n. 46 del 1957; e altre, tra cui Corte cost., 4 giugno 1975, n. 137, in «Giurisprudenza costituzionale», 1975, p. 1347 ss.; e Corte cost., 27 maggio 1996, n. 171, in «Giurisprudenza costituzionale», 1996, p. 1552 ss., con nota di A. Di FILIPPO, *Sui rapporti tra l'astensione dalle udienze degli avvocati e il diritto di sciopero alla luce della sent. n. 171 del 1996 della Corte costituzionale*.

<sup>(66)</sup> Secondo la Risoluzione del 5 aprile 2001 del Parlamento europeo la professione forense assolve a un ruolo di «pubblico interesse» e «rappresenta uno dei pilastri della tutela del diritto fondamentale alla difesa e dell'applicazione del principio dello Stato di diritto».

<sup>(67)</sup> Cons. naz. for., 22 ottobre 2010, n. 99.

<sup>(68)</sup> Ricordando il pensiero di R. CAPONI, *Principio di proporzionalità nella giustizia civile*, ora in Id., *Dogmatica giuridica e vita: studi di giustizia civile*, Milano 2022, vol. II, p. 1273 ss., M.F. GHIRGA, *Conciliazione giudiziale e mediazione demandata*, in «Rivista di diritto processuale», 2025, p. 479 ss., mette in relazione il principio di cooperazione e il principio di proporzionalità proprio nella dinamica di gestione dialogica e consensuale del conflitto.

logica attributiva) e strategico (come onere di scegliere strumenti – e comportamenti esoprocessuali ed endoprocessuali – sostenibili, efficienti, non irragionevoli e abusivi).

La formula promissoria mette chiaramente in luce questa complessità, da cui la funzione dell'avvocato emerge esaltata, perché si manifesta non più (soltanto, ma necessariamente) come mero strumento degli interessi di parte, ma anche come strumento di collaborazione delle parti per la realizzazione della giustizia<sup>(69)</sup>. Come rilevava Salvatore Satta, «svolgere l'azione della parte significa partecipare, indefettibilmente, alla formazione del giudizio, che è, secondo l'antica intuizione, *actus trium personarum*: di qui l'idea, accanto alla più assoluta autonomia, di una sostanziale cooperazione alla giustizia (del resto implicita nel concetto stesso di parte), che costituisce ad un tempo il presupposto e il limite della libertà; di qui, accanto all'interesse particolare e privato, la presenza di un interesse generale, che condiziona l'interesse particolare, e si manifesta con una varia normativa, che nel suo complesso costituisce l'ordinamento della professione»<sup>(70)</sup>.

È allora imprescindibile fare interagire i due tratti, quello privatistico e quello pubblicistico, che non sono affatto in contrapposizione ma in costante dialogo, rivalutando la funzione dell'avvocato nel complesso di attività cui lo stesso è chiamato, che non sono (più) soltanto la difesa, il patrocinio e la rappresentanza del cliente nel processo, ma anche la consulenza professionale e l'assistenza lungo tutte le fasi preliminari e complementari al processo, con particolare riferimento agli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie<sup>(71)</sup>.

<sup>(69)</sup> V. ANSANELLI, *Riforme dell'etica dell'avvocatura e riforma del processo civile*, in «Il giusto processo civile», 2021, p. 401, evidenzia come, specie negli ordinamenti di *common law*, la c.d. *law of lawyering* riconosce all'avvocato «l'obbligo di adottare, prima e durante la gestione del conflitto, modalità comportamentali eticamente orientate e funzionali a perseguire l'innalzamento degli standard complessivi di efficienza della giustizia civile».

<sup>(70)</sup> S. SATTA, *Avvocato (ordinamento)*, cit., pp. 653-654.

<sup>(71)</sup> Queste considerazioni assumono ancora più pregnanza se si ricorda

È vero infatti che l'etica collaborativa non si può imporre: è innata nello spirito o si può solo incentivare, cogliendo quei meccanismi che consentono di creare un collegamento virtuoso tra l'approccio dialogico, collaborativo e la realizzazione del bene del cliente, cioè la giusta composizione del conflitto<sup>(72)</sup>, ma è altrettanto vero che l'avvocato, a differenza della parte, è istituzionalmente chiamato a farsi tramite della funzione sociale, e quindi relazionale e compositiva, della professione, e così, in adempimento delle regole deontologiche e in attuazione dei canoni dell'etica forense, egli è tenuto ad avere un respiro e uno sguardo più ampi, corali<sup>(73)</sup>.

Con uno sforzo che è prima di tutto culturale, bisogna dunque superare l'approccio alla lite come «lotta» o «gara», e dunque l'approccio «*partisan*», per abbracciare un'impostazione funzio-

l'esclusività delle attribuzioni dell'avvocato, il quale non solo è l'unico che possa professionalmente fornire consulenza legale, nonché assistere le parti nei processi e nelle procedure alternative, ma è anche intermediario tecnico obbligatorio nella stragrande maggioranza dei processi (art. 82 cod. proc. civ.) e, sostanzialmente, negli strumenti alternativi (mediazione obbligatoria, negoziazione assistita).

<sup>(72)</sup> F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 3<sup>a</sup> ed., Roma, 1951, p. 18 ss., rilevava che «l'etica non parla se non alla coscienza; e non tutti gli uomini sono sensibili alla sua voce» (ivi, p. 21).

<sup>(73)</sup> M.F. GHIRGA, *Conciliazione giudiziale e mediazione demandata*, cit., p. 483, ammonisce che «uno sviluppo armonico e più evoluto del sistema dovrebbe oggi condurre a far cambiare l'*habitus* mentale dell'avvocato che, coinvolto dal proprio cliente nel percorso di risoluzione della controversia insorta, dovrebbe scoraggiare il ricorso alle forme avversariali di risoluzione della lite e promuovere quelle consensuali». Con cadenze analoghe, L. BREGGIA, *Il diritto come relazione: essere giurista al tempo delle riforme*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2023, p. 346, nota che «se si rivaluta l'aspetto relazionale del diritto (...), trova spazio più agevolmente un sistema plurale di giustizia, non identificata solo con quella giurisdizionale, ma comprensiva dei modelli consensuali (...). In una visione olistica, questo movimento investe necessariamente anche i ruoli di avvocati e magistrati ed è segnato dall'aspetto relazionale che impone di riporre in soffitta il carattere burocratico della funzione del giudice, come quello guerresco del ruolo del difensore».

nale non già semplicemente a vincere, bensì a trovare la soluzione più giusta<sup>(74)</sup>, a curare il conflitto<sup>(75)</sup>.

Vi sono ampie tracce di questa impostazione, sia sul piano normativo (diffuse, non a caso, proprio nella disciplina degli strumenti alternativi) sia sul piano deontologico. Quanto alle prime, in particolare: *a) l'art. 8, comma 6, del decreto legislativo n. 28 del 2010, a proposito della mediazione civile, secondo cui «le parti e gli avvocati che le assistono cooperano in buona fede e lealmente al fine di realizzare un effettivo confronto sulle questioni controverse»; b) l'art. 2, comma 1, del decreto legge n. 132 del 2014, che qualifica la convenzione di negoziazione assistita da avvocati come quell'«accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati iscritti all'albo»; c)*

<sup>(74)</sup> Insiste su questo aspetto, evidenziando in capo all'avvocato il ruolo di «guardiano» di una visione non processo-centrica ma compositiva del conflitto, S. DALLA BONTÀ, *Fra mediazione e decisione: la riforma apre ad un nuovo paradigma di giudice?*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2023, p. 38 ss.; v. anche ID., *Il costo della giustizia consensuale*, in «Rivista dell'arbitrato», 2023, p. 340 ss., per il necessario superamento della concezione dell'avvocato quale mero «litigator» in favore di un avvocato visto quale «costruttore di relazioni sociali».

<sup>(75)</sup> S. DALLA BONTÀ, *La cura delle parole tra processo e metodi consensuali: per una gestione responsabile del conflitto*, in «Giustizia consensuale», 2024, p. 287, definisce l'avvocato come il professionista della cura del conflitto. Ancor più suggestivamente, nel segnalare la responsabilità in capo all'avvocato del mutamento culturale necessario, ID., *Mediazione e processo: note a margine di recenti pronunciamenti giurisprudenziali*, in <[www.judicium.it](http://www.judicium.it)>, 4 luglio 2024, rileva che «quale professionista che interviene sulla conflittualità, egli offre la sua competenza come farmaco – parola, questa, scelta qui con intenzione, in ragione del significato che il suo etimo greco, “φάρμακον”, consegna: quello di “medicamento/rimedio” o, all'opposto, “veleno”. L'intervento dell'avvocato potrà, a seconda di come inteso e praticato, curare od acuire il conflitto». Ciò dovrebbe stimolare l'avvocato a sviluppare il più possibile quelle capacità di ascolto, comprensione e indirizzo delle parti (analizzando non solo i diritti, ma anche interessi, «passioni e sentimenti»: L. BREGGIA, *Il diritto come relazione*, cit., p. 355), andando oltre la ristretta visuale della controversia sul determinato diritto in questione per attingere una gestione complessiva e generale del conflitto, che eviti, laddove possibile, l'avvio del processo e che comunque preclude future ricadute contenziose.

rilevanti, a tal riguardo, sono pure le norme che, in relazione alle procedure alternative, fissano sanzioni sia valutative che economiche per la mancata risposta o la mancata adesione alle procedure<sup>(76)</sup>, ma anche, a monte, le norme che obbligano l'avvocato a informare il cliente dell'esistenza degli strumenti alternativi; *d)* nello stesso senso, sono da evidenziare sia il ritorno del tentativo di conciliazione nel processo ordinario (artt. 183 e 185 cod. proc. civ.), sia le recenti generalizzate previsioni che legittimano il giudice a proporre transazioni o conciliazioni (art. 185-*bis* cod. proc. civ.), cominando sanzioni economiche per il rifiuto ingiustificato (art. 91 cod. proc. civ.); *e)* attraverso questa logica può leggersi, essenzialmente, anche la nuova regolamentazione della fase introduttiva del processo ordinario, fondata sul dialogo preventivo tra giudice e parti (artt. 171-*bis* e 171-*ter* cod. proc. civ.); *f)* e, ancora, le previsioni della legge n. 89 del 2001, sulla ragionevole durata del processo, che indirettamente invitano le parti a condurre il processo evitando scelte dilatorie (art. 1-*ter* e art. 2); *g)* ne esce valorizzato, così, anche l'art. 88 cod. proc. civ.<sup>(77)</sup>, che non a caso si rivolge anche direttamente agli avvocati, e che deve essere filtrato

<sup>(76)</sup> Si vedano gli artt. 12-*bis* e 13 del d.lgs. n. 28/2010 e l'art. 4 del d.l. n. 132/2014. E sul tema, v. rispettivamente M. GRADI, *La partecipazione delle parti al procedimento di mediazione*, in «Giustizia: rivista semestrale di riferimento della Scuola Forense V.E. Orlando», 2023, p. 305 ss.; e F.P. LUISO, *La «proposta» del mediatore*, in «Giustizia consensuale», 2021, p. 31 ss.; Id., *La negoziazione assistita*, in «Le nuove leggi civili commentate», 2015, p. 655 ss.

<sup>(77)</sup> Che può rinvenire una copertura costituzionale nello stesso dovere di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., come rileva la giurisprudenza sull'abusivo frazionamento del credito: tra le molte, v. Cass. civ., sez. un., 10 agosto 2012, n. 14374, in «Giustizia civile», 2012, p. 1034; Cass. civ., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, in «Giurisprudenza italiana», 2008, p. 929 ss., con nota di A. RONCO, (*Fr)azione: rilievi sulla divisibilità della domanda in processi distinti*); in «Corriere giuridico», 2008, p. 15 ss., con nota di V. CARBONE, *È legittimo frazionare l'azione giudiziaria per ottenere l'adempimento di un credito unitario?*; in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 2008, p. 10458 ss., con nota di A. FINESI, *La frazionalità (in giudizio) del credito: il nuovo intervento delle sezioni unite*; e di F. COSSIGNANI, *Credito unitario, unica azione*; e in «Rivista di diritto civile», 2008, p. 20335 ss., con nota di M. DE CRISTOFARO, *Infrazionalità del credito tra buona fede processuale e limiti oggettivi del giudicato*.

anche attraverso il canone della leale collaborazione<sup>(78)</sup> e declinato lungo tutte le fasi processuali<sup>(79)</sup> e – ormai indubbiamente, anche – stragiudiziali ma complementari al processo<sup>(80)</sup>; *h*) infine,

<sup>(78)</sup> In tal senso, espressamente, Cass. civ., sez. III, 20 gennaio 2022, n. 1784; Cass. civ., sez. lav., 27 aprile 2021, n. 11115.

<sup>(79)</sup> Sotto questa luce, a mio avviso, possono leggersi gli orientamenti giurisprudenziali che, proprio partendo dall'interpretazione di norme del codice deontologico, richiedono direttamente all'avvocato un comportamento animato dallo spirito collaborativo e dal dovere di non aggravare inutilmente l'altrui posizione, come quando si riconosce l'obbligo di «previamente informare l'avvocato dell'avversario della propria intenzione di dare corso alla procedura esecutiva», e quindi prima di notificare il preceitto, specie quando il credito vantato sia modesto e l'avversario non abbia espressamente rifiutato l'adempimento (Cass. civ., sez. un., 23 dicembre 2009, n. 27214; Cons. naz. for., 24 novembre 2017, n. 185); o come quando si attribuisce responsabilità all'avvocato che ingiustamente fraziona il credito in sede esecutiva, essendo necessaria, per il corretto esercizio dei diritti sostanziali e processuali, «l'osservanza di principi di correttezza e buona fede quali emergenti da una regola deontologica di protezione com'è quella dell'art. 49 [cod. deont. for.], dettata in funzione della responsabilità sociale dell'avvocato quale fondamentale cerniera tra le persone e l'ordinamento giuridico» (Cass. civ., sez. un., 17 gennaio 2017, n. 961, in «Corriere giuridico», 2017, p. 978 ss., con nota di C. ASPRELLA, *Il frazionamento dei diritti connessi nei rapporti di durata e nel processo esecutivo*). Lo stesso è a dirsi per le ipotesi in cui all'avvocato è stato riconosciuto un dovere informativo, per evitare un ingiusto accrescimento della condanna dovuta all'esito del giudizio (si v. l'interessante caso oggetto di Cass. civ., sez. III, 21 luglio 2023, n. 21980, in cui l'art. 88 cod. proc. civ. è stato utilizzato come fondamento del dolo processuale rinvenibile nel comportamento del procuratore che ha omesso la dichiarazione di un evento interruttivo relativo alla parte costituita al fine di ottenere una liquidazione del danno alla salute in misura maggiore a quella che sarebbe spettata dall'applicazione dei criteri per il risarcimento del danno c.d. da premorienza), o semplicemente valido di per sé, e cioè suscettibile di imporre «all'avvocato, cui sia stata sollecitata una presa di posizione su di un'istanza chiara e ben definita, non solo di rispondere, ma anche di esprimersi in maniera altrettanto comprensibile e, soprattutto, di attenersi ad una logica di tipo binario, che non ammette formule di dubbia lettura, né ipotesi terze fra l'affermazione e la negazione» (Cass. civ., sez. VI, 2 marzo 2012, n. 3338).

<sup>(80)</sup> In tal senso, si deve segnalare, seppure solo incidentalmente, la recente modifica apportata al codice deontologico con deliberazione del Consiglio nazionale forense n. 636 del 21 marzo 2025, pubblicata in Gazzetta ufficiale

in via sistematica, ha un rilievo l'art. 1, comma 21, della legge n. 206 del 2021, che riconosce la necessità di «rafforzare i doveri di leale collaborazione delle parti», attuato, in particolare, mediante l'introduzione del nuovo art. 473-*bis*.18 cod. proc. civ. nei procedimenti di famiglia <sup>(81)</sup>.

Quanto alle seconde, al di là della specificità delle singole norme, anche dettagliate, previste dal codice deontologico, è d'obbligo evidenziare che la direzione plurima dei doveri dell'avvocato, ormai riferiti all'intero spettro delle relazioni personali e d'ufficio dell'avvocato, è desumibile dalla stessa polarizzazione delle regole deontologiche, che impegnano l'avvocato innanzitutto, immancabilmente, nei rapporti con il «cliente» e la «parte assistita», ma anche, poi, con i «colleghi», con il «processo», gli «strumenti di risoluzione alternativa delle controversie» <sup>(82)</sup> e i loro protagonisti, «con i «terzi» e le «controparti», nonché con le «istituzioni

il 1° settembre 2025 ed entrata in vigore il 1° novembre 2025, apparentemente solo di forma, ma rilevante nella sostanza. La riforma estende, infatti, il campo di applicazione dei tradizionali doveri dell'avvocato nel processo, modificando l'intitolazione del titolo IV, ora rubricato «Doveri dell'avvocato nel processo e nei procedimenti di risoluzione alternativa delle controversie», a definitivo chiarimento dell'impegno deontologico dell'avvocato anche in sede stragiudiziale e di composizione della controversia, ove anzi la correttezza e la funzionalizzazione della sua attività sono in grado di produrre effetti immediatamente percepibili a beneficio della giustizia. In verità, il testo pubblicato in Gazzetta ufficiale si riferiva ai procedimenti di risoluzione alternativa «e complementare» delle controversie, mentre il nuovo articolato codicistico non riporta la seconda aggettivazione, ma non si tratta di una differenza di rilievo sostanziale. Con specifico riferimento alla negoziazione assistita, poi, viene introdotto un nuovo art. 62-*bis*, il quale, oltre a prevedere norme di dettaglio sui doveri dell'avvocato nel procedimento di negoziazione, ammonisce in generale che «all'avvocato che assiste la parte in negoziazione è fatto obbligo di comportarsi con lealtà nei confronti delle parti, dei loro difensori e dei terzi nel corso del procedimento e nella attività di istruzione stragiudiziale».

<sup>(81)</sup> In proposito, v. M. GRADI, *Il dovere di leale collaborazione delle parti: verso una nuova filosofia processuale*, in «Le corti fiorentine: rivista di diritto e procedura civile», 2023, p. 39 ss.

<sup>(82)</sup> A tal riguardo, si rammenta la recente modifica estensiva dell'ambito applicativo del codice deontologico forense già segnalata alla nota 80.

forensi». È il c.d. «diritto degli altri»<sup>(83)</sup>, perché è un diritto che, giovando alla giustizia, giova a tutti.

Certo, c'è una cornice entro cui la funzione dell'avvocato può perseguire legittimamente i fini della giustizia, e tale cornice è quella, generale, del dovere di difesa del proprio cliente, e quella, particolare, del conflitto di interessi (art. 24 cod. deont. for.) e del patrocinio infedele (art. 380 ss. cod. pen.). Ma – concludo citando una tra le tante pronunce del Consiglio nazionale forense, la cui quantità consente di ritenere il principio come una premessa acquisita dell'ordinamento forense – «intendere il dovere di difesa come possibilità di agire con qualsiasi mezzo per ottenere ragione in favore della parte assistita costituisce infatti una errata percezione dei principi che sono alla base della funzione che l'avvocato esercita nel sistema della giurisdizione e scarsa consapevolezza della responsabilità sociale che egli deve assolvere nei confronti della collettività a garanzia dei principi dello stato di diritto e dell'interesse generale al corretto esercizio della professione»<sup>(84)</sup>.

A queste parole personalmente mi associo con grande condizione, perché dimostrano che la funzione sociale, fondata sulla missione dell'avvocato di assicurare la giustizia, non è proclamazione astratta, ma criterio pratico d'azione. Ritengo perciò degno della massima urgenza uno sforzo individuale, prima ancora che collettivo, per far sì che la promessa resa in sede di impegno solenne si traduca fattivamente in etica pratica, deontica, in ogni atto e attività dell'avvocato, per trasmettere al cliente il desiderio di pace<sup>(85)</sup>, che è giustizia.

<sup>(83)</sup> R. DANOVIS, *Il diritto degli altri: storia della deontologia*, Milano, 2022.

<sup>(84)</sup> Cons. naz. for., 24 novembre 2014, n. 164. Il caso originava dal comportamento di un avvocato che aveva contestato la non autenticità di un provvedimento giudiziale (di sospensione della provvisoria esecuzione di un decreto ingiuntivo, effettivamente redatto con trascuratezza, ma di possibile verifica da parte del legale) emesso in altra causa in cui egli era parte, e che pertanto era nella sua conoscenza. L'inculpato si era difeso sostenendo di avere agito nel primario interesse del cliente, nell'esercizio del preminente diritto di difesa.

<sup>(85)</sup> Diceva magistralmente F. CARNELUTTI, *Avvocato e procuratore*, cit., p. 645, che «i litiganti come i delinquenti sono dei bisognosi; e il bisogno, prima che di assistenza tecnica, è di assistenza morale. La posizione tanto del litigante

### Abstract

Il saggio esamina l'evoluzione del giuramento dell'avvocato, dalle prime regolamentazioni ottocentesche fino alla riforma del 2012, che ha introdotto l'impegno solenne in luogo del giuramento tradizionale. L'analisi mette in luce come tale istituto abbia progressivamente assunto una funzione non meramente formale, ma sostanziale, ponendosi quale strumento di giuridizzazione dell'etica forense e di definizione dello statuto deontologico della professione. Viene evidenziata la tensione costante tra la dimensione privatistica e quella pubblicistica dell'attività forense, in cui il dovere verso il cliente deve armonizzarsi con l'interesse generale alla giustizia. In tale prospettiva, l'attuale impegno solenne riafferma i principi tradizionali di lealtà, onore e diligenza, integrandoli con la tutela dell'assistito e con i valori costituzionali, in un quadro che valorizza la funzione sociale dell'avvocatura e ne sottolinea la responsabilità nella costruzione di un ordinamento ispirato ai canoni della giustizia e della collaborazione leale.

*The article explores the evolution of the lawyer's oath, from the first regulations of the late nineteenth century to the 2012 reform, which replaced the traditional oath with a solemn undertaking. The study highlights how this institution progressively acquired a substantive, rather than merely formal, role, becoming a tool for the juridification of legal ethics and for shaping the deontological framework of the profession. Particular attention is devoted to the enduring tension between the private and public dimensions of legal practice, where the duty to the client must be reconciled with the general interest in justice. In this perspective, the current solemn undertaking reaffirms the traditional principles of loyalty, honor, and diligence, while integrating them with the protection of the client and with constitutional values. This framework enhances the social function of the legal profession and underscores its responsibility in shaping a legal order grounded in justice and fair cooperation.*

quanto del bisognoso è quella del nemico; il suo bisogno essenziale è bisogno di amicizia. Così si spiega il singolare nome di *avvocato*, il quale non allude all'oggetto della prestazione, ma ad una chiamata: *ad-vocatus*, chiamato in aiuto. Perciò l'opera dell'avvocato, prima di essere tecnica, si svolge nel campo morale. In ciò sta la ragione, per non dir la radice della difficoltà, del pericolo, del disfavore e della nobiltà dell'avvocatura».



MASSIMILIANO BINA  
*Docente a contratto nell'Università dell'Insubria*

## ALLA RICERCA DELLA FELICITÀ PERDUTA UN NUOVO PARADIGMA PER IL DIRITTO FORENSE

SOMMARIO: 1. La felicità dell'avvocato. – 2. La natura e la struttura delle disposizioni contenute nel codice deontologico forense. – 3. La discrezionalità dell'avvocato. – 4. L'ambiguità del ruolo dell'avvocato. – 5. «Law of lawyering» e processo civile. – 6. Difensore versus consulente. – 7. Conclusione.

1. *La felicità dell'avvocato.* — Vi sono diverse declinazioni della felicità come qualità di ciò che riesce in modo eccellente. Diverse suggestioni vengono dalla lingua: «il violinista virtuoso ci ha regalato una esecuzione felice»<sup>(1)</sup>. Altre si trovano nella letteratura, con *La signorina Felicita, ovvero la Felicità* di Guido Gozzano; o in Machiavelli che, nell'elogiare Cosimo Rucellai nel primo capitolo *Dell'Arte della guerra*, riportava «con quanta felicità i suoi concetti descrivesse»<sup>(2)</sup>. Altre ancora nella linguistica, dove l'enunciato performativo – diversamente da quello assertivo che o è vero o è falso – può essere al più felice, mentre è infelice quando o si riduce ad un «colpo a vuoto» (perché l'atto che si vuole compiere con la formula linguistica utilizzata non è compiuto) o ad un «abuso» (se l'atto è compiuto e chi utilizza la formula linguistica non è sincero)<sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> Come osserva A. MACINTYRE, *After virtue: a study in moral theory*, 3<sup>a</sup> ed., Notre Dame (Indiana), 2007, trad. it. a cura di M. D'Avenia, *Dopo la virtù: saggio di teoria morale*, Roma, 2007, p. 94, la parola *areté*, tradotta come virtù, viene utilizzata nei testi omerici per designare l'eccellenza di qualsiasi genere e, nelle società eroiche, non è un concetto indipendente, ma si manifesta nelle azioni dell'uomo ed è strettamente connesso con la loro struttura sociale.

<sup>(2)</sup> N. MACHIAVELLI, *Dell'arte della guerra*, Firenze, 1521.

<sup>(3)</sup> J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, 1962, trad. it. a cura di C. Villata, *Come fare cose con le parole*, Bologna, 2019, p. 15 ss.

Ciò che ci interessa indagare è la stretta connessione tra la felicità e la virtù ed il diverso paradigma che questa prospettiva porta con sé<sup>(4)</sup>. L'avvocato si pone la giusta domanda quando si chiede «che tipo di avvocato devo essere?», non «come devo agire?»; le diverse risposte che ne conseguono costituiscono la fonte di un nuovo complesso di principi e di nuovi procedimenti metodologici destinati a costituire il substrato di inedite concezioni culturali<sup>(5)</sup>.

La conseguente analisi, ad esempio, porta a delineare un quadro in cui ci si accorge presto che l'archetipo di avvocato (professionista che svolge la propria attività individualmente) e di cliente (persona fisica), cioè dei soggetti che costituiscono i destinatari delle disposizioni del codice deontologico forense, meriterebbe di essere ripensato<sup>(6)</sup>.

Per un verso, le soluzioni offerte dall'etica professionale forense all'avvocato che esercita la professione singolarmente divergono da quelle destinate all'avvocato che opera all'interno di una *law firm* (associazioni o società tra professionisti). Allo stesso tempo, al cliente «ente collettivo» ineriscono dei rapporti tra av-

<sup>(4)</sup> Cfr. R. DANOVIS *Il diritto degli altri: storia della deontologia*, Milano, 2022, p. 129 ss., spec. p. 131, per l'analisi del pensiero di Bentham sul punto.

<sup>(5)</sup> A. CAMPODONICO, M. CROCE, M.S. VACCAREZZA, *Etica delle virtù: un'introduzione*, Roma, 2018; C. SWANTON, *A Virtue Ethical Theory of Role Ethics*, in «Journal of Value Inquiry», 2016, vol. 50, pp. 687-702; L. GRECO, *Alcune osservazioni sull'etica contemporanea delle virtù*, in «Iride», 2006, pp. 291-301. In particolare, si vedano A. MACINTYRE, *Dopo la virtù*, cit.; Id., *L'etica nei conflitti della modernità: desideri, ragionamento pratico e narrative*, Milano, 2024; P. J. SAGUIL, *A Virtuous Profession: Re-Conceptualizing Legal Ethics from a Virtue-Based Moral Philosophy*, in «Windsor Review of Legal & Social Issues», 2006, vol. 22, pp. 1-27; J. RACHELS, *The elements of moral philosophy*, 4<sup>a</sup> ed., New York, 2003, pp. 173-190; J. OAKLEY, D. COCKING, *Virtue Ethics and Professional Roles*, Cambridge, 2001; R. HURSTHOUSE, *On Virtue Ethics*, Oxford, 1999, p. 28 s.; G.E.M. ANSCOMBE, *Modern moral philosophy*, in «Philosophy», 1958, vol. 33, pp. 1-19.

<sup>(6)</sup> A. DONDI, V. ANSANELLI, *Rapporto avvocato-cliente, complessità del conflitto e inquadramento dei problemi del processo*, in *Il rapporto avvocato-cliente per un sistema integrato di giustizia*, a cura di S. Dalla Bontà, Napoli, 2025, p. 15 ss., spec. p. 29 ss.

vocato-amministratore-cliente triangolari ed asimmetrici, che meritano di essere approfonditi per essere meglio compresi <sup>(7)</sup>.

Per altro verso, in questa nuova cornice concettuale, è naturale che sorgano domande che prima restavano nell'ombra o trovavano risposte unicamente dogmatiche, facendo emergere la piena portata degli interessi confliggenti che l'etica forense è chiamata a comporre. Cosa si intenda per «interesse del cliente» o l'interrogarsi su quale sia la funzione sociale dell'avvocato ben possono rappresentare un capitolo del discorso areteico, mentre poco hanno a che fare con un'etica normativa di stampo kantiano. Un paradigma che arriva persino a toccare il piano metagiuridico, suggerendo un approccio funzionale allo studio del diritto processuale <sup>(8)</sup>, alternativo ai metodi scientifici classici riconducibili alla giurisprudenza dei concetti o a quella degli interessi <sup>(9)</sup>.

Si tratta di una concezione dell'etica professionale che supera gli angusti confini entro cui viene relegata la deontologia forense in senso stretto, come compendio di disposizioni giuridiche proprie dell'ordinamento professionale, per proiettarsi verso l'esterno, oltre l'ambito disciplinare <sup>(10)</sup> e sino ad abbracciare altri rami del diritto, così da divenire lo scheletro che regge il *law of lawyering*, il modo dell'avvocato <sup>(11)</sup>, quale componente imprescindibile di un sistema giustizia non solo efficiente, ma anche effettivo.

<sup>(7)</sup> G.C. HAZARD, *Triangular Lawyer Relationships: An Exploratory Analysis*, in «Georgetown Journal of Legal Ethics», 1987, vol. 1, pp. 15-42.

<sup>(8)</sup> Cfr. V. ANSANELLI, *Sanzioni disciplinari e deontologia forense: uno sguardo comparato di «procedural ethics»*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2025, pp. 675-690.

<sup>(9)</sup> Per una ricostruzione della scienza giuridica italiana in cui si intravede un'evoluzione nella direzione indicata, si vedano i saggi di G. VERDE, *Sul potere giudiziale e sull'inganno dei concetti (Soliloqui del crepuscolo 2021-2023)*, Torino, 2024.

<sup>(10)</sup> I. TRUJILLO, *Virtù e professioni giuridiche: i limiti della deontologia*, in «Ars interpretandi», 2022, pp. 87-102, spec. p. 88.

<sup>(11)</sup> A. DONDI, *Buona pratica della difesa in giudizio come law of lawyering: un breve riepilogo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2023, pp. 1-20; V. ANSANELLI, *Riforme dell'etica dell'avvocatura e riforma del processo civile*, in «Il giusto processo civile», 2021, p. 401 ss.; G.C. HAZARD, W.W. HODGES, P.R. JARVIS, *The Law of Lawyering*, 4<sup>a</sup> ed, New York, 2014, § 1.01; G.C.

Di seguito analizzeremo alcune questioni che bene illustrano il nuovo paradigma o, se si vuole essere più pragmatici, che contribuiscono ad una prestazione professionale riuscita.

*2. La natura e la struttura delle disposizioni contenute nel codice deontologico forense.* — Virtù e doveri appartengono a piani di astrazione dell’analisi del fenomeno giuridico tra loro differenti. Ogni pratica sociale individua dei beni alla cui valorizzazione la condotta di ogni uomo virtuoso deve tendere. Allo stesso tempo, ogni pratica sociale riconosce che certi comportamenti sono indispensabili per la valorizzazione dei beni predetti ed altri non possono essere consentiti in quanto impediscono che lo scopo voluto si realizzi, arrivando a specificare alcuni doveri che ogni uomo è chiamato ad osservare e a proibire certe condotte<sup>(12)</sup>.

Il codice deontologico forense assolve, tra gli altri, a questo scopo, come si desume dall’art. 3, comma 3, della legge n. 247 del 2012, così come dalla struttura del codice stesso, suddiviso tra disposizioni speciali, caratterizzate per la tipizzazione della condotta e contenenti l’espressa indicazione della sanzione applicabile, e principi generali, che non solo costituiscono le norme di chiusura del sistema disciplinare – dando attuazione alla tipizzazione «per quanto possibile» prevista dalla legge professionale – ma contribuiscono ad individuare le virtù professionali che l’avvocato deve possedere per essere un «buon avvocato», la cui fonte deve essere rinvenuta nella tradizione della professione forense<sup>(13)</sup>. Ben più

HAZARD, S.P. KONIAK, R.C. CRAMTON, G.M. COHEN, W.B. WENDEL, *The law and ethics of lawyering*, 6<sup>a</sup>ed., St.Paul (Minnesota), 2017, p.32 ss., ove dà conto delle diverse fonti della *law of lawyering* negli Stati Uniti d’America; R.J. KUTAK, *The Law of Lawyering*, in «Washburn Law Journal», 1983, vol. 22, pp. 413-428; e i saggi di Wolfram, che ha ricoperto il ruolo di *Chief reporter* del *Restatement of The Law Governing Lawyers*: C.W. WOLFRAM, *The Concept of a Restatement of the Law Governing Lawyers*, in «Georgetown Journal of Legal Ethics», 1987, vol. 1, pp. 195-212; Id. *Bismarck’s Sausages and the ALI’s Restatements*, in «Hofstra Law Review», 1998, vol. 26, p. 819; R.C. CRAMTON, S.P. KONIAK, *Rule, Story, and Commitment in the Teaching of Legal Ethics*, in «William & Mary Law Review», 1996, vol. 38, pp. 145-198.

<sup>(12)</sup> A. MACINTYRE, *Dopo la virtù*, cit., p. 192 s.

<sup>(13)</sup> Cfr. Cons. naz. for., 11 novembre 2015, n. 164, la quale ha chiarito che

esplicito è il § 2.2, rubricato «*Trust and Personal Integrity*», del *Code of conduct for European lawyers* predisposto dal *Council of Bars and Law Societies of Europe*: «*Relationships of trust can only exist if a lawyer's personal honour, honesty and integrity are beyond doubt. For the lawyer these traditional virtues are professional obligations*». Ciò significa che i precetti deontologici, anche inespressi o espressi in forma generale, sono rilevabili dalla coscienza sociale e dall'etica professionale in un determinato momento storico<sup>(14)</sup>.

Occorre rilevare un altro fatto notevole. Al livello di astrazione dove operano i doveri dell'avvocato, ci si accorge che non tutte le disposizioni speciali del codice deontologico forense che disciplinano il rapporto cliente-avvocato presentano la medesima struttura. Accanto ai doveri indipendenti di fedeltà<sup>(15)</sup> (come il dovere di competenza, di informazione, di astenersi dall'agire in conflitto di interessi), cui è correlato un diritto del cliente – nel senso che, ad esempio, l'avvocato ha un dovere di competenza e il cliente ha diritto ad avere un avvocato competente – si rinvengono i doveri dipendenti di «integrità»<sup>(16)</sup> (come il dovere di

le disposizioni contenute nel codice deontologico «hanno valore ricognitivo del comune sentire della classe forense e, quindi, di condotte già ampiamente consolidate, per prassi generale, nell'ambito dell'esercizio professionale»; Cass. civ., sez. III, 3 dicembre 2007, n. 25183, per la quale «in tema di deontologia professionale e di morale corrente non è necessaria una specifica tipizzazione dei comportamenti doversi per individuare le regole di cui si deve esigere il rispetto. Invero, anche in mancanza dei codici deontologici, gli ordini professionali hanno sempre esercitato la vigilanza disciplinare sugli iscritti, poiché la conoscenza delle regole di comportamento è da sempre parte integrante della formazione professionale e del patrimonio culturale del professionista». Nella giurisprudenza statunitense, cfr. *Rush v. Cavanaugh*, 2 Pa. 187 (1845); *In re Ruffalo*, 390 U.S. 544 (1968); *In re Snyder*, 472 U.S. 634 (1985).

<sup>(14)</sup> Cass. civ., sez. un., 25 novembre 1974, n. 3810; e G. GORLA, *Note a margine di un «codice deontologico forense»*, in «Giustizia civile», 1984, II, pp. 500-512.

<sup>(15)</sup> L.R. PATTERSON, *An Inquiry into the Nature of Legal Ethics: The Relevance and Role of the Client*, in «Georgetown Journal of Legal Ethics», 1987, vol. 1, p. 69 ss.; ID., *Legal Ethics and the Lawyer's Duty of Loyalty*, in «Emory Law Journal», 1980, vol. 29, p. 965; F.C. ZACHARIAS, *Integrity Ethics*, in «Georgetown Journal of Legal Ethics», 2009, vol. 22, p. 554.

<sup>(16)</sup> L.R. PATTERSON, *The Function of a Code of Legal Ethics*, in «University

verità o quello di mantenere il segreto professionale) che sovrin-tendono all'agire dell'avvocato quale rappresentante del cliente. A questi doveri dell'avvocato corrispondono dei diritti o doveri del cliente che consentono di determinarne la portata e, quindi, i doveri di integrità dipendono dai diritti e dai doveri del cliente. Per determinare la portata del dovere di verità dell'avvocato di cui all'art. 50 cod. deont. for., ad esempio, occorre verificare se esista un dovere del cliente di dire il vero e di essere completo (<sup>17</sup>); se così è, l'avvocato che agisce in nome e per conto del cliente è chiamato ad adempiere al dovere di verità del cliente. Analogamente, per determinare quale sia la portata del dovere dell'avvocato di mantenere il segreto professionale, occorre ve-rificare se il cliente abbia il diritto di mantenere riservate certe informazioni (a fronte della pretesa di altri che vorrebbero cono-scerle, come il giudice, la controparte o gli inquirenti) così che l'avvocato possa consentire l'attuazione del diritto del cliente a mantenere il silenzio.

Il discorso è rilevante perché, oltre a consentire una maggiore comprensione della portata dei doveri codificati, ha come corolla-rio naturale il rilievo che un avvocato virtuoso è un avvocato che non solo consente l'attuazione dei diritti del cliente, ma adempie ai doveri giuridici ed etici di quest'ultimo.

*3. La discrezionalità dell'avvocato.* — Chiedersi «che avvoca-to devo essere?» significa avere la consapevolezza di possedere una certa discrezionalità nell'agire e rendersi conto che uno dei doveri connaturati al ruolo e, quindi, irrinunciabile, è proprio quello di esercitare questa discrezionalità e di giustificare razio-nalmente la condotta tenuta tra le diverse alternative che di volta in volta si presentano *kata ton órthon lógon* (<sup>18</sup>), in base alla giusta ragione.

of Miami Law Review», 1981, vol. 35, p. 718 s.; Id., *Importanza e ruolo del cliente nell'etica professionale dell'avvocato*, in *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, a cura di A. Dondi, Bologna, 1993, p. 187 ss.

<sup>(17)</sup> Cfr. M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018.

<sup>(18)</sup> ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, trad. it. a cura C. Natali, Milano, 1999, 1138b-20; A. MACINTYRE, *Dopo la virtù*, cit., p. 194.

A volte, l'esistenza di un potere discrezionale consegue alla funzione svolta all'avvocato. Un problema, ad esempio, è quello di determinare come deve essere distribuito il potere decisionale tra cliente ed avvocato e non vi è accordo su quale sia il criterio da utilizzare per stabilire quali decisioni siano di competenza esclusiva dell'avvocato e quali appartengano al cliente, ricorrendosi spesso a delle proposte che si risolvono nella classificazione delle possibili scelte e nella loro riduzione ad alternative nette – fini/mezzi, processuale/sostanziale, tattica/diritti sostanziali – che si presentano, in verità, troppo generiche per costituire un utile criterio per attribuire il potere all'uno o all'altro<sup>(19)</sup>. È certo, tuttavia, che in queste occasioni l'avvocato ha il dovere di esercitare la propria discrezionalità quando individua le tattiche processuali da utilizzare e gli argomenti da presentare al giudice «con calma e ponderazione»<sup>(20)</sup>, così da garantire «alla parte una difesa più ragionata e più accorta, e quindi più persuasiva ed efficace, di quella ch'essa saprebbe fare da sé stessa»<sup>(21)</sup>. Lo stesso accade quando l'avvocato deve risolvere alcune importanti questioni prodromiche all'applicazione delle disposizioni contenute nel codice deontologico: a volte comprendere chi sia il cliente non è affare di poco conto e l'avvocato è l'unico che è in grado di farlo, appellandosi alla propria competenza e alle sue capacità<sup>(22)</sup>.

<sup>(19)</sup> A.I. SIEGEL, *Abandoning the Agency Model of the Lawyer-Client Relationship: A New Approach for Deciding Authority Disputes*, in «Nebraska Law Review», 1990, vol. 69, pp. 473-536; M. SPIEGEL, *Lawyering and Client Decisionmaking: Informed Consent and the Legal Profession*, in «University of Pennsylvania Law Review», 1979, vol. 128, pp. 41-140; S. MARTYN, *Informed Consent in the Practice of Law*, in «George Washington Law Review», 1980, vol. 48, pp. 307-353; J.L. MAUTE, *Allocation of Decisionmaking Authority Under the Model Rules of Professional Conduct*, in «UC Davis Law Review», 1984, vol. 17, pp. 1049-1108.

<sup>(20)</sup> C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 13<sup>a</sup> ed., Torino, 2023, vol. I, p. 675.

<sup>(21)</sup> P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova 1943, ripubblicato in ID., *Opere giuridiche*, vol. IV, Napoli, 1970, p. 494 s.

<sup>(22)</sup> G.C. HAZARD, *Ethics in the Practice of the Law*, New Haven, London, 1978, pp. 37 e 43 ss.; ID., *Triangular Lawyer Relationships*, cit., pp. 15-42. Sia

Altre volte, l'esistenza di un potere discrezionale in capo all'avvocato si desume dalle disposizioni del codice deontologico forense. È il caso dell'art. 51 cod. deont. for., allorquando prescrive che l'avvocato deve astenersi dal deporre come persona informata sui fatti o come testimone, salvo casi eccezionali; o dell'art. 53, comma 2, cod. deont. for., che proibisce all'avvocato di interloquire con il giudice in merito al procedimento in corso senza la presenza del collega avversario, salvo casi particolari. Le disposizioni codistiche omettono di descrivere le fattispecie di «casi eccezionali» e di «casi particolari», lasciando che sia l'avvocato a valutare nel caso concreto se ricorrono le condizioni che giustificano la deroga alla regola generale che impone il contegno.

Ancora, ai sensi dell'art. 50, comma 3, cod. deont. for., l'avvocato che apprenda che nel procedimento sono state introdotte prove, elementi di prova o documenti falsi, provenienti dalla parte assistita, è chiamato a scegliere tra continuare a rappresentare il cliente e non utilizzarli, oppure rinunciare al mandato. Meno esplicite sono le disposizioni che vietano all'avvocato di agire in presenza di conflitti di interesse, ma una interpretazione scevera da implicazioni ideologiche che arriva a riconoscere la facoltà per l'avvocato di derogare alle norme codistiche quando abbia ricevuto il consenso della parte implica il potere discrezionale di valutare se egli sia comunque in grado di svolgere la propria prestazione garantendo adeguati standard professionali, nonostante la sussistenza di interessi confliggenti<sup>(23)</sup>.

consentito il rinvio a M. BINA, *La felicità dell'avvocato: diritto forense e processo civile*, Torino, 2024, cap. III, § 1, sulla necessità di distinguere tra «cliente», «quasi-cliente», «cliente secondario», «cliente potenziale».

<sup>(23)</sup> N.J. MOORE, *Why is there no clear doctrine of informed consent for lawyers*, in «University of Toledo Law Review», 2015, vol. 47, pp. 133-158; F.C. ZACHARIAS, *Waiving Conflicts of Interest*, in «Yale Law Journal», 1998, vol. 108, pp. 407-438; P.R. JARVIS, B.F. TELLAM, *When Waiver Should Not Be Good Enough: An Analysis of Current Client Conflicts Law*, in «Willamette Law Review», 1997, vol. 33, pp. 145-176. *Contra*, la nostra giurisprudenza disciplinare che riconduce l'inderogabilità della disciplina del conflitto di interessi alla necessità di tutela dell'immagine dell'avvocatura: Cons. naz. for., 16 settembre 2022, n. 133; Cons. naz. for., 23 settembre 2020, n. 170; Cons. naz. for., 25 febbraio

Infine, l'avvocato è chiamato ad esercitare la propria discrezionalità a fronte di disposizioni formulate per clausole generali come avviene nell'art. 9 cod. deont. for., in cui si impone all'avvocato di esercitare l'attività professionale con indipendenza, lealtà, correttezza, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo costituzionale e sociale della difesa, rispettando i principi della corretta e leale concorrenza e, fuori dell'attività professionale, di osservare i doveri di probità, dignità e decoro, nella salvaguardia della propria reputazione e della immagine della professione forense; e nell'art. 12 cod. deont. for., che prescrive che l'avvocato debba svolgere la propria attività con coscienza e diligenza, assicurando la qualità della prestazione professionale.

Queste ultime ipotesi, in cui l'avvocato è chiamato ad adempiere ad un proprio dovere di fedeltà, o ad adempiere a un dovere del cliente (quanto si tratta di un dovere di integrità), pongono il problema della natura di questi doveri ovvero di stabilire quale sia il contenuto dell'attività che le norme prescrivono e la condotta dovuta dall'avvocato. Al riguardo, si ricorre all'ossimoro *permissive duties*<sup>(24)</sup> per chiarire che la condotta dovuta dall'avvocato consiste nel prendere in considerazione diverse opzioni, nel valutarle attentamente al fine di sopesarle e, solo in seguito, nell'esercitare la propria discrezionalità scegliendo quale opzione sia la migliore per il cliente. In altre parole, la prestazione che si richiede all'avvocato, riconducibile al c.d. «modello deliberativo»<sup>(25)</sup>, non corrisponde ad una condotta tipizzata, ma ad una prassi:

2020, n. 43; Cons. naz. for., 30 settembre 2013, n. 165; Cons. naz. for., 20 aprile 2011, n. 48.

<sup>(24)</sup> L'ossimoro è utilizzato da F.C. ZACHARIAS, *Five Lessons for Practicing Law in the Interests of Justice*, in «*Fordham Law Review*», 2002, vol. 70, p. 1943.

<sup>(25)</sup> Così S.J. LEVINE, *Taking Ethical Discretion Seriously: Ethical Deliberation as Ethical Obligation*, in «*Indiana Law Review*», 2003, vol. 37, pp. 49-52, S.J. LEVINE, *Taking Ethical Obligations Seriously: A Look at American Codes of Professional Responsibility through a Perspective of Jewish Law and Ethics*, in «*Catholic University Law Review*», 2008, vol. 57, p. 182 ss.; F.C. ZACHARIAS, *Five Lessons*, cit., p. 1947.

l'avvocato è chiamato a deliberare come agire, ricercando il comportamento più appropriato<sup>(26)</sup>.

In questo contesto, la coscienza professionale dell'avvocato assume un ruolo fondamentale quale la bussola del suo agire<sup>(27)</sup> e le virtù professionali che contribuiscono a formare questa coscienza tornano a giocare un ruolo di primaria importanza, non solo per la comprensione del fenomeno, ma anche come contrappeso per evitare che la discrezionalità si trasformi in arbitrio.

La responsabilità dell'avvocato, allora, si allontana sempre di più dal nostro modo di intenderla come sanzione imputabile ad un soggetto che agisce con colpa, apparente molto più simile all'*accountability*<sup>(28)</sup>. Solo la violazione di una norma che impone una particolare condotta può costituire la fonte di una sanzione, mentre una disposizione che attribuisce un potere discrezionale all'avvocato gli impone di svolgere una valutazione professionale al fine di individuare, tra una serie di possibili azioni tutte quante *compliant*, quella più adeguata all'occasione. Allo stesso tempo, all'avvocato è richiesto di giustificare la qualità delle sue determinazioni sul piano giuridico ed anche etico, sulla base delle circostanze concrete che si sono presentate<sup>(29)</sup>.

4. *L'ambiguità del ruolo dell'avvocato.* — La prestazione professionale resa dall'avvocato può essere felice se il suo ruolo è chiaro e la sua funzione ben definita, il che non è scontato. La funzione della deontologia forense è ambigua<sup>(30)</sup>; le regole e i principi contenuti nei codici deontologici sono ambigui<sup>(31)</sup>; la

<sup>(26)</sup> Cfr. A. GIULIANI, *Il concetto classico di regola di condotta*, in «Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia», Padova, 1974, pp. 553-577.

<sup>(27)</sup> Cfr. F.C. ZACHARIAS, B.A. GREEN, *Reconceptualizing Advocacy Ethics*, in «George Washington Law Review», 2005, vol. 74, p. 59.

<sup>(28)</sup> I. TRUJILLO, *Etica delle professioni legali*, Bologna, 2013, p. 101 ss.

<sup>(29)</sup> S.J. LEVINE, *Taking Ethical Obligations Seriously*, cit., p. 52.

<sup>(30)</sup> A. FEBBRAJO, *L'etica dell'avvocato come progetto professionale*, in «Sociologia del diritto», 1985, p. 25 ss.

<sup>(31)</sup> Cfr. M. LA TORRE, *Avvocatura e retorica: tra teoria del diritto e deonto-*

disciplina professionale di fonte statale è anch'essa ambigua<sup>(32)</sup>: l'ambiguità del ruolo dell'avvocato è lo stato di «natura»<sup>(33)</sup> rispetto al quale occorre mettere ordine.

Da un lato, infatti, il difensore può essere assimilato alla «parte», al pari di un «doppio» del cliente, perché lo rappresenta, lo consiglia e difende i suoi interessi; dall'altro, può essere visto come un «organo» del processo o dell'ordinamento, che non può condividere quegli interessi che difende, che non può trasformarsi in un sodale o un complice del proprio assistito<sup>(34)</sup> e che, con i suoi argomenti, prepara e contribuisce alla decisione del giudice<sup>(35)</sup>.

Questa ambiguità risulta ancor più evidente avendo in mente i diversi ruoli ascrivibili all'avvocato che, in passato, erano ripartiti tra più soggetti: quello di rappresentante, quello di ausiliario tecnico della parte e quello di difensore<sup>(36)</sup>. Il primo ruolo (rappresentante della parte) presuppone la coincidenza degli interessi dell'avvocato e di quelli del cliente: il procuratore, al pari del mandatario, è il latore degli interessi del rappresentato o del mandante<sup>(37)</sup>. Il secondo ruolo (ausiliario tecnico della parte) porta con sé il rischio che la figura dell'avvocato non possa essere distinta da quella della parte: il consulente tecnico (giuridico) è portatore di una razionalità strumentale e strategica e tale circostanza fa perdere di legittimità al discorso dell'avvocato nel processo, in quanto viene meno

*logia forense, in Retorica e deontologia forense*, a cura di M. Manzin e P. Moro, Milano, 2010, p. 54 ss.

<sup>(32)</sup> Cfr. l'art. 3, comma 2, della legge n. 247 del 2012.

<sup>(33)</sup> L'art. 1.1. del *Code of conduct for European lawyers*, quando prevede che la funzione dell'avvocato impone vari doveri e obblighi che a volte, apparentemente, sono tra di loro contraddittori, mostra che l'ambiguità del ruolo dell'avvocato è uno stato comune a più ordinamenti giuridici, non è proprio solo del nostro.

<sup>(34)</sup> Cons. naz. for., 23 settembre 2020, n. 174.

<sup>(35)</sup> Così, M. LA TORRE, *Avvocatura e retorica*, cit., pp. 45 ss. e 53 ss.

<sup>(36)</sup> Cfr. A. BELLODI ANSALONI, *Scienza giuridica e retorica forense*, Santarcangelo di Romagna, 2020, p. 162.

<sup>(37)</sup> H.L. FELDMAN, *Codes and Virtues: Can Good Lawyers be Good Ethical Deliberators?*, in «Southern California Law Review» 1996, vol. 69, p. 914 ss., osserva che l'avvocato, agendo in qualità di rappresentante, permette la cooperazione e gestisce la competizione.

la sua credibilità<sup>(38)</sup>. Il terzo ruolo esclude che l'avvocato si possa identificare con la parte: il discorso del difensore, nel richiamarsi al diritto e ai principi di giustizia riconosciuti dall'ordinamento, ha una pretesa di correttezza che presuppone la sua imparzialità e, quindi, una posizione diversa rispetto a quella della parte, tanto che l'argomentazione del difensore, utilizzata a sostegno delle ragioni del cliente, ben può essere recepita dal giudice e posta a fondamento della propria decisione<sup>(39)</sup>.

Allora, la domanda tipica dell'etica areteica aiuta ad orientare la ricerca in questa direzione così da individuare cosa è richiesto all'avvocato e, solo in seguito, determinare gli standard qualitativi della prestazione professionale che debbono essere garantiti.

Una possibilità in questa direzione segue alla constatazione di Patterson secondo il quale i tre doveri fondamentali dell'etica forense riguardano tutti la comunicazione delle informazioni: mantenere la riservatezza del cliente, essere sinceri con il tribunale ed essere veritieri con l'avversario<sup>(40)</sup>. Si capisce, quindi, che l'avvocato, avendo il potere di scegliere quali notizie introdurre nel processo e di mantenerne riservate delle altre, ha il controllo delle informazioni rilevanti necessarie per la tutela dei diritti del cliente.

In questo contesto appare chiaro il ruolo dell'avvocato come *gatekeeper* delle informazioni che entrano del processo, ossia colui che è chiamato a selezionare le informazioni destinate al giudice<sup>(41)</sup>. Un ruolo che appare ancor più necessario di fronte al

<sup>(38)</sup> M. LA TORRE, *L'imparziale parzialità: avvocatura e concetto di diritto*, in Id., *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, Soveria Mannelli, 2002, p. 143; G. TARELLO, *Due interventi in tema di deontologia*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1982, pp. 207-218;

<sup>(39)</sup> M. LA TORRE, *L'imparziale parzialità*, cit., p. 146; F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, Padova, 1936, vol. I, p. 468.

<sup>(40)</sup> Cfr. L.R. PATTERSON, *An Inquiry into the Nature of Legal Ethics*, cit., p. 66: «*the three core ethical duties of legal ethics all pertain to the communication of information: keeping confidences of the client, displaying candor to the tribunal, and showing truthfulness to the adversary*».

<sup>(41)</sup> A. DONDI, *Segreti ed etica dell'avvocatura: rilievi minimi in tema di law of lawyering e attorney-client privilege*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2009, p. 655.

«sovraffatto informativo» che affligge le società contemporanee e che rende sempre più complicato ridurre la loro complessità di modo che il processo possa gestirla<sup>(42)</sup>.

Allo stesso tempo, riconoscere che l'avvocato svolge questo ruolo spiega sia la funzione processuale delle norme sul segreto professionale, intese come disposizioni che consentono l'attuazione dei diritti e dei doveri sostanziali del cliente; sia la funzione etica, come limite al potere di controllo dell'avvocato sulle informazioni rilevanti per il processo<sup>(43)</sup>. Il punto, allora, è quello di trovare un equilibrio, di modo che questo filtro possa operare nel rispetto degli altri valori del giusto processo e, in particolare, rispetto al diritto alla prova della controparte ed alla necessità che la sentenza si fondi su una ricostruzione dei fatti che sia il più possibile aderente alla realtà. Ne consegue che le conseguenze negative del segreto professionale (o, se si vuole, i benefici per il cliente) possono essere giustificate solo nella misura in cui la regola agevola quell'attività del difensore che consiste nel valutare pretese alternative rispetto a quella immaginata o suggerita dal cliente<sup>(44)</sup>.

5. «*Law of lawyering*» e processo civile. — Un modo per mettere ordine e tentare di rendere meno ambigui la figura e il ruolo dell'avvocato è quello di analizzarne la funzione, le prerogative, i poteri e i loro limiti, utilizzando un approccio che non sia circoscritto alla deontologia o alla legge professionale forense, ma che comprenda anche l'etica professionale, il diritto processuale e il diritto sostanziale.

Si tratta, innanzitutto, di delineare i caratteri propri di quello che negli Stati Uniti d'America viene chiamato *law of lawyering* e

<sup>(42)</sup> B. CAVALLONE, *Le prove nel nuovo millennio: programmi per il passato*, in «Rivista di diritto processuale», 2022, p. 528 ss.; P. COMOGLIO, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova: l'accertamento del fatto nella diffusione delle conoscenze*, Torino, 2018, p. 283 ss.

<sup>(43)</sup> L.R. PATTERSON, *An Inquiry into the Nature of Legal Ethics*, cit., p. 66.

<sup>(44)</sup> R.J. ALLEN, M.F. GRADY, D.D. POLSBY, M.S. YASHKO, *A Positive Theory of the Attorney-Client Privilege and the Work Product Doctrine*, in «Journal of Legal Studies», 1990, vol. 19, p. 368.

dalla dottrina italiana che si è occupata di studiare il processo nella prospettiva del difensore<sup>(45)</sup> è stato ribattezzato «diritto della professione legale»<sup>(46)</sup> o, anche, «diritto forense»<sup>(47)</sup>, seguendo le due direttive portanti, quella etico-professionale e quella più spiccatamente processuale<sup>(48)</sup>. Dopotutto, occorre prendere coscienza che il «modo dell'avvocato» ha un impatto sull'effettività della tutela giurisdizionale<sup>(49)</sup>, perché è un soggetto che concorre a creare le condizioni per una sentenza giusta<sup>(50)</sup>; e sull'efficienza del processo, come ben ricordava Piero Calamandrei nelle *Lezioni messicane*, ove rilevava che il buon funzionamento del processo dipende non tanto dalla legge, ma dal «costume giudiziario», dalla prassi creata dai giudici e dagli avvocati, cioè dal «rispetto delle "regole del giuoco" che non si può imporre a chi non lo sente, ma che è essenziale»<sup>(51)</sup>.

<sup>(45)</sup> A. DONDI, *Buona pratica della difesa in giudizio come law of lawyering*, cit., pp. 1-20; Id., *Law of Lawyering in the Face of New and Permanent Values of Legal Ethics*, in «Zeitschrift Für Zivilprozess International», 2021, pp. 51-56; Id., *Spunti in tema di «legal ethics»*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1995, p. 270 ss.; Id., *Introduzione*, in *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, a cura di A. Dondi, cit., p. 28 ss.

<sup>(46)</sup> Così, A. DONDI, *Spunti in tema di «legal ethics»*, cit., pp. 261-272.

<sup>(47)</sup> In questi termini, R. DANOVY, *Diritto forense e law of lawyering nel processo*, in «Rivista di diritto processuale», 1994, p. 526 s.

<sup>(48)</sup> V. ANSANELLI, *Riforme dell'etica dell'avvocatura e riforma del processo civile*, cit., p. 402.

<sup>(49)</sup> M. CAPPELLETTI, *Ideologie nel diritto processuale*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1962, p. 200 ss.

<sup>(50)</sup> In argomento, cfr. I. FANLO CORTES, *Scienza giuridica e deontologia forense: a margine di due interventi di Giovanni Tarello*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2008, pp. 365-376; V. DENTI, *La difesa come diritto e come garanzia (a proposito dell'autodifesa nel processo penale)*, in «Il foro italiano», 1977, V, cc. 55-60; L. LOMBARDO, *Il contributo dell'avvocato alla giustizia della sentenza: tra obbligo di lealtà e obbligo di verità*, in «Etica e giustizia: rivista di cultura giuridica», 2025, pp. 145-162.

<sup>(51)</sup> P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954, ripubblicato in Id., *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, 1965, p. 684. In termini analoghi, A. ZUCKERMAN, *No Justice without Lawyers: The Myth of an Inquisitorial Solution*, in «Civil Justice Quarterly», 2014, vol. 33, p. 355 s., il quale rileva che i processi in cui la parte sta in giudizio personalmente presentano un deficit di giustizia rispetto ai processi in cui la parte è assistita da un difensore tecnico. Cfr., altresì,

Ciò posto, l'interazione tra il processo e l'etica professionale in senso lato, inclusiva, quindi, della deontologia forense, si verifica entro uno schema che può presentare diverse variazioni e che tende, comunque, a far prevalere le disposizioni di legge su quelle di provenienza del ceto forense senza che, almeno formalmente, si possa rinunciare al suo apporto. I canoni etico-professionali e le disposizioni deontologiche, in particolare, sono relegati al ruolo di norme integrative di precetti già unilateralmente predeterminati dal legislatore processuale; diversamente, in assenza di un preceitto processuale il giudice si trova ad esercitare i propri poteri senza l'ausilio di criteri o direttive predeterminati che possano arginare la sua discrezionalità nella valutazione della rilevanza processuale della violazione delle norme deontologiche.

In altre parole, quando esiste una norma processuale, l'impatto dell'etica professionale sulla tutela giurisdizionale dei diritti è pacifico. L'esempio tipico è quello offerto dalla disciplina del segreto professionale. L'art. 6 della legge n. 247 del 2012 attribuisce rilevanza al segreto professionale all'interno del processo, prescrivendo che «l'avvocato, i suoi collaboratori e i dipendenti non possono essere obbligati a deporre nei procedimenti e nei giudizi di qualunque specie su ciò di cui siano venuti a conoscenza nell'esercizio della professione»; l'art. 200, comma 1, lett. a, cod. proc. pen. e l'art. 249 cod. proc. civ. attribuiscono all'avvocato la facoltà di astenersi dal rendere testimonianza su quanto ha conosciuto in ragione dell'attività professionale; l'art. 118 cod. proc. civ. limita il potere del giudice di ordinare un'ispezione alle ipotesi in cui non si debba costringere chi la subisce a violare il segreto professionale; e l'art. 103 cod. proc. pen. disciplina le ispezioni e le perquisizioni nello studio professionale dell'avvocato, vietando l'acquisizione di carte o documenti relativi all'oggetto dell'attività difensiva, proibendo l'intercettazione delle conversazioni o delle comunicazioni dei difensori con il cliente e precludendo il sequestro e ogni forma di controllo della corrispondenza tra l'imputato e il proprio difensore.

V. ANSANELLI, *Riforme dell'etica dell'avvocatura e riforma del processo civile*, cit., p. 401.

Diversamente, quando manca una norma processuale, la rilevanza nel processo dell’etica professionale e delle norme etiche contenute nel codice deontologico, pur ammettendo che possano avere una rilevanza esterna all’ordinamento professionale<sup>(52)</sup>, non è così lineare. Un primo esempio è rappresentato dalle eccezioni al dovere di riservatezza contemplate all’art. 28, comma 4, cod. deont. for., sull’assunto che una cosa è il dovere di riservatezza, altro è il segreto professionale. Questa disposizione non impone alcuna condotta all’avvocato, ma gli attribuisce il potere discrezionale di divulgare certe informazioni, derogando al dovere deontologico di riservatezza nei limiti di quanto sia strettamente necessario. Se così è, il giudice non può obbligare l’avvocato a testimoniare perché ritiene che la sua deposizione possa impedire la commissione di un reato di particolare gravità, come prescritto dall’art. 28, comma 4, lett. b, cod. deont. for.

Un secondo esempio è costituito dal divieto di produrre la corrispondenza scambiata tra colleghi contenuto nell’art. 48 cod. deont. for., che non impedisce al giudice di utilizzare i documenti prodotti in violazione della disposizione deontologica perché non esiste alcun divieto di utilizzare la fonte di prova sancito da una

<sup>(52)</sup> La tesi prende le mosse dall’arresto costituito da Cass. civ., sez. un., 20 dicembre 2007, n. 26810, in «Il foro italiano», 2009, I, c. 3167 ss., con nota di G. SCARSELLI, *La responsabilità civile del difensore per l’infrazione della norma deontologica*. Cfr., altresì, G. MANFREDI, *Natura delle norme deontologiche e diritti dei cittadini*, in «Jus», 2008, pp. 563-578; F. CAFAGGI, *La responsabilità del professionista*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, vol. XVII, Torino, 1998, p. 148 s.; U. PERFETTI, *Deontologia dell’avvocato, ordinamento forense, amministrazione della giustizia*, Torino, 2014, p. 83 ss.; L. MARTINI, *La violazione di norme deontologiche*, in «Nuova giurisprudenza civile commentata», 1998, I, p. 895; C. LEGA, *Deontologia forense*, Milano, 1975, p. 114; G. CERDONIO CHIAROMONTE, *L’obbligazione del professionista intellettuale: tra regole deontologiche, negoziali e legali*, Padova, 2008, p. 36 ss.; E. DEL PRATO, *Regole deontologiche delle professioni e principio di sussidiarietà*, in «Rassegna forense», 2014, p. 272; G. SCARSELLI, *La violazione della norma deontologica e le (possibili) ricadute in punto di responsabilità civile per gli avvocati*, in «Diritto e formazione», 2010, p. 126 ss.; più prudente, M. FRANZONI, *Violazione del codice deontologico e responsabilità civile*, in «Danno e responsabilità», 2013, p. 123.

regola procedurale (53). Infine, le disposizioni degli artt. 24 e 68 cod. deont. for., che regolano alcune ipotesi di conflitto di interessi vietando all'avvocato di assumere l'incarico professionale, le quali non trovano applicazione diretta nel processo ma nemmeno risultano indifferenti al fenomeno processuale: si tratta di disposizioni che devono essere adattate dal giudice alle peculiarità del caso concreto e al contesto processuale (54).

Allo stesso modo, gli istituti processuali costruiti su idee e concetti che poco hanno a che vedere con il «modo dell'avvocato» debbono essere rivisti quando sono coinvolti nell'attuazione di una norma etica a rilevanza processuale. È il caso delle norme contenute negli artt. 156 e 182 cod. proc. civ., nelle ipotesi in cui sono chiamate a regolare i casi in cui la procura al difensore venga rilasciata in conflitto di interessi. Queste disposizioni debbono essere interpretate, in primo luogo, rivalutando lo scopo della norma, per stabilire se la procura rilasciata al difensore in conflitto di interessi possa essere considerata valida (55); e, in secondo luogo, ripensando alla funzione del potere che l'art. 182 cod. proc. civ. attribuisce al giudice istruttore, di modo che quest'ultimo possa esercitare la propria discrezionalità per modulare le conseguenze derivanti dall'accertata sussistenza di un conflitto di interessi in ragione delle esigenze del caso concreto e del processo in corso (56).

(53) Cfr. R. DANOVY, *Produzione di corrispondenza riservata e azione in conflitto di interessi tra deontologia e processo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2025, p. 117 ss.; diverso è il caso delle informazioni acquisite dal mediatore, regolate dalla norma processuale dell'art. 10 del decreto legislativo n. 28 del 2010, su cui v. D. BORGHESI, *Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione*, in <[www.judicium.it](http://www.judicium.it)>, 5 luglio 2010; M. BINA, *Etica del mediatore*, in «Rivista di diritto processuale», 2020, p. 634 ss.

(54) B.A. GREEN, *Conflicts of Interest in Litigation: The Judicial Role*, in «Fordham Law Review», 1996, vol. 65, pp. 71-130; M. BINA, *La felicità dell'avvocato*, cit., cap. III, §§ 13 ss.

(55) A. PROTO PISANI, *Violazione di norme processuali, sanatoria «ex nunc» o «ex tunc» e rimessione in termini*, in «Il foro italiano», 1992, I, c. 1720; R. POLI, *Invalidità ed equipollenza degli atti processuali*, Torino, 2012, p. 401 ss., spec. p. 414 s.

(56) M. BINA, *La felicità dell'avvocato*, cit., cap. III, § 15.

6. *Difensore versus consulente.* — La domanda areteica trova una diversa risposta se a porsela è un difensore (*litigator*), cioè l'avvocato che si occupa di rappresentare ed assistere il cliente coinvolto in una controversia con un soggetto terzo, o un consulente (*legal advisor*), cioè un avvocato che viene incaricato dal cliente di aiutarlo ad individuare la condotta conforme a legge in una certa circostanza<sup>(57)</sup>.

Il sostrato dei due tipi di attività – che tradizionalmente vengono ricondotte da un lato alla rappresentanza in giudizio ed alla assistenza stragiudiziale, dall'altro alle prestazioni di consulenza legale – è comune: la *rule of law* prevede che l'avvocato debba fornire i propri servizi per aiutare il cliente a comprendere il diritto e le procedure per far valere le proprie pretese giuridiche o contestare quelle della controparte. Ma un conto è rappresentare o assistere il cliente quando vi sia già stata la lesione del diritto; altra è la prestazione dovuta quando, in assenza di una controversia anche solo potenziale, il cliente richiede all'avvocato un consiglio su come deve agire in modo conforme al diritto.

In presenza di un pregiudizio ad un diritto soggettivo, l'avvocato rappresenta il cliente in giudizio o nelle trattative negoziali con la controparte volte a comporre la lite. L'attività di consulenza (*consulting*)<sup>(58)</sup> è finalizzata a fornire al cliente informazioni utili perché egli possa decidere scientemente: se azionare o astenersi dall'azionare la pretesa correlata alla lesione del diritto; se utilizzare uno strumento di risoluzione alternativa della controversia piuttosto che ricorrere alla giustizia ordinaria<sup>(59)</sup>.

È in questo contesto, in cui gli interessi in gioco sono ben definiti e già polarizzati, che l'avvocato è chiamato a svolgere un

<sup>(57)</sup> In generale, cfr. A. DONDI, *Minime e molto impressionistiche considerazioni su avvocato d'affari, business lawyer e incertezze del momento presente*, in «Politica del diritto», 2010, pp. 319-332.

<sup>(58)</sup> A. DONDI, *Buona pratica della difesa in giudizio come law of lawyering*, cit., pp. 1-20; S. DALLA BONTÀ, *La funzione sociale dell'avvocato*, in «Etica e giustizia: rivista di cultura giuridica», 2025, p. 90 ss., spec. p. 99 ss.

<sup>(59)</sup> Sui doveri informativi dell'avvocato, cfr. M. GRADI, *Il dovere dell'avvocato di informare il cliente*, in *Il rapporto avvocato-cliente per un sistema integrato di giustizia*, cit., p. 124 ss.

ruolo *partisan* a tutela dei diritti del proprio cliente; ed è qui che occorre individuare i contrappesi a questa funzione, che di per sé non assicura l'attuazione del diritto oggettivo, per garantire che il servizio giustizia risulti efficiente e il suo risultato effettivo. I contrappesi «esterni» sono rappresentati per lo più dal fatto che anche la controparte ha diritto di avvalersi di un tecnico che può aiutarla a sostenere le proprie ragioni; dalla presenza di un giudice che agisce come soggetto equidistante dalle parti; dall'intervento di un mediatore, quale soggetto equivicino alle parti, che le aiuti a comporre il conflitto. I contrappesi «interni» sono comunemente riconosciuti nei codici deontologici forensi: l'avvocato ha un dovere di verità (art. 50 cod. deont. for.) in negativo, come obbligo di non produrre o utilizzare prove che si sappia essere false, e in positivo nella misura in cui il cliente ha l'obbligo di dire il vero, di essere completo e di chiarire le proprie ragioni; l'avvocato ha un dovere di competenza (art. 14 cod. deont. for.), così da assicurare che la propria prestazione raggiunga uno standard qualitativo adeguato; l'avvocato ha il dovere di informare il cliente sullo svolgimento del mandato e sulle opzioni a sua disposizione (art. 27 cod. deont. for.), di modo che quest'ultimo possa determinarsi in modo appropriato; l'avvocato ha il dovere di astenersi dall'agire in conflitto di interessi (art. 24 cod. deont. for.) perché al cliente viene riconosciuto il diritto di avere un avvocato terzo, così che possa agire con il dovuto distacco professionale.

In assenza di una lesione di un diritto soggettivo, l'avvocato è chiamato a svolgere un diverso ruolo. Il cliente non richiede all'avvocato un ausilio per ottenere il riconoscimento di un proprio diritto che assume essere stato pregiudicato o la liberazione da un obbligo a fronte di una pretesa o molestia altrui, ma una consulenza legale finalizzata all'individuazione della condotta più appropriata e conforme al diritto. Anche qui l'intervento dell'avvocato non è garanzia che il diritto trovi attuazione e il contrappenso, in questo caso, è costituito dalla necessità che l'avvocato svolga la propria attività «a tutela dell'interesse della parte assistita e nel rispetto del rilievo costituzionale e sociale della difesa» (art. 10 cod. deont. for.), ossia, più chiaramente, al fine di proteggere e

perseguire gli interessi del cliente «*within the bounds of the law*», come dispone il *Preamble and Scope* delle *Model Rules of Professional Conduct* elaborate dall'*American Bar Association*. Allora il problema è quello di comprendere cosa si intenda per rispetto del rilievo costituzionale della difesa e se questo possa limitarsi a proibire all'avvocato di suggerire al cliente comportamenti, atti o negozi nulli, illeciti o fraudolenti (art. 23, comma 6, cod. deont. for.)<sup>(60)</sup>.

La questione è stata affrontata dagli studiosi di deontologia che, per individuare i limiti dell'attività dell'avvocato utili a frenare gli eccessi di partigianeria, hanno fatto ricorso alla morale<sup>(61)</sup>, ai principi superiori di giustizia<sup>(62)</sup> o all'autorità del diritto come mezzo attraverso cui si supera il disaccordo tra concezioni morali e politiche tra loro confliggenti<sup>(63)</sup>, in modi che comunque non lascino ampio spazio all'avvocato e non consentano il controllo sugli abusi da parte del cliente o del pubblico. Il modello che supera questa difficoltà è quello di una deontologia forense orientata sul cliente, in cui i doveri dell'avvocato verso il cliente hanno il primato perché rendono responsabile l'avvocato per qualcosa che va oltre i suoi interessi<sup>(64)</sup>. Occorre, in altre parole, riportare

<sup>(60)</sup> Cons. naz. for., 26 febbraio 2024, n. 42; Cons. naz. for., 19 dicembre 2023, n. 303; Cons. naz. for., 9 febbraio 23, n. 3, chiariscono che non costituisce «esimente» l'aver asseritamente operato perseguito l'interesse dell'assistito medesimo seppur in violazione della legge.

<sup>(61)</sup> Cfr. D. LUBAN, *Reason and Passion in Legal Ethics*, in «Stanford Law Review», 1999, vol. 51, p. 873 ss.

<sup>(62)</sup> W.H. SIMON, *The Practice of Justice: A Theory of Lawyers' Ethics*, Cambridge (Massachusetts), 1998.

<sup>(63)</sup> W.B. WENDEL, *Lawyers and Fidelity to Law*, Princeton, 2010; T. DARE, *The Counsel of Rogues?: a Defense of the Standard Conception of the Lawyer's Role*, New York, 2016.

<sup>(64)</sup> K.R. KRUSE, *Beyond Cardboard Clients in Legal Ethics*, in «Georgetown Journal of Legal ethics», 2010, vol. 23, pp. 103-154; EAD., *Fortress in the Sand: The Plural Values of Client-Centered Representation*, in *Clinical Law Review*, 2006, vol. 12, pp. 369-440, nel solco tracciato da T. SCHNEYER, *Reforming Law Practice in the Pursuit of Justice: The Perils of Privileging «Public» over Professional Values*, in «Fordham Law Review», 2002, vol. 70, p. 1841 s.; Id., *Some Sympathy for the Hired Gun*, in «Journal of Legal Education», 1991, vol. 41, pp. 11-28. Per un

al centro della relazione il cliente, più che i suoi diritti; ciò perché i diritti del cliente (che l'avvocato, in ragione del suo ruolo, tende a valorizzare) sono spesso strettamente intrecciati con altri interessi e valori (che spesso vengono lasciati in ombra), con la conseguenza che l'avvocato, nel rappresentarlo, tende a dare un peso ai primi che non sempre coincide con quello che gli assegna il cliente<sup>(65)</sup>.

Più adeguato allo scopo sembra essere l'approccio della rappresentanza legale nel quadro delle attività di *problem-solving* poiché, in questa prospettiva, gli interessi del cliente sono chiamati ad emergere e l'avvocato, che svolge un ruolo di *go-between* tra ordinamento e cittadino, ha il compito fornire diverse alternative tra quelle previste dalla legge, tra le quali, poi, il cliente può scegliere<sup>(66)</sup>.

7. *Conclusione.* — La felicità dell'avvocato sta dunque nella ricerca e nelle modalità con cui svolge la pratica forense, non tanto nel raggiungimento di un obiettivo utilitaristico esterno alla professione. Il riposizionamento del discorso intorno alle virtù professionali in un contesto non solo strettamente deontologico-disciplinare apre a spazi di ricerca e di discussione ancora tutti da scoprire: un'area in cui il ruolo da protagonista è svolto dalla relazione cliente-avvocato.

Volendo chiudere con un'ultima suggestione, parafrasando Gozzano, l'avvocato potrà essere felice soltanto quando smetterà

inquadramento teorico della deontologia incentrata sul cliente, si rinvia a D.A. BINDER, P.B. BERGMAN, P.R. TREMBLAY, I.S. WEINSTEIN, *Lawyers as Counselors: A Client-Centered Approach*, 4<sup>a</sup> ed., St. Paul (Minnesota), 2019; K.R. KRUSE, *Avvocatura e teoria del diritto: per una deontologia forense filosoficamente consapevole*, Napoli, 2015, p. 74 ss.; R.D. DINERSTEIN, *Client-Centered Counseling: Reappraisal and Refinement*, in «Arizona Law Review», 1990, vol. 32, pp. 501-604.

<sup>(65)</sup> K.R. KRUSE, *Beyond Cardboard Clients*, cit., p. 132; EAD., *The Jurisprudential Turn in Legal Ethics*, in «Arizona Law Review», 2011, vol. 53, p. 524 ss.

<sup>(66)</sup> K.R. KRUSE, *Fortress in the Sand*, cit., p. 376 ss.; in questo ordine di idee si è orientata la *National Conference of Bar Examiners* statunitense che ha sviluppato un nuovo esame di abilitazione, su cui v. K. TOKARZ, *How the U.S. NextGen Bar Exam Impacts Legal Education and Fosters Client-centered Lawyering*, in *Il rapporto avvocato-cliente per un sistema integrato di giustizia*, cit., 242 ss.

di pensare ai «casi suoi» e alle «piccole miserie della città», decidendo di vivere con la signorina Felicita, ovvero con la felicità, lontano dalla sua soffitta.

### Abstract

Il saggio esplora un nuovo paradigma dell'etica forense fondato sulle virtù professionali, proponendo un ripensamento del ruolo dell'avvocato oltre i confini tradizionali della deontologia. Muovendo dalla domanda areteica «che tipo di avvocato devo essere?», l'autore ricostruisce la funzione dell'avvocato come soggetto dotato di discrezionalità responsabile, chiamato a bilanciare doveri di fedeltà e doveri di integrità nel quadro di relazioni professionali sempre più complesse. L'analisi mette in luce l'ambiguità strutturale del ruolo forense – oscillante tra rappresentanza della parte, funzione tecnico-consultiva e contributo alla decisione giudiziale – e ne valorizza la dimensione di *gatekeeper* delle informazioni nel processo. Integrando etica professionale, diritto processuale e diritto sostanziale, il contributo mostra come il «*law of lawyering*» possa incidere sull'effettività e sull'efficienza della tutela giurisdizionale. In conclusione, la felicità dell'avvocato viene intesa come esito di una pratica professionale riuscita, radicata in virtù, prudenza e consapevolezza del proprio ruolo sociale, più che nel raggiungimento di risultati utilitaristici.

*The essay explores a new paradigm of forensic ethics grounded in professional virtues, proposing a rethinking of the lawyer's role beyond the traditional boundaries of deontology. Starting from the aretaic question, «what kind of lawyer ought I to be?», the author reconstructs the lawyer's function as that of a subject endowed with responsible discretion, called upon to balance duties of loyalty with duties of integrity within an increasingly complex framework of professional relationships. The analysis highlights the structural ambiguity of the lawyer's role – oscillating among party representation, technical-consultative functions, and contributions to judicial decision-making – and underscores his function as a gatekeeper of information in the process. By integrating professional ethics, procedural law, and substantive law, the article shows how the law of lawyering can affect both the effectiveness and the efficiency of judicial protection. Ultimately, the lawyer's happiness is understood as the outcome of a successful professional practice rooted in virtue, prudence, and awareness of one's social role, rather than in the mere attainment of utilitarian results.*



## ESPERIENZA GIURIDICA

---

GUIDOMARIA DE CESARE

*Magistrato ordinario in tirocinio presso il Tribunale di Ancona*

### IL BUON GIUDICE E L'ATTO PROLISSO SUL POTERE DISCREZIONALE DI IRROGARE SANZIONI PROCESSUALI (\*)

SOMMARIO: 1. Introduzione al problema dell'impatto del principio di sinteticità degli atti processuali: rischi di inammissibilità dell'atto «extra limina» e discrezionalità giudiziaria. – 2. I fatti di causa e il «ragionevole dubbio» dietro l'ordinanza di rimessione. – 3. Le fallace logiche dell'orientamento maggioritario e la rimessione all'Adunanza plenaria. – 4. La decisione dell'Adunanza plenaria. – 5. La decisione della Sezione rimettente. – 6. «Tempus regit actum» e «tempus regit processum»: oscillazioni nella giurisprudenza di legittimità. – 7. Il problema dell'allocazione del costo della violazione dei limiti dimensionali sul cliente. – 8. Criteri giuridici e metagiuridici per l'esercizio del potere sanzionatorio del giudice.

1. *Introduzione al problema dell'impatto del principio di sinteticità degli atti processuali: rischi di inammissibilità dell'atto «extra limina» e discrezionalità giudiziaria.* — Di recente la giurisprudenza amministrativa è stata chiamata a valutare l'impatto dell'introduzione nel nostro ordinamento del principio di sinteticità degli atti processuali<sup>(1)</sup>. Quantunque funzionale ad assi-

(\*) Commento all'ordinanza del Consiglio di Stato, sezione III, 17 gennaio 2025, n. 352; alla sentenza del Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 13 marzo 2025, n. 3; e alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 5 giugno 2025, n. 4902.

(1) La letteratura maturata negli ultimi anni sul principio di chiarezza e sin-

teticità degli atti processuali, complice anche la novella dell'art. 121 cod. proc. civ., è alluvionale. Limitatamente al processo civile si segnalano: G. FINOCCHIARO, *Il principio di sinteticità nel processo civile*, in «Rivista diritto processuale», 2013, p. 853 ss., spec. p. 866, il quale esclude che la violazione dei limiti dimensionali possa incidere sull'ammissibilità dell'atto, ma non sul riparto delle spese, in applicazione dell'art. 92 cod. proc. civ.; nello stesso senso, v. F. CORDOPATRI, *La violazione del dovere di sinteticità degli atti e l'abuso del processo*, in <[www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)>, 19 marzo 2014; nonché G. CANALE, *La violazione del dovere di sinteticità e chiarezza: abuso del processo?* in «Rivista trimestrale diritto e procedura civile», 2018, p. 1025 ss., spec. p. 1036; v. anche la ricostruzione storica di A. TEDOLDI, *Chiarezza e sinteticità tra mito e realtà*, in «Rivista diritto processuale», 2018, p. 669 ss.; e quella di F. DE GIORGIS, *Principio di sinteticità espositiva e inammissibilità del ricorso per cassazione*, in «Rivista diritto processuale», 2020, p. 244 ss.; B. CAPPONI, *Sulla «ragionevole brevità» degli atti processuali civili*, in «Rivista trimestrale diritto e procedura civile», 2014, p. 1075 ss.; M. TARUFFO, *Note sintetiche sulla sinteticità*, in «Rivista trimestrale diritto e procedura civile», 2017, p. 453 ss., il quale mette in guardia dall'indebita sovrapposizione fra sinteticità e analicità, dal momento che la sinteticità può non essere affatto sufficiente per sostenere una buona argomentazione; P. BIAVATI, *Il linguaggio degli atti giudiziari*, in «Rivista trimestrale diritto e procedura civile», 2017, p. 467 ss.; nonché il lavoro monografico di P. PELLEGRINELLI, *Sinteticità e chiarezza degli atti processuali*, Roma, 2018, p. 137 ss.; nel senso che prima della riforma del 2022 di tale principio non vi fosse traccia nel diritto positivo, A. PANZAROLA, *Sul (presunto) principio di sinteticità degli atti*, in «Il giusto processo civile», 2018, p. 69 ss.; è noto che il discorso sulle conseguenze della violazione del principio di chiarezza e sinteticità degli atti processuali ha ricevuto nuova linfa dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 149 del 2022, il quale, oltre che imporre il rispetto del suddetto principio nella redazione degli atti introduttivi (cfr. artt. 163, n. 4, 167, 281-undecies, 342, 366, nn. 3 e 4, 434, 473-bis.12, lett. e, 473-bis.13, lett. d, cod. proc. civ.), lo ha generalizzato, incidendo sulla formulazione dell'art. 121 cod. proc. civ.: sul tema, cfr. F. DE GIORGIS, *Le disposizioni generali in materia di chiarezza e sinteticità degli atti processuali nella riforma Cartabia*, in <[www.judicium.it](http://www.judicium.it)>, 16 giugno 2023; L.R. LUONGO, *Il «principio» di sinteticità e chiarezza degli atti di parte e il diritto di accesso al giudice (anche alla luce dell'art. 1, co. 17 lett. d ed e, d.d.l. 1662)*, in <[www.judicium.it](http://www.judicium.it)>, 2021; G. RAITI, *Il principio di sinteticità e di chiarezza del ricorso per cassazione secondo la legge delega sulla riforma del processo civile*, in «Rivista diritto processuale», 2022, p. 1027 ss.; D. BUONCRISTIANI, *Processo di primo grado: la leale collaborazione tra parte, giudice e terzi*, in *Il processo civile dopo la riforma: d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149* a cura di C. Cecchella, Bologna, 2023, p. 35 ss.; M. GRADI, *Doveri delle parti e dei terzi*, in *La riforma Cartabia del processo civile: commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, a cura di R. Tiscini,

Pisa, 2023, p. 52 ss.; F.P. LUISO, *Il nuovo processo civile: commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano, 2023, p. 25 ss.; C. GAMBA, *L'art. 342 c.p.c. e la sintesi*, in «Rivista trimestrale diritto e procedura civile», 2024, p. 525 ss.; I. PAGNI, *Chiarezza e sinteticità degli atti e dei provvedimenti nel decreto ministeriale scritto in attuazione dell'art. 46 disp. att. c.p.c.*, in <www.judicium.it>, 2023; v. anche, più di recente, la penetrante analisi di F. NOCETO, *Chiarezza e sinteticità degli atti di parte nella recente riforma del processo civile: minimi tentativi di inquadramento sistematico*, in «Rivista trimestrale diritto e procedura civile», 2024, p. 617 ss.

Per il processo amministrativo, v., per esempio, A. CASSATELLA, *L'inammissibilità dell'appello manifestamente proliso*, in «Giornale di diritto amministrativo», 2017, p. 237 ss.; F. FRANCARIO, *Principio di sinteticità e processo amministrativo: il superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte*, in «Diritto processuale amministrativo», 2018, p. 129 ss.; Id., *Redazione dell'atto e nullità processuale: abnormi applicazioni del principio di sinteticità*, in *Liber amicorum per Guido Greco*, a cura di F.G. Scoca, M.P. Chiti e D.U. Galetta, Torino, 2024, p. 331 ss.; C.E. GALLO, *Per farsi intendere: chiarezza e sinteticità degli atti di parte nel processo amministrativo*, in «Diritto processuale amministrativo», 2021, p. 569 ss.; A. GIUSTI, *Principio di sinteticità e abuso del processo amministrativo*, in «Giurisprudenza italiana», 2014, p. 151 ss.; M. NUNZIATA, *La sinteticità degli atti processuali di parte nel processo amministrativo: fra valore retorico e regola processuale*, in «Diritto processuale amministrativo», 2015, p. 1352 ss.; M. SANINO, *La sinteticità degli atti nel processo amministrativo: è davvero una novità?*, in «Il foro italiano», 2015, V, c. 382 ss.; F. SAITTA, *La violazione del principio di sinteticità degli atti processuali*, in «Il processo», 2019, p. 539 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 13<sup>a</sup> ed., Torino, 2019, p. 244.

In ottica comparata può osservarsi che nell'ordinamento statunitense le Rules 8 e 10 delle *Federal Rules of Civil Procedure* impongono che i *pleadings* siano brevi, chiari, con specifica allegazione dei fatti fondanti la pretesa azionata e delle argomentazioni difensive così da consentire al giudice di valutarne la plausibilità. Le *Rules of the Supreme Court of the United States* disciplinano, poi, in maniera molto dettagliata i criteri redazionali degli atti processuali. In particolare, la *Rule 33* regola addirittura il tipo di carta, il formato del foglio, i colori ammessi, i caratteri tipografici impiegabili nonché il limite di parole e di pagine utilizzabile per ogni tipologia di atto processuale: sul tema si rinvia all'ampia esposizione di S. DALLA BONTÀ, *La giurisprudenza federale statunitense sulla specificità dell'atto introduttivo (complaint)*, in «Rivista di diritto processuale», 2014, p. 141 ss.; tuttavia, nei settori del contenzioso contrassegnati da maggiore complessità, il sistema del *notice pleading* è stato ridisegnato dalla Corte Suprema, a partire dal caso *Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007), nel senso di una intensificazione rispetto al passato dell'onere dell'allegazione delle parti in materia *antitrust*, dal momento che «while a complaint (...) does

curare esigenze di deflazione del contenzioso<sup>(2)</sup> e a porre una barriera all'ingresso nel mercato della professione forense<sup>(3)</sup>, l'idea per cui l'atto prolioso possa incorrere nella sanzione dell'inammissibilità, con il rischio della perdita del diritto azionato,

*not need detailed factual allegations (...) a plaintiff's obligation to provide the "grounds" of his "entitle[ment] to relief" requires more than labels and conclusions» e dunque «[f]actual allegations must be enough to raise a right to relief above the speculative level», ma sempre in termini assai lontani da quanto si suole esigere nei sistemi di derivazione romanistica. Sul tema cfr., per esempio, C. CAMPBELL, *A «Plausible» Showing After Bell Atlantic Corp. v. Twombly*, in «Nevada Law Review», 2009, vol. 9, p. 3 ss.; W.J. HUBBARD, *Testing for Change in Procedural Standards, with Application to Bell Atlantic v. Twombly*, in «The Journal of Legal Studies», 2013, vol. 42, p. 35 ss.; L. KAPLOW, *Multistage Adjudication*, in «Harvard Law Review», 2013, vol. 126, p. 1179 ss., spec. p. 1259 ss.*

<sup>(2)</sup> Così F. NOCETO, *Chiarezza e sinteticità degli atti di parte nella recente riforma del processo civile*, cit., p. 625 ss.

<sup>(3)</sup> Sul tema, v. G. FINOCCHIARO, *Il principio di sinteticità nel processo civile*, cit., p. 867; L. QUERZOLA, *Contributo allo studio degli atti processuali tra forma e linguaggio giuridico*, Torino, 2018, p. 212. Per una ricostruzione storica delle tecniche e delle abilità richieste per il corretto esercizio della professione forense, cfr. l'approfondito saggio di G.C. HAZARD, A. DONDI, *A Short Historical Sketch of the Legal Professions*, in «Zeitschrift für Zivilprozess International», 2001, p. 205 ss., ripubblicato in A. DONDI, *Comparazione e riforme della giustizia civile: una raccolta di scritti*, a cura di V. Ansanelli e P. Comoglio, Genova, 2024, p. 95 ss.

Si noti che l'art. 12 del codice deontologico forense impone al difensore di assicurare «la qualità della prestazione». Assegnare rilevanza alla violazione del principio di chiarezza e sinteticità degli atti processuali, foss'anche solo sotto il profilo del riparto delle spese di lite, implica la marginalizzazione del difensore «estremamente prolioso», il quale incorre sistematicamente, anche fuori dai casi di soccombenza, nell'esclusione delle spese superflue, ai sensi dell'art. 92 cod. proc. civ., o nella sanzione prevista dall'art. 96, comma 3, cod. proc. civ., potendosi tuttavia osservare che in Italia la disciplina dell'abuso del processo produce un effetto deterrente delle deduzioni superflue o di mala fede comunque modesto, siccome, per un verso, la sanzione prevista dalla legge non è proporzionata al vantaggio conseguibile attraverso tali deduzioni, per un altro, colpisce un soggetto diverso (la parte) da quello che tipicamente sceglie di porre in essere tale condotta (il difensore). Per lo svolgimento di queste riflessioni, si rinvia a A. GIUSSANI, A. DONDI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva di iure condendo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2007, p. 193 ss.

non è tollerabile da parte di chi abbia a cuore la giustizia e creda che un processo per essere giusto debba tendere, per quanto possibile, alla pronuncia di una sentenza sul merito della pretesa azionata<sup>(4)</sup>. L'ordinanza di rimessione della terza sezione del Consiglio di Stato, il principio enunciato dall'Adunanza plenaria e la decisione infine adottata dalla sezione rimettente, qui commentate<sup>(5)</sup>, esprimono tale tensione verso la giustizia e, dunque, meritano piena condivisione<sup>(6)</sup>.

La ricostruzione delle implicazioni della violazione del dovere di sinteticità, in assenza di una chiara presa di posizione da parte del legislatore, è compito tutt'altro che agevole. Sembra, dunque, condivisibile l'idea per cui, negli *hard cases* non risolubili in forza di un approccio prettamente normativo, «*judge works*

<sup>(4)</sup> L'idea che il rispetto delle regole processuali sia sufficiente ad assicurare la *fairness* delle decisioni collettive è stata teorizzata da J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, trad. it. a cura di S. Maffettone, Milano, 1997, p. 99 ss., secondo cui i risultati ottenuti sono giudicati giusti o ingiusti a seconda che sia stata seguita o meno la procedura prestabilita per l'assegnazione dell'utilità, mentre le procedure possono essere definite giuste e ingiuste solo alla luce dei risultati. Nella nostra dottrina tale concezione ha trovato larghi consensi: v. per esempio F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, p. 230; P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, vol. II, Torino, 1920, p. 383, ripubblicato in Id., *Opere giuridiche*, vol. VII, Napoli, 1976, p. 361 s.; per maggiori ragguagli bibliografici sul tema, si rinvia a M. GRADI, *Vizi in procedendo e ingiustizia della decisione*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, vol. III, Torino, 2008, p. 63 ss.; Id., *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018, p. 55 ss., spec. p. 57, nota 22.

<sup>(5)</sup> Cons. St., sez. III, 17 gennaio 2025, n. 352; Cons. St., ad. plen., 13 marzo 2025, n. 3, su cui v. la nota di A. CASSATELLA, *Requisiti dimensionali degli atti processuali e jus superveniens*, in <[www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)>, 3 settembre 2025; Cons. St., sez. III, 5 giugno 2025, n. 4902.

<sup>(6)</sup> Secondo G. COSTANTINO, *Intervento*, in *La riforma della giustizia civile fra regole della giurisdizione e organizzazione*, Atti del XXXIV convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile (Napoli, 22-23 settembre 2023), Bologna, 2025, p. 350, «questi principi di buon senso potrebbero essere ribaditi nel rinnovato contesto normativo e fugare la tentazione di liberarsi dei fascicoli delle impugnazioni e dell'impegno di deciderle. Qualora, però, un atto di appello o un ricorso per cassazione saranno dichiarati inammissibili soltanto perché sgraditi al giudicante, le reazioni potranno essere vivaci e scomposte».

*in the interstices of legislation (...) to bridge the gap between law and society»* <sup>(7)</sup>.

Questa prospettiva implica anche che, in assenza di un parametro normativo certo, la decisione adottata debba essere socialmente condivisibile alla luce dei valori costituzionali <sup>(8)</sup>. La progressiva affermazione della concezione che fa della giurisdizione un servizio offerto ai cittadini induce a riflettere sulla formulazione dell'art. 101 Cost., fino a suggerirne un'interpolazione a Costituzione invariata: «la giustizia è amministrata in nome del popolo e per il popolo italiano». Tale interpolazione incide anche sul criterio di «soggezione alla legge» del giudicante, il quale andrebbe modernamente inteso come garanzia di controllo dei criteri utilizzati dal giudice per giungere alla decisione, con l'implicazione che la decisione è tanto più socialmente condivisibile quanto più i criteri seguiti per giungervi siano passibili di universalizzazione e razionalmente condivisibili alla luce dei principi generali dell'ordinamento <sup>(9)</sup>.

Infatti, l'illusione illuminista dell'applicazione meccanica della legge non ha retto alla prova del budino: il fondamento del potere della magistratura si suole principalmente rinvenire nell'indipendenza e nella trasparenza del suo operato – che ne fa *«the least dangerous branch»* <sup>(10)</sup> – sicché i suoi margini di discrezionalità

<sup>(7)</sup> Secondo l'espressione di A. BARAK, *The Judge in a Democracy*, Princeton, 2006, p. 18; Id., *A Judge on Judging: The Role of Supreme Court in a Democracy*, in «Harvard Law Review», 2002, vol. 116, p. 19 ss., spec. p. 35.

<sup>(8)</sup> Per questa impostazione, v. ancora A. BARAK, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton, 2005, p. 381.

<sup>(9)</sup> Come prospettato da A. GIUSSANI, *Intorno alla «riflessione» del giudicato contro il terzo*, in «Rivista di diritto processuale», 2014, p. 1193 ss., spec. p. 1196, ripubblicato in Id., *Efficienza della giustizia e culture della riforma*, Milano, 2018, p. 330-331.

<sup>(10)</sup> L'espressione evoca A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis (Ind.), 1962, ma il concetto ha radici tra le più profonde nella storia della teoria politica liberale: v. già, per esempio, A. HAMILTON, *The Federalist No. 78: The Judiciary Department*, in «Independent Journal», 14 giugno 1788; cfr. anche L. FULLER, *The Forms and Limits of Adjudication*, in «Harvard Law Review», 1978, vol. 92, p. 353 ss.; G. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge (Mass.), 1981,

devono essere invece rivelati e sottoposti al discorso critico, soprattutto in sede di legittimità. In tale sede, infatti, è particolarmente importante che l'obbligo di motivazione, proprio perché si assolva in maniera da non fuorviare l'interprete e da permettergli altresì di verificare l'universalizzabilità dei criteri di esercizio dei poteri discrezionali, in modo da rendere la giustizia del caso concreto compatibile con il principio di legalità della decisione giudiziaria<sup>(11)</sup>.

Nell'incertezza della formulazione normativa, è del tutto incomprensibile, almeno dalla prospettiva del cittadino, che la pretesa azionata non venga scrutinata nel merito a causa della violazione dei limiti dimensionali dell'atto introduttivo del giudizio. Pertanto, non appena si considera che il nostro sistema generalizza e universalizza la garanzia di accesso alla giustizia<sup>(12)</sup>,

p. 16 ss.; M. SHAPIRO, *Who Guards the Guardians? Judicial Control of Administration*, Athens (Ge.), 1988, p. 71 ss.; di recente la dottrina nordamericana ha espresso una certa preoccupazione per il crescente attivismo giudiziario della Corte Suprema, la quale tende sovente a divincolarsi dai limiti imposti dal principio della separazione dei poteri, incidendo pericolosamente sulle conquiste in materia di diritti umani e uguaglianza sociale, come sottolineato da M.A. LEMLEY, *The Imperial Supreme Court*, in «Harvard Law Review», 2022, vol. 136, p. 97 ss.

<sup>(11)</sup> Sul tema, v. le considerazioni di M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2001, p. 11 ss.

<sup>(12)</sup> Sul tema, si veda la fondamentale analisi di L.P. COMOGLIO, in *Rapporti civili*, vol. del *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1981, *sub art.* 24 Cost., p. 3 ss., il quale individua il contenuto minimo dell'art. 24 Cost. nello schema tipico del diritto di libertà che pone al legislatore e agli altri poteri dello Stato un limite di intervento, apparentemente assoluto, a salvaguardia dell'inviolabilità dell'*agere licere* individuale, mentre nell'ottica dello Stato che ha il dovere primario di amministrare la giustizia, esso contribuisce, insieme ad altre guarentigie, a delineare il «diritto alla giurisdizione», ovvero il «diritto al giudizio» dinanzi ad organi indipendenti e imparziali, pre-costituiti per legge. Nel senso che l'art. 24 Cost. avrebbe costituzionalizzato la teoria astratta dell'azione, da intendersi come garanzia di accesso alla giustizia e di provocare, con la proposizione della domanda, l'esercizio della funzione giurisdizionale, v. le classiche pagine di P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954, p. 147 ss.; contra, L.P. COMOGLIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970, p. 44 ss., spec. p. 68 ss., secondo

è facile concludere che l'inammissibilità del ricorso *extra limina* non corrisponde ad una scelta socialmente condivisibile, siccome incompatibile con la lettura preferibile degli artt. 24 e 111, comma 1, Cost. (13). Ne consegue che la discrezionalità del giudice nell'interpretare la disposizione processuale idonea ad incidere irreversibilmente sul diritto di accesso alla giustizia dovrebbe seguire tre corollari prudenziali: *a)* in assenza di una chiara indicazione legislativa, il giudice non può privare il cittadino del diritto di accesso alla giustizia, a più forte ragione quando le conseguenze della decisione siano irreversibili; *b)* ogni soluzione va sottoposta ad un tentativo di falsificazione dell'ipotesi, utilizzando la disposizione normativa come premessa maggiore del ragionamento (14);

cui il dovere statuale di non rifiutare l'esercizio della giurisdizione è una garanzia minima del cittadino: così la limitazione della portata dell'art. 24 Cost. alla garanzia di accesso alla giustizia risente delle concezioni dominanti negli anni in cui s'è sviluppato il dibattito sulla natura dell'azione, quando appariva tollerabile l'affievolimento di molti diritti in mere aspettative. Per converso, con l'affermazione dello Stato costituzionale, il problema cruciale dell'accesso alla giustizia dovrebbe consistere nell'effettività della tutela giudiziaria, non essendo sufficiente il riconoscimento, in astratto, dell'*agere licere*, con l'implicazione per cui nell'art. 24 Cost. dovrebbe ritenersi compresa anche la garanzia dell'azione in senso concreto, intesa come diritto ad un provvedimento favorevole, secondo l'impostazione di solito ricondotta alla formulazione proposta da G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in Id., *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, p. 3 ss.; sull'evoluzione storica del concetto di azione nella dottrina italiana del secolo XX, si rinvia alle pagine di G. TARELLO, *Dottrine del processo civile*, Bologna, 1989, p. 241 ss.; per un'efficace esposizione compendiosa delle principali teorie sull'azione e suoi rispettivi risvolti pratici nella dottrina italiana, v. A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008, p. 14 ss.

(13) Nel senso che si tratti di interpretazione del tutto incostituzionale, cfr. F. FRANCARIO, *Principio di sinteticità e processo amministrativo: il superamento dei limiti dimensionali dell'atto di parte*, in «Rivista di diritto processuale», 2018, p. 129 ss.

(14) Il riferimento qui è ovviamente alla nota impostazione di K. POPPER, *Conjectures and Refutations*, London, 1969, nella trad. it., a cura di G. Pancaldi, *Congettture e confutazioni*, Bologna, 1972, p. 388 ss., il quale adotta il principio di falsificabilità dell'ipotesi come criterio della ricerca scientifica: la validità di una teoria consiste nella sua possibilità di falsificazione e, in mancanza di prova del contrario, essa deve ritenersi attendibile. Trasponendo tale

c) qualora due soluzioni sembrino normativamente ammissibili andrebbe preferita quella che consente di scrutinare nel merito la pretesa azionata.

Sia l'Adunanza plenaria che la sezione rimettente hanno fatto buon governo di tali direttive, come seguitiamo ad illustrare.

*2. I fatti di causa e il «ragionevole dubbio» dietro l'ordinanza di rimessione.* — Il caso sottoposto all'attenzione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato originava dal diniego opposto all'istanza di accesso dal Fondo pensione Cassa integrativa medici ospedalità privata. Più precisamente, il suddetto Fondo negava l'accesso alla documentazione dal momento che «il contenuto degli atti richiesti in copia non corrisponde a nessuna delle informazioni specificatamente indicate dal d.lgs. 13 dicembre 2018 n. 147». Contro l'atto di diniego il ricorrente proponeva ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio, ai sensi dell'art. 116 cod. proc. amm. <sup>(15)</sup>, contestando l'illegittimità del diniego per carenza di motivazione e/o per eccesso di potere. Riconosciuta la natura di pubblica amministrazione del Fondo in ragione dell'attività di previdenza complementare svolta, il tribunale adito riteneva applicabile gli artt. 22 e 23 della legge n. 241 del 1990. Tuttavia, la domanda veniva rigettata dal momento

impostazione al giudizio normativo, una certa interpretazione del dato normativo può ritenersi corretta a condizione che sia falsificabile l'antitesi: tale procedimento, informato al rispetto delle tecniche ermeneutiche enucleabili dall'art. 12 preleggi, oltre che a quella costituzionalmente orientata, consente di scartare l'interpretazione della fonte primaria che entri in contrasto con principi sovraordinati, assumendo che la disposizione costituzionale sia il parametro alla luce del quale deve essere condotta la verifica di attendibilità delle diverse soluzioni ermeneutiche. In questa prospettiva, le più interpretazioni possibili della medesima disposizione normativa vanno vagliate alla luce del disposto del parametro costituzionale: quella che entra insanabilmente in frizione con quest'ultimo è da rifiutare.

<sup>(15)</sup> Nel senso che il rito semplificato di cui all'art. 116 cod. proc. amm. si applica a tutte le controversie in materia di accesso, sia esso documentale, ai sensi dell'art. 22 della legge n. 241 del 1990, civico o civico «generalizzato», ai sensi dell'art. 5 del decreto legislativo n. 33 del 2013, cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2023, p. 946.

che l'istanza non era intesa alla tutela di una posizione giuridica soggettiva previdenziale del ricorrente, bensì al controllo esplorativo sulla legittimità dell'azione amministrativa, escluso dall'art. 24, comma 3, della legge n. 241 del 1990. Interposto appello, il Fondo, ritualmente costituitosi nel giudizio dinanzi al Consiglio di Stato, eccepiva in via preliminare l'inammissibilità dell'appello siccome i motivi di impugnazione erano contenuti nella parte del ricorso eccedentaria rispetto al limite dimensionale di cui all'art. 3, comma 1, lett. a, del decreto Presidente del Consiglio di Stato n. 167 del 22 dicembre 2016 (che ammette fino a 15 pagine per gli appelli in materia di accesso agli atti) <sup>(16)</sup>; talché, i motivi di impugnazione non avrebbero dovuto essere esaminati ai sensi dell'articolo 13-*ter*, comma 5, disp. att. cod. proc. amm. <sup>(17)</sup>. A fronte di tale eccezione, l'appellante sosteneva che l'appello, pur

<sup>(16)</sup> Che si riporta qui per comodità: «Salvo quanto previsto agli articoli 4 e 5, le dimensioni dell'atto introduttivo del giudizio (...) nel numero massimo di caratteri, in conformità alle specifiche tecniche di cui all'art. 8, indicati di seguito per ciascun rito: a) Nei riti dell'accesso, del silenzio, del decreto ingiuntivo (sia ricorso che opposizione), elettorale di cui all'art. 129 del codice del processo amministrativo, dell'ottemperanza per decisioni rese nell'ambito dei suddetti riti, dell'ottemperanza a decisioni del giudice ordinario, e in ogni altro rito speciale non esplicitamente menzionato nel presente comma, 30.000 caratteri (corrispondenti a circa 15 pagine nel formato di cui all'art. 8)».

<sup>(17)</sup> Il quale, prima dell'intervento legislativo veicolato dall'art. 1, comma 813, della legge n. 207 del 2024, recitava: «Il giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti. L'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine successive al limite massimo non è motivo di impugnazione». Ad oggi, invece, l'art. 13-*ter*, comma 5, disp. att. cod. proc. amm. suona come segue: «Indipendentemente dall'esito del giudizio, la parte che in qualsiasi atto del processo superi, senza avere ottenuto una preventiva autorizzazione, i limiti dimensionali stabiliti ai sensi del presente articolo può essere tenuta al pagamento di una somma complessiva per l'intero grado del giudizio fino al doppio del contributo unificato previsto in relazione all'oggetto del giudizio medesimo e, ove occorra, in aggiunta al contributo già versato». Inoltre, la legge n. 207 del 2024, inoltre, ha aggiunto al menzionato art. 13-*ter* i commi 5-*bis* e 5-*ter*, i quali, rispettivamente, dispongono: «Il giudice, con la decisione che definisce il giudizio, determina l'importo di cui al comma 5 tenendo conto dell'entità del superamento dei limiti dimensionali stabiliti ai sensi del presente articolo nonché della complessità ovvero della dimensione degli atti impugnati o della sentenza impugnata. Si applica l'articolo 15».

componendosi di 18 pagine complessive, rispettava il limite delle 15 pagine, dal momento che non si sarebbero dovute considerare l'epigrafe, le conclusioni e le altre annotazioni obbligatorie. In subordine, chiedeva il rilascio *ex post* dell'autorizzazione al superamento dei limiti dimensionali ai sensi dell'art. 7 del d.P.C.S. n. 167 del 2016 e, in via ulteriormente gradata, l'espunzione dall'atto di alcune pagine al fine di rendere ammissibile la parte dell'atto relativa ai motivi di impugnazione.

Il Consiglio di Stato, rigettate l'istanza di autorizzazione, osservava che il principio di sinteticità degli atti processuali, sancito dall'art. 3, comma 2, cod. proc. amm. si iscrive nel «più complesso mosaico del giusto processo», tenuto conto della circostanza che l'impiego razionale della risorsa giustizia impone agli utenti del servizio di contenere entro stringenti limiti i propri atti, per non aggravarne il costo sociale e per non impedire che tutti i consociati possano parimenti fruirne<sup>(18)</sup>. Altro è chiedersi quale sia la

(18) Secondo l'impostazione giuseconomica è possibile concepire il processo civile come «un canale di comunicazione tra le parti e lo Stato-giudice per ridurre l'asimmetria informativa e, in ultima istanza, per aggiudicare il diritto» (cfr. I.T. GICO JR., *Analisi economica del processo civile*, Indaiatuba, 2021, p. 35). In tale prospettiva, è naturale concludere che la corretta applicazione della legge sostanziale aumenti il benessere sociale, mentre ogni decisione che si discosta dal diritto impone un costo non recuperabile alla società. Questi costi, derivanti dall'errore nell'applicazione della legge e infine dalla perdita del diritto altresì spettante, sono i c.d. costi aggiudicatori. La minimizzazione dei suddetti costi passa attraverso l'investimento nel processo e, in particolare, nelle attività istruttorie e assertive, le quali consentono di ridurre l'asimmetria informativa tra giudice e parti affinché il primo possa risolvere correttamente la controversia secondo diritto. Tuttavia, com'è intuitivo, per garantire che il giudice acquisisca tali informazioni è necessario sostenere dei costi: trattasi dei c.d. costi di amministrazione. Di talché, le due *species* di costi messe in evidenza sono in reciproca interazione: maggiori sono gli investimenti nel processo, minore è il rischio di un errore aggiudicatorio, il che dunque minimizza i costi aggiudicatori. Senonché, più si investe nel processo, più il sistema sarà complesso e dispendioso in termini di tempo e di risorse, con conseguente aumento dei costi di amministrazione e pericolo di congestione. In tale prospettiva, lo scopo ultimo del diritto processuale civile è quello di minimizzare il c.d. costo sociale del processo derivante dalla somma dei costi di errore e dei costi di amministrazione.

conseguenza della violazione del principio di sinteticità, siccome nessuna norma la sanziona espressamente con l'inammissibilità *in parte qua* della domanda. L'art. 26 cod. proc. amm. sembra limitare la rilevanza di tale violazione al riparto delle spese, rinviando alle pertinenti norme del codice di procedure civile, mentre l'art. 13-*ter*, comma 5, disp. att. cod. proc. amm., almeno nella formulazione antecedente all'entrata in vigore dell'1, comma 813, della legge n. 207 del 2024, vigente al momento della rimessione della causa in decisione, escludeva che l'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine eccedentarie potesse essere dedotto come motivo di impugnazione.

Secondo parte della giurisprudenza, l'art. 13-*ter*, comma 5, disp. att. cod. proc. amm. avrebbe introdotto nel sistema un dovere del giudice di astenersi dall'esaminare le parti eccedentarie degli atti processuali, scriminandolo rispetto al diniego di giustizia e dunque al reato di cui all'art. 328 cod. pen. (¹⁹). A fronte di tale

(¹⁹) Cfr. Cons. St., sez. V, 26 giugno 2024, n. 5628, ove si legge che ai sensi del decreto del Presidente del Consiglio di Stato n. 167/2016, emanato sulla base dell'art. 13-*ter* disp. att. cod. proc. amm., risultano inammissibili le do-glianze articolate oltre i limiti massimi consentiti per la stesura dell'atto di appello: l'art. 13-*ter* disp. att. cod. proc. amm. dispone infatti che il giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei limiti massimi, mentre l'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine successive non è motivo di impugnazione; di conseguenza, tale previsione non lascia al giudice la facoltà di esaminare o meno le questioni trattate nelle pagine successive al limite massimo, ma, in ossequio ai principi di terzietà e imparzialità, obbliga il giudice a non esaminare le questioni che si trovano oltre il limite massimo di pagine, con l'effetto di non poter pronunciare su domande di misure cautelari monocratiche collocate dopo il numero massimo consentito di pagine; in analoga prospettiva, Cons. St., sez. IV, 13 ottobre 2023, n. 8928; Cons. St., sez. V, 22 settembre 2023, n. 8487; Cons. giust. amm. reg. sic., 22 maggio 2023, n. 350; Cons. giust. amm. reg. sic., 4 aprile 2023, n. 104, con nota di A. CRISMANI, *L'eccesso di lunghezza degli atti processuali e l'accetta del Giudice (nota a CGARS, Sez. giur., 4 aprile 2023, n. 104)*, in <[www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)>, 6 luglio 2023; v. anche Cons. St., sez. I, 22 gennaio 2024, n. 50, in «Urbanistica e appalti», 2024, p. 357 ss., con nota critica di A. DAPAS, L. VIOLA, *Il principio di sinteticità conquista anche il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica?*, in cui il Supremo Consesso della giustizia amministrativa ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica non

orientamento, parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato (e, in particolare della III sezione) riconosce invece un margine di discrezionalità al giudice<sup>(20)</sup>, il quale potrebbe decidere se esaminare o meno le parti eccedenti i limiti dimensionali, in ragione, per esempio, della rilevanza della questione trattata e degli interessi in campo, salva la possibilità di applicare il principio della ragione più liquida quando il ricorso è infondato nel merito<sup>(21)</sup>; oppure potrebbe tenere conto della violazione del principio di chiarezza e sinteticità ai fini della liquidazione delle spese processuali<sup>(22)</sup>; op-

rispettoso dei limiti dimensionali, benché tale soluzione sia scarsamente rispettosa dell'autonomia del ricorso straordinario, inteso quale ricorso amministrativo di natura giustiziale, e dell'alternatività dello stesso rispetto alla tutela giurisdizionale *stricto sensu*.

<sup>(20)</sup> Cfr. Cons. St, sez. III, 11 ottobre 2024, n. 8171, secondo cui in caso di violazione dell'art. 3, comma 1, lett. b, d.P.C.S. n. 167/2016, il collegio può ritenere – stante la delicatezza delle questioni dedotte e dell'oggetto del giudizio – di non far conseguire a tale violazione la sanzione dell'inutilizzabilità delle parti da escludere.

<sup>(21)</sup> Cfr. Cons. St., sez. II, 17 febbraio 2021, n. 1450. A proposito del rapporto tra l'ordine di trattazione delle questioni divisato dall'art. 276, comma 2, cod. proc. civ., e della priorità della risoluzione di quelle di rito rispetto a quelle di merito, v. già G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, rist. con prefazione di V. Andrioli, Napoli, 1965, p. 858 ss.; M. FORNACIARI, *Presupposti processuali e giudizio di merito: l'ordine di esame delle questioni nel processo*, Torino, 1996, *passim*; P. BIAVATI, *Appunti sulla struttura della decisione e l'ordine delle questioni*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2009, p. 1301 ss.; D. TURRONI, *La sentenza civile sul processo: profili sistematici*, Torino, 2006, p. 111 ss.; R. VACCARELLA, *Economia di giudizio e ordine delle questioni*, in «Il giusto processo civile», 2009, 643 ss.; nonché, più di recente, l'ampio studio di A. MOTTO, *L'ordine di decisione delle questioni pregiudiziali di rito*, in «Rivista di diritto processuale», 2017, p. 617 ss., spec. p. 627 ss.

<sup>(22)</sup> Invero, sul piano della coerenza ordinamentale, merita di essere osservata la diversa opzione seguita per il processo civile dall'articolo 46 disp. att. cod. proc. civ.: «Il mancato rispetto delle specifiche tecniche sulla forma e sullo schema informatico e dei criteri e limiti di redazione dell'atto non comporta invalidità, ma può essere valutato dal giudice ai fini della decisione sulle spese del processo». Tale disposizione è coerente con il criterio di delega contenuto nell'articolo 1, comma 17, lett. e, della legge n. 206 del 2021, che disponeva di «prevedere il divieto di sanzioni sulla validità degli atti per il mancato rispetto delle specifiche tecniche sulla forma, sui limiti e sullo schema informatico

pure ancora potrebbe invitare il ricorrente a riformulare le difese o a sintetizzarle con un’ulteriore memoria (23).

dell’atto, quando questo ha comunque raggiunto lo scopo, e che della violazione delle specifiche tecniche, o dei criteri e limiti redazionali, si possa tener conto nella disciplina delle spese». Sull’integrale riscrittura della norma, si rinvia ancora a F. NOCETO, *Chiarezza e sinteticità degli atti di parte nella recente riforma del processo civile*, cit., p. 629 ss., spec. p. 631, il quale acutamente osserva che dal combinato disposto dell’art. 46 disp. att. cod. proc. civ., con gli artt. 121 e 156, comma 2, cod. proc. civ. dovrebbe inferirsi una regola di carattere generale per cui il difetto di chiarezza e/o di sinteticità dell’atto di parte assume solo eccezionalmente e in presenza di specifica disposizione di legge carattere invalidante, residuando un certo margine di discrezionalità nell’ipotesi, peraltro teorica, in cui la violazione del canone di chiarezza e sinteticità pregiudichi il compimento dell’atto conseguente. Talché, il difetto redazionale dell’atto di parte rileverebbe al più sotto il diverso profilo della decisione sulle spese del processo, benché non sembri affatto auspicabile che il giudice sanzioni eventuali difetti di conformazione dell’atto intermedio direttamente in sede di liquidazione delle spese di giudizio *ex art.* 46, comma 5, cod. proc. civ., dal momento che tale costo ricadrebbe sulla parte e non sull’autore della violazione (il difensore). Appare invece preferibile che il giudice, prima di comminare la sanzione prevista dall’art. 46, comma 5, disp. att. cod. proc. civ., inviti le parti a emendare tali difetti, avvalendosi dei poteri di cui all’art. 175 cod. proc. civ. (il tema sarà approfondito *infra*, § 7).

(23) Cfr. Cons. giust. amm. reg. sic., 15 settembre 2014, n. 536, in «Giornale di diritto amministrativo», 2014, p. 1206 s., con osservazioni di L. CARBONE, M. D’ADAMO, secondo cui in presenza di un atto d’appello di centoventisette pagine (con circa ventotto/trenta righi per pagina), palesemente sproporzionato rispetto al livello di complessità della causa e con evidente abuso della funzione «copia e incolla», alla luce del principio di chiarezza e sinteticità degli atti sanctionato dagli artt. 3 e 26 cod. proc. amm., l’appellante dovrà depositare, almeno quaranta giorni prima dell’udienza fissata per la decisione del merito della causa, una memoria riepilogativa orientativamente di non oltre venti pagine per un massimo di venticinque righi per pagina, su formato A4, facilmente leggibile e redatta solo su una faccia della pagina (*recto* e non *recto verso*), con testo scritto in caratteri di tipo corrente con interlinee e margini adeguati. V. anche Cons. giust. amm. reg. sic., 20 novembre 2015, n. 657; Cons. giust. amm. reg. sic., 30 novembre 2016, n. 444; Cons. St., sez. VI, 13 aprile 2021, n. 3006, ove si legge che «nel caso di specie, al fine di non “sorprendere” le parti in una fase caratterizzata dall’assenza di una applicazione sistematica da parte della giurisprudenza delle suddette conseguenze delle condotte difformi (...), appare al Collegio più opportuno, nel rispetto del principio di leale collaborazione (art. 2, comma 2, del cod. proc. amm.), invitare le parti a riformulare le difese nei predetti

A ben vedere, come intuito dalla sezione rimettente, il tenore letterale dell'art. 13-*ter*, comma 5, disp. att. cod. proc. amm. non prevede un'ipotesi di inammissibilità dipendente dalla prolissità dell'atto introduttivo del giudizio, ma si limita ad escludere che il mancato esame delle parti *extra limina* possa essere dedotto come motivo d'appello. Il disposto dell'art. 13-*ter*, comma 5, disp. att. cod. proc. amm., nella formulazione antecedente all'entrata in vigore della l. 30 dicembre 2024, n. 205, si presta ad essere analizzato secondo i canoni della logica proposizionale (24).

*3. Le fallacie logiche dell'orientamento maggioritario e la rimessione all'Adunanza plenaria.* — L'interpretazione per cui dall'art. 13-*ter*, comma 5, disp. att. cod. proc. amm. potrebbe trarsi l'inammissibilità del ricorso quando i motivi dello stesso siano topograficamente collocati *extra limina* integra un falso sillogismo. Infatti, la norma contenuta nell'art. 13-*ter*, comma 5, disp. att. cod. proc. amm. può essere espressa in termini logici come segue:  $A(R) =$  ammissibilità del ricorso;  $Q =$  questione giuridica trattata;  $L =$  limite massimo di pagine;  $G(Q) =$  obbligo per il giudice di trattare  $Q$ ;  $F(G(Q)) =$  facoltatività per il giudice di trattare  $Q$ ;  $C(Q) =$  censurabilità dell'omesso esame di  $Q$ .

Ne consegue che: *a)* se una questione è contenuta entro il limite massimo di pagine, allora il giudice ha l'obbligo di esaminarla ( $Q \subseteq L \rightarrow G(Q)$ ); *b)* se una questione è contenuta oltre il limite massimo di pagine, allora il giudice non ha l'obbligo di esaminarla e la sua omissione non è censurabile in appello ( $Q \not\subseteq L \rightarrow \neg G(Q) \wedge \neg C(Q)$ ).

La giurisprudenza maggioritaria ha invece dedotto che: *a,*) se i motivi sono contenuti nelle pagine eccedenti il limite dimensio-

limiti dimensionali, con il divieto di introdurre fatti, motivi ed eccezioni nuovi rispetto a quelli già dedotti». La pragmatica soluzione del Consiglio di Stato è stata salutata con favore da E.M. BARBIERI, *Il superamento dei limiti dimensionali stabiliti per i ricorsi giurisdizionali amministrativi*, in «Diritto processuale amministrativo», 2022, p. 223 ss.

(24) Per un'introduzione alla sintassi della logica proposizione, v. D. PALADINO, *Corso di logica: introduzione elementare al calcolo dei predicati*, Roma, 2023.

nale ( $Q \not\subset L$ ), allora non verranno esaminati ( $\neg G(Q)$ );  $b_1$  se un motivo non è esaminabile, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile ( $\neg G(Q) \rightarrow \neg A(R)$ ), traendone l'implicazione per cui se i motivi principali sono oltre il limite, il ricorso è sempre inammissibile ( $Q \not\subset L \rightarrow \neg A(R)$ ). Questa conclusione è logicamente errata, poiché la premessa  $b_1$  non è verificata: la circostanza che il giudice possa non scrutinare i motivi eccedentari non implica automaticamente l'inammissibilità del ricorso, trattandosi di concetti non sovrappponibili: il divieto di *non liquet* e la sua eccezionale incensurabilità sono regole organizzative dell'attività decisoria<sup>(25)</sup>, mentre l'ammissibilità riguarda l'atto introduttivo del giudizio ovvero un'attività imputabile alla parte. Il ragionamento condotto dalla giurisprudenza maggioritaria incorre allora in due fallacie: la prima è la c.d. fallacia del *non sequitur*<sup>(26)</sup>, poiché la conclusione non segue logicamente la premessa. In altri termini, si confonde ciò che non è vietato (( $\neg G(Q)$ )) con ciò che è obbligatorio ( $\neg A(R)$ ): data la premessa per cui il giudice può omettere l'esame dei motivi oltre il limite, benché ciò non sia censurabile attraverso l'impugnazione ( $\neg G(Q) \wedge Q \not\subset L \rightarrow \neg C(Q)$ ), se ne deduce che quando il motivo di ricorso è collocato oltre il limite dimensionale ( $Q \not\subset L$ ), la sentenza che ne ometta l'esame non è per ciò solo impugnabile, ma non anche che il giudice è tenuto a

<sup>(25)</sup> Tant'è che nell'ordinanza di rimessione all'Adunanza plenaria si legge inequivocabilmente che «del resto, l'omessa pronuncia sulla parte eccedente, costituendo eccezione alla regola generale secondo cui il giudice è obbligato a pronunciarsi sull'intera domanda, dovrebbe essere statuita esplicitamente mentre nella disposizione in esame non lo è»: così Cons. Stato, sez. III, 17 gennaio 2025, n. 352, cit., § 9.5.

<sup>(26)</sup> Intendendosi per essa una forma di fallacia di pertinenza (o di rilevanza) dal momento che le premesse di dell'argomentazione non hanno un nesso logico con la conclusione che intendono sostenere. Un classico esempio di rinviene nel *Gorgia* di PLATONE (507a): «Λέγω δὴ ὅτι, εἰ ή σώφρον ἀγαθή ἔστιν, ή τούναντίον τῇ σώφρονι πεπονθυῖα κακή ἔστιν» (Ritengo che se è vero che un'anima assennata è buona, è altrettanto vero che un'anima che si trovi nella condizione opposta debba essere cattiva). La condizione opposta dell'anima assennata non implica che sia necessariamente cattiva, poiché se supponiamo che A è «l'anima è assennata», B «l'anima è buona», C «l'anima è cattiva», allora: (A B)  $\neg A$  C, benché tra C e  $\neg A$  non vi sia alcuna correlazione necessaria.

non scrutinarlo. In termini di logica proposizionale, quanto detto si può esprimere come ovvero l'esame da parte del giudice dei motivi collocati oltre il limite è facoltativo e se non compiuto non è censurabile attraverso l'impugnazione.

La seconda è invece una fallacia di composizione, dal momento che la giurisprudenza maggioritaria finisce per attribuire ad un intero (il ricorso) una qualità (inammissibilità) basata su una proprietà di una sua parte, ossia la non esaminabilità dei motivi collocati oltre il limite dimensionale<sup>(27)</sup>. Tuttavia, la circostanza che il giudice non sia tenuto ad esaminare Q non implica che R sia inammissibile ( $\neg G(Q) \Rightarrow \neg A(R)$ ). Quindi la deduzione  $Q \not\subseteq L \rightarrow \neg A(R)$  non è possibile alla luce del tenore letterale dell'art. 13-ter, comma 5, disp. att. cod. proc. amm.: pertanto, quandanche il Consiglio di Stato avesse affrettato la decisione per evitare l'applicazione dello *ius superveniens*, in luogo di rimettere la questione interpretativa all'Adunanza plenaria, non avrebbe comunque potuto dichiarare inammissibile il ricorso, dal momento che l'art. 13-ter, comma 5, disp. att. cod. proc. amm. non consente tale soluzione.

Attesa dunque l'evidente contraddittorietà dell'orientamento maggioritario, la terza sezione del Consiglio di Stato rimetteva all'Adunanza plenaria i seguenti quesiti: *a*) se la previsione di cui all'art. 13-ter, comma 5, disp. att. cod. proc. amm. stabilisca un vero e proprio dovere del giudice di non esaminare le parti degli atti processuali eccedenti i limiti dimensionali, senza alcun margine di discrezionalità; *b*) in caso di risposta negativa al precedente quesito, quali siano le conseguenze che il giudice deve o può ricavare dalla violazione dei suddetti limiti dimensionali; *c*) se le modifiche introdotte all'art. 13-ter, comma 5, disp. att. cod. proc. amm. dalla legge n. 205 del 2024, per cui lo sforamento dei limiti dimensionali in assenza di autorizzazione, può essere rilevante ai fini della liquidazione delle spese, a prescindere dalla soccombenza, si applichino anche ai giudizi in corso alla data della loro entrata in vigore ovvero soltanto ai ricorsi proposti dopo tale data.

<sup>(27)</sup> Una formalizzazione logicamente corretta sarebbe: se i motivi sono oltre il limite, il giudice non è obbligato a esaminarli e l'omissione non è censurabile ( $Q \not\subseteq L \rightarrow \neg G(Q) \wedge \neg C(Q)$ ).

4. *La decisione dell'Adunanza plenaria.* — L'ordinanza di rimessione aveva prospettato due possibili soluzioni: se si considera l'art. 13-ter come disposizione regolatoria del potere decisorio del giudice, l'applicazione del principio *tempus regit actum* implica che debba trovare applicazione il *ius superveniens* <sup>(28)</sup>. Invero, non appena si considera che il processo è una successione alternata di poteri e di atti, ossia «uno svolgimento di situazioni giuridiche soggettive» di contenuto processuale <sup>(29)</sup>, si giunge coerentemente ad affermare che il dovere decisorio del giudice sor-

<sup>(28)</sup> A tal proposito è imprescindibile un riferimento all'insuperato lavoro di R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991, p. 149 ss., ove si legge che, in caso di sopravvenienza normativa in corso di giudizio, occorre muovere dalla circostanza per cui il giudice non è vincolato dall'iniziativa delle parti nell'applicazione delle norme di diritto alla fatispecie sottoposta al suo esame, talché occorrerà fare capo ad un atto del giudice per determinare l'ultimo momento utile per l'applicazione dello *ius superveniens* e tale atto non può che coincidere con il deposito della sentenza in cancelleria, dal momento che una volta depositata non può più essere revocato o modificata, tranne che per mezzo delle impugnazioni.

<sup>(29)</sup> Così E. FAZZALARI, *Processo (teoria generale del)*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XIII, Torino, 1966, p. 1075; Id., *Processo (diritto vigente)*, in *Encyclopedia del diritto*, vol. XXXVI, Milano, 1987, p. 118 ss.; nell'impostazione di G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali*, Milano, 1955, p. 135, si ritiene «meritevole di accoglimento la tesi che ravvisa in ogni procedimento non una pluralità di atti e un unico effetto, ma una serie di atti e una serie di effetti causalmente collegati sino ad un effetto conclusivo»; v. anche F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale*, Torino, 1957, p. 29. In senso non dissimile, G. FABBRINI, *Potere del giudice*, in *Encyclopedia del diritto*, vol. XXXIV, Milano, 1985, p. 721 ss., spec. p. 722, ove si legge che «la sequenza procedimentale, come struttura formale costante, si caratterizza per essere disciplinata da una serie di norme collegate fra loro in modo tale che la norma successiva della serie vede sempre la sua fatispecie costitutiva integrata dagli effetti prodotti dall'attuazione della norma precedente (...). L'asserita lesione di un diritto soggettivo (fatto) attribuisce al titolare il potere (situazione soggettiva) di proporre la domanda giudiziale (atto); ma l'avvenuta proposizione della domanda (fatto, ormai) investe attore e convenuto del potere (situazione soggettiva) di iscrivere la causa a ruolo (atto), investe il convenuto del potere (situazione soggettiva) di formulare e depositare la comparsa di risposta (atto), investe infine il cancelliere del dovere (situazione soggettiva) di ricevere l'iscrizione a ruolo (atto), e così via».

ge solo all'esito dello svolgimento dell'attività processuale delle parti, dal momento che i poteri di queste ultime introducono gli atti che a loro volta fanno sorgere nuove situazioni di potere o di dovere, tra le quali rientra il dovere decisorio del giudice. Talché, il giudice, in forza del principio *tempus regit actum*, è tenuto ad applicare la sopravvenienza normativa antecedente all'inizio della fase decisoria, siccome la sua situazione soggettiva non può certo ritenersi già esaurita.

A tutt'altro esito deve invece giungersi se si considera l'art. 13-ter come disposizione relativa all'ammissibilità della domanda. Infatti, in quest'ultima ipotesi la posizione di vantaggio processuale del ricorrente dovrebbe ritenersi esaurita con l'esercizio del potere di proporre la domanda, con l'implicazione per cui la sopravvenienza favorevole, tale da rendere ammissibile un ricorso che, al momento in cui fu depositato ai sensi dell'art. 45 cod. proc. amm. <sup>(30)</sup>, era inammissibile, non può trovare applicazione, siccome l'effetto preclusivo si è già consumato con la proposizione del ricorso sotto la vigenza della norma preclusiva oggi abrogata.

L'Adunanza plenaria ha caldeggiaiato il primo orientamento, adducendo una pluralità di ragioni a suffragio che vale la pena ripercorrere. In primo luogo, ai sensi dell'art. 1, comma 813, della legge n. 207 del 2024, le modifiche apportate all'art. 13 ter, com-

<sup>(30)</sup> Nel senso che, ai fini della litispendenza e della maturazione delle preclusioni per il ricorrente, la fase introduttiva del giudizio si concluderebbe solo con il deposito del ricorso e non già a partire dalla sua notificazione, v. F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 1481. In giurisprudenza, cfr. Trib. amm. reg. Piemonte, sez. I, 4 febbraio 2011, n. 128: «benché il nuovo codice del processo amministrativo abbia individuato il momento del perfezionamento della notificazione dell'atto introduttivo quale termine di decorrenza di svariati termini endoprocessuali (termine per la costituzione dell'Amministrazione resistente e dei controinteressati, termine per la proposizione del ricorso incidentale e della domanda riconvenzionale), la scelta non si ritiene incidere sul momento della litispendenza qualora il ricorso notificato non venga mai depositato. La litispendenza potrebbe essere fissata al momento della notificazione del ricorso alla sola condizione che la fattispecie complessa dell'incardinamento della lite (data dalla notificazione alle controparti e dal deposito dell'atto introduttivo presso l'ufficio) sia perfezionata in tutti i suoi elementi».

ma 5, disp. att. cod. proc. amm. rispondono «[a]ll fine di consentire lo spedito svolgimento del giudizio». Pertanto, è evidente che la norma sia diretta al giudice, il quale, ai sensi dell'art. 175 cod. proc. civ. (31), applicabile anche al processo amministrativo in virtù del rinvio esterno di cui all'art. 39 cod. proc. amm. (32), «esercitata tutti i poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del procedimento», nel cui ventaglio andrebbe oggi noverato anche quello di disporre il pagamento di una somma commisurata, nel massimo, al doppio del contributo unificato, anche in aggiunta a quello già versato, quale conseguenza del confezionamento di un atto processuale *ultra limina*.

Inoltre, il legislatore non ha previsto un'apposita disciplina transitoria, con l'implicazione che il nuovo art. 13-ter, comma 5, disp. att. cod. proc. amm. si applica anche ai ricorsi depositati in data anteriore al 1° gennaio 2025. Né rileva la circostanza che l'appello sia passato in decisione il 19 dicembre 2024, dal momento che il giudice è notoriamente tenuto ad applicare il *ius superveniens* fino al momento del deposito della sentenza, in applicazione del canone *iura novit curia* (33).

L'Adunanza plenaria ha dunque risolto la questione interpretativa nel senso che l'art. 13-ter, comma 5, disp. att. cod. proc. amm., nel testo risultante dalle modifiche introdotte dall'art. 1,

(31) Benché in dottrina l'art. 175 cod. proc. civ. sia stato etichettato come norma velleitaria ed enfatica (cfr. M. CAPPELLETTI, *Intervento*, in *Atti del IX Convegno dell'associazione italiana fra gli studiosi del processo civile* (Sorrento, 30 ottobre-1 novembre 1973), Milano, 1974, p. 90 ss., spec. p. 92), tale norme conferisce ampi poteri al giudice, modulabili a seconda della complessità e delle esigenze della lite, come intuito anzitempo da L.P. COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, vol. II, Padova, 1982, p. 362 ss.; M.F. GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, in *L'abuso del processo*, Atti del XXVIII convegno nazionale dell'associazione italiana fra gli studiosi del processo civile (Urbino, 23-24 settembre 2011), Bologna, 2012, p. 112; nonché, più di recente, da M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 618.

(32) Per un'analisi delle disposizioni del cod. proc. civ. interessate dal rinvio esterno di cui all'art. 39 cod. proc. amm., v. D. DALFINO, *Disposizioni di rinvio e principi generali*, in *Il codice del processo amministrativo*, in «Il foro italiano», 2010, V, p. 228 ss.; A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 245 ss.

(33) R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, cit., p. 151.

comma 813, della legge n. 207 del 2024, trova applicazione anche in relazione ai ricorsi depositati antecedentemente al 1º gennaio 2025, con conseguente irrilevanza degli altri due quesiti sollevati dalla sezione rimettente. Trattasi di soluzione del tutto coerente sul piano logico.

Possiamo scomporre nel linguaggio proposizionale le varie questioni affrontate dall'Adunanza plenaria: A = *ius superveniens* applicabile anche dopo che la causa è stata trattenuta in decisione; B = la nuova norma disciplina il comportamento del giudice; C = la nuova norma disciplina il comportamento della parte; D = la nuova norma si applica al giudizio in corso; E = il giudice può applicare la sanzione anche se il ricorso è stato proposto prima della sopravvenienza; F = il ricorso è inammissibile per violazione dei limiti dimensionali; G = il ricorso è ammissibile nonostante la violazione dei limiti dimensionali.

Ciò posto, ne consegue che:  $\neg A \rightarrow$  (la norma non si applica ai fatti già compiuti);  $B \rightarrow D$  (se la norma disciplina l'attività del giudice, si applica al giudizio in corso);  $C \rightarrow \neg D$  (se la norma disciplina la parte, non si applica retroattivamente);  $D \rightarrow E$  (se la norma si applica al giudizio in corso, il giudice può tenere conto della violazione dei limiti dimensionali ai fini del riparto delle spese);  $\neg C \wedge B$  (la norma non disciplina un requisito di ammissibilità della domanda ma accorda al giudice il potere di tenere conto della violazione dei limiti dimensionali al solo fine del riparto delle spese);  $\neg F \rightarrow G$  (se il ricorso non è inammissibile, la domanda è scrutinabile nel merito). È evidente allora che se l'art. 13-ter, comma 5, disp. att. cod. proc. amm. si riferisce al giudice e non alla parte, l'affermazione C è falsa, mentre B è vera. Se la disposizione incide sui poteri decisorii del giudice allora si applica al giudizio in concorso ( $B \rightarrow D$ ), per cui B è vera, quindi D è vera. Se la norma si applica al giudizio in corso, il giudice può tenere conto della violazione dei limiti dimensionali ai fini del riparto delle spese ( $D \rightarrow E$ ), talché D è vera, quindi E è vera. Attesa la falsità di C e la verità dell'affermazione  $\neg F \rightarrow G$ , per cui  $\neg F$  è vera, la risoluzione del quesito di diritto posto all'attenzione dell'Adunanza plenaria può schematizzarsi come segue:

$$(\neg C \wedge B) \wedge (B \rightarrow D) \wedge (D \rightarrow E) \wedge (\neg F \rightarrow G) \Rightarrow G$$

Poiché la norma riguarda i poteri decisori del giudice e non i requisiti di ammissibilità dell'atto introduttivo, si applica al giudizio in corso, e quindi il ricorso non è da considerarsi inammissibile, anche se redatto prima della riforma.

Al di là delle ragioni di ordine logico che portano a preferire la soluzione per cui l'art. 13-ter, comma 5, disp. att. cod. proc. amm. vada considerato come norma delimitante il potere decisorio del giudice <sup>(34)</sup>, l'estrema laconicità della motivazione spesa dall'Adunanza plenaria sembra sottintendere che la decisione adottata sia stata piuttosto ispirata da ragioni equitative. In particolare, quandanche si fosse qualificato l'art. 13-ter nella sua pristina formulazione in guisa di disposizione recante un requisito o una condizione di ammissibilità della domanda, si sarebbe comunque dovuto escludere che il resistente potesse invocare un affidamento legittimo sull'inammissibilità del ricorso. Si può dunque ritenere che la discussa regola *tempus regit processum* possa essere legittimamente invocata solo quando garantisca l'accesso alla giustizia ovvero consenta di evitare la perdita del diritto azionato a causa del mutamento della disciplina processuale su cui la parte aveva (questa volta sì) legittimamente riposto il proprio affidamento.

*5. La decisione della Sezione rimettente.* — Recepito il principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria, la sezione rimettente ha espressamente qualificato l'art. 13-ter, comma 5, nel testo risultante dalle modifiche introdotte dall'art. 1, comma 813, della l. n. 207 del 2024, in guisa di «norma di natura processuale che definisce i poteri del giudice per i casi in cui, senza autorizzazione, gli atti non abbiano rispettato i limiti dimensionali»: essa trova quindi applicazione anche rispetto ai ricorsi depositati in data anteriore all'entrata in vigore dello *ius superveniens*; per converso, è stata disattesa la censura del resistente, per cui il *ius superveniens* avrebbe acquisito rilevanza nel corso del giudizio solo perché il Consiglio di Stato ha deciso di prolungare la lite, formulando i

<sup>(34)</sup> V. *supra*, § 2.

quesiti interpretativi rimessi all'Adunanza plenaria, mentre una decisione adottata all'esito dell'udienza di discussione, celebratasi in data anteriore all'entrata in vigore dello *ius superveniens*, avrebbe consentito di definire l'appello con la declaratoria di inammis-sibilità, sulla base della formulazione dell'art. 13-ter, comma 5, allora vigente<sup>(35)</sup>). Tale ragionamento è fallace, dal momento che anche nella formulazione previgente, l'art. 13-ter, comma 5, non autorizzava a ritenere inammissibile il ricorso eccedentario<sup>(36)</sup>.

Superata l'eccezione di inammissibilità il Consiglio di Stato ha accolto l'appello, riconoscendo il diritto del ricorrente all'osten-sione della documentazione richiesta. Tuttavia, la violazione dei limiti dimensionali non è rimasta priva di conseguenze: del tutto a prescindere da profili di soccombenza, l'appellante vittorioso è stato condannato al pagamento di una somma aggiuntiva di 600 euro, parametrata all'importo del contributo unificato già versato.

Dal trittico di decisioni in commento traspare l'idea della giuri-sdizione quale risorsa scarsa che deve essere gestita oculatamen-te dagli utenti del servizio giustizia e dalla magistratura<sup>(37)</sup>, anche disincentivandone lo sperpero attraverso sanzioni pecuniarie. I

<sup>(35)</sup> Cfr. Cons. St., sez. III, 5 giugno 2025, n. 4902, cit.

<sup>(36)</sup> Come dimostrato *supra*, § 3.

<sup>(37)</sup> A proposito delle implicazioni della concezione che concepisce la giuri-sdizione quale servizio offerto ai cittadini e non (solo) quale potere, cfr. G. VER-DE, *Diritto processuale civile*, 6<sup>a</sup> ed., vol. I, Bologna, 2023, p. 24; Id., *Il metodo delle riforme nella giustizia civile: passato e presente*, in Id., *Sul potere giudiziale e sull'inganno dei concetti*, Torino 2023, p. 9 (pubblicato anche in *La riforma della giustizia civile fra regole della giurisdizione e organizzazione*, cit., p. 14), ove si legge che «[l]a sostituzione del “potere” con il “servizio” comporta che l'intera categoria del “pubblico” va ripensata, depurandola delle scorie insite nell'autoritarismo ed eliminando l'idea di un prevalere dell'autorità per il solo fatto di essere tale»; A. GIUSSANI, *Efficienza della giustizia e culture della rifor-ma*, cit., p. 26 ss.; nel senso che il processo, concepito come servizio pubblico erogato ai cittadini, riguardi l'intera collettività e non solo le parti, in quanto è interesse della collettività che la tutela giurisdizionale dei diritti sia inverata in maniera giusta, efficiente e celere, v. le classiche pagine del M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, Bologna, 1969, pp. 18 ss., 163 ss. e 207 ss.; Id., *Libertà in-dividuale e giustizia sociale nel processo civile italiano*, in Id., *Giustizia e società*, Bologna 1972, p. 23 ss.; V. DENTI, *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971, p. 69.

Sapienti greci avrebbero detto «Μηδὲν ἄγαν»<sup>(38)</sup> e noi ci sentiamo di condividerlo.

6. «*Tempus regit actum*» e «*tempus regit processum*»: oscillazioni nella giurisprudenza di legittimità. — L'esperienza giurisprudenziale insegna che gli opposti principi del *tempus regit actum* e del *tempus regit processum* sono largamente fungibili: sovente l'applicazione dell'uno in luogo dell'altro è funzionale ad assicurare esigenze di giustizia nel caso concreto.

Di ciò si ha riprova guardando oltre l'*hortus conclusus* del diritto processuale: in materia di immigrazione la giurisprudenza ha dato prova di poter rinunciare, pur in assenza di apposite norme transitorie, al principio *tempus regit actum* per evitare che la sopravvenienza sfavorevole, in ordine ai requisiti per l'accoglimento della domanda di concessione del permesso di soggiorno per motivi umanitari, potesse tornare a danno dell'istante<sup>(39)</sup>. Quando

<sup>(38)</sup> «Niente di troppo»: la frase è attribuita a Chilone di Sparta, Talete di Mileto, Pitagora e Solone d'Atene.

<sup>(39)</sup> Cfr., per esempio, Cass. civ., sez. I, 19 marzo 2024, n. 7282; nonché Cass. civ., sez. un., 13 novembre 2019, n. 29459, secondo cui «[i] n tema di successioni di leggi nel tempo, in materia di protezione umanitaria, il diritto alla protezione, espressione di quello costituzionale di asilo, sorge al momento dell'ingresso in Italia in condizioni di vulnerabilità per rischio di compromissione dei diritti umani fondamentali e la domanda volta ad ottenere il relativo permesso attrae il regime normativo applicabile; ne consegue che la normativa introdotto con il d.l. n. 113 del 2018, convertito con l. n. 132 del 2018, nella parte in cui ha modificato la preesistente disciplina contemplata dal d.lgs. n. 286 del 1998, art. 5, comma 6, e dalle altre disposizioni consequenziali, non trova applicazione in relazione a domande di riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari proposte prima della nuova legge; tali domande saranno, pertanto, scrutinate sulla base della normativa esistente al momento della loro presentazione, ma, in tale ipotesi, l'accertamento della sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del permesso di soggiorno per motivi umanitari sulla base delle norme esistenti prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 113 del 2018, convertito nella l. n. 132 del 2018, comporterà il rilascio del permesso di soggiorno per "casi speciali" previsto dall'art. 1, comma 9, del suddetto decreto legge». In altri termini, lo *ius superveniens* che rimoduli entro confini più ristretti la possibilità di ottenere il per-

l'applicazione del principio *tempus regit actum* rischia di compromettere beni di rilievo costituzionale – tra cui il diritto d'asilo per motivi umanitari sancito dall'art. 10, comma 3, Cost. – il giudice è autorizzato a disapplicarlo, individuando un diverso referente temporale a partire dal quale è possibile applicare la sopravvenienza che coinciderà tendenzialmente con quello della presentazione dell'istanza, in applicazione della regola *tempus regit actionem*<sup>(40)</sup>.

Allo stesso modo, rispetto all'avvicendamento di regole processuali *iudicio pendente*, la giurisprudenza tende ad oscillare tra la regola del *tempus regit actum*, in forza della quale le sopravvenienze normative trovano applicazione nel processo rispetto alle posizioni di vantaggio processuali non ancora esaurite (salvo domandarsi quando una posizione di vantaggio processuale possa ritenersi tale) <sup>(41)</sup>, e quella del

messo di soggiorno per motivi umanitari non si applica ai procedimenti amministrativi iniziati prima dell'entrata in vigore della nuova legge. In materia di immigrazione il principio generale del *tempus regit actum* è incompatibile con la tutela dell'affidamento del richiedente asilo riposto sulla disciplina vigente al momento della presentazione dell'istanza, con l'implicazione che per «*actum*» deve intendersi l'intera azione amministrativa, ossia la legge applicabile è quella vigente al momento dell'avvio del procedimento, rimanendo quest'ultimo insensibili ad eventuali sopravvenienze. Sul tema si rinvia a M. FRATINI, *Manuale superiore di diritto amministrativo*, Roma, 2022, p. 1396.

<sup>(40)</sup> Sul tema, v. l'approfondito studio di G.D. COMPORTI, *Tempus regit actionem: contributo allo studio del diritto intertemporale dei procedimenti amministrativi*, Torino, 2001, *passim*.

<sup>(41)</sup> Il tema dell'efficacia della legge processuale nel tempo è stato affrontato dalla migliore dottrina processualistica. Restano fondamentali i contributi del F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. a cura di V. Scialoja, vol. VIII, Torino, 1898, p. 372 ss., spec. p. 375, al quale si deve la teorizzazione del principio *tempus regit actum*, stillato a contrariis dall'eccezionalità delle clausole di retroattività contenute nella compilazione giustinianea; G. CHIOVENDA, *La natura processuale delle norme sulla prova e l'efficacia della legge processuale nel tempo*, in Id., *Saggi di diritto processuale civile*, vol. I, Roma, 1930, p. 251 ss.; Id., *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1935, p. 78 ss.; Id., *Principii di diritto processuale civile*, cit., p. 119 ss., spec. p. 127, ove si

*tempus regit processum*, per cui, di regola, e salve specifiche disposizioni transitorie, le norme processuali applicabili sarebbero quelle in vigore al momento dell'introduzione del

legge che, nonostante la regola sia quella del *tempus regit actum*, qualora la sopravvenienza incida su un processo pendente, sono teoricamente possibili due estreme soluzioni: o applicare la legge antica fino al termine del processo, principalmente per ragioni di certezza giuridica; o applicare la sopravvenienza agli atti successivi, in linea con una rigorosa concezione dell'autonomia dell'azione rispetto al diritto sostanziale azionato. Una via mediana può però trovarsi nella divisione della causa in periodi, per cui rispetto alle fasi processuali non ancora esaurite al momento della sopravvenienza trova applicazione quest'ultima; talché, la legge processuale nuova incontrerebbe l'unico limite degli atti già compiuti che sono assoggettati a quella antica. Nel senso per cui l'autonomia dell'azione rispetto al diritto sostanziale non implicherebbe l'applicazione dello *ius superveniens* agli atti processuali da compiersi, ma ciò discenderebbe più semplicemente dalla concezione del processo quale specie di procedimento, senza che abbia alcun rilievo il contenuto della nuova disciplina, ora più favorevole ora meno a questo o quel protagonista del processo, con il solo limite del rispetto del principio di uguaglianza, v. le classiche pagine di E. FAZZALARI, *Efficacia delle legge processuale nel tempo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1989, p. 889 ss., spec. p. 892; S. COSTA, *Legge processuale*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. IX, Torino, 1963, p. 686 ss.; B. CAPPONI, *L'applicazione nel tempo del diritto processuale civile*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1994, p. 431 ss.; Id., *La legge processuale civile: fonti interne e comunità*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2009; Id., *La legge e il tempo del processo civile*, in «Il giusto processo civile», 2008, p. 637 ss., ripubblicato in Id., *Otto studi sul processo civile*, Milano, 2017, p. 39 ss.; Id., *Cosa è retto dal tempus*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2019, p. 179 ss., il quale ha affermato a più riprese che, in assenza di apposite norme transitorie, il rapporto tra legge processuale e tempo è governato dall'art. 11 delle prelegggi, con l'implicazione che nel nostro sistema non può trovare cittadinanza l'opposta regola del *tempus regit processum*, siccome il *tempus* non può che reggere l'atto e, in caso di riforme processuali, il tempo del processo non può essere uno soltanto; infatti, la conservazione nel tempo di regole che lo stesso legislatore reputa inadeguate o inopportune, tale da indurlo a disporne l'abrogazione, limitando l'efficacia delle riforme finisce per contraddirre i canoni ermeneutici fondamentali della ragionevolezza e della parità di trattamento.

processo<sup>(42)</sup>, secondo un principio affine alla *perpetuatio iurisdictionis* (<sup>(43)</sup>).

<sup>(42)</sup> Su cui v. le riflessioni di R. CAPONI, *Tempus regit processum: un appunto sull'efficacia delle norme processuali nel tempo*, in «Rivista di diritto processuale», 2006, p. 449 ss.; Id., *In tema di autonomia e certezza nella disciplina del processo civile*, in «Il foro italiano», 2006, c. 136; Id., *Tempus regit processum ovvero autonomia e certezza del diritto processuale civile*, in «Giurisprudenza italiana», 2007, p. 689 ss., spec. p. 691; Id., *Certezza e prevedibilità della disciplina del processo: il principio tempus regit processum fa ingresso nella giurisprudenza costituzionale*, nota a Corte cost. 30 gennaio 2018 n. 13, in «Giurisprudenza costituzionale», 2018, p. 188 ss., il quale stilla dal principio della *perpetuatio iurisdictionis*, affermato dall'art. 5 cod. proc. civ. per giurisdizione e competenza, una regola altrettanto generale, applicabile al caso di avvicendamento di leggi processuali nel tempo, in forza della quale la disciplina applicabile rimane quella vigente al momento della proposizione della domanda. Trattasi di una regola pregiuridica di etica processuale, secondo la quale non si cambiano le regole del processo quando esso è in corso. Le regole del contraddittorio devono essere previamente accessibili dalle parti e non possono essere esposte all'alea di modificazioni sopravvenute. Il *tempus* sarebbe allora quello della litispendenza, il quale segna l'unica situazione giuridica acquisita, non soggetta all'imperio dello *ius superveniens*. Tale regola, evidentemente di opposto tenore rispetto a quella del *tempus regit actum*, implicherebbe una maggior responsabilizzazione del legislatore nell'adozione di norme transitorie, dovendosi espressamente prevedere l'applicazione della nuova disciplina ai processi in corso: se infatti la regola *tempus regit actum* si riferisce al singolo atto della sequenza processuale, assicurando automaticamente al legislatore il risultato anelato, ossia l'applicazione delle nuove norme ai processi in corso; per converso la regola *tempus regit processum*, non permettendolo automaticamente, onera il legislatore di manifestare espressamente la volontà politica di esautorare la disciplina precedente, attraverso l'introduzione di una disposizione intertemporale che neghi l'assoggettamento dell'intero processo, inteso come grado di giudizio, alla disciplina sotto cui è principiato. Nell'impostazione di Caponi sembrerebbe dunque che il principio di diritto intertemporale *tempus regit processum* trovi un certo addentellato normativo nella garanzia del giusto processo regolato dalla legge: successivamente alla litispendenza, i litiganti riporrebbero un legittimo affidamento nel perdurare della vecchia disciplina processuale. Proprio la caratura costituzionale di tale regola, imposta da esigenze di ordine pubblico processuale, la espone ad un giudizio di bilanciamento con tensioni costituzionali dirimenti; talché, ogni norma di diritto transitorio deve essere valutata sotto il profilo della ragionevolezza e della non discriminazione per poter operare in deroga alla regola *tempus regit processum*.

<sup>(43)</sup> La gemmazione del principio del *tempus regit processum* da quello della *perpetuatio iurisdictionis* è stato esaustivamente chiarito da P. COMOGLIO, *Min-*

La preferenza dell'un criterio rispetto all'altro dipende sovente da una valutazione altamente discrezionale del giudice, informata di volta in volta al conseguimento di certi obiettivi ordinamentali; in particolare, se a diritto positivo immutato la regola normativa continua ad essere quella del *tempus regit actum*, mentre quella del *tempus regit processum* sembra valere per le sole ipotesi normativamente previste<sup>(44)</sup>, è ragionevole ritenere che la deroga all'art. 11 delle preleggi imponga un onere di motivazione rafforzata, al fine di sottoporre al discorso critico il parametro utilizzato dal giudice, evitando il sorgere di contrasti occulti all'interno della giurisprudenza, non risolvibili grazie agli strumenti di nomofiliaция di cui agli artt. 363 e 363-bis cod. proc. civ., la cui utilità è circoscritta alla risoluzione dei contrasti espressi<sup>(45)</sup>.

Tuttavia, ciò non è sempre vero. Infatti, quando la sopravvenienza rende inammissibile l'iniziativa giudiziaria originariamente ammissibile, l'applicazione del principio *tempus regit actum* si

*me riflessioni di ordine sistematico in tema di perpetuatio iurisdictionis, tempus regit actum e overruling processuale*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2013, p. 525 ss., spec. p. 531 ss.

<sup>(44)</sup> Nel senso della prevalenza ordinamentale del *tempus regit actum* rispetto al *tempus regit processum*, cfr. Cass. civ., sez. III, 11 aprile 2025, n. 9501, secondo cui l'operatività della regola *tempus regit processum* è subordinata all'espressa previsione di una norma intertemporale in tal senso; Cons. St., sez. VI, 10 giugno 2013, n. 3207; Trib. amm. reg. Liguria, 25 marzo 2019, n. 275.

<sup>(45)</sup> Così, per esempio, in caso di rinvio restitutorio la giurisprudenza suole giustificare l'applicazione della disciplina *medio tempore* sopravvenuta con motivazioni abbastanza standardizzate, facendo piana applicazione del principio *tempus regit actum*: cfr. Cass. civ., sez. V, 23 febbraio 2024, n. 4804; Cass. civ., sez. VI, 15 ottobre 2020, n. 22407; Cass. civ., sez. un., 9 giugno 2016, n. 11844, ove si legge che «nel caso del rinvio restitutorio (...) non è cassata solo la sentenza d'appello, ma è dichiarata la nullità dell'intero procedimento e di conseguenza il nuovo giudice si trova ad istruire un giudizio nuovo, data l'assenza di un precedente giudizio. In altre parole, è necessario ricominciare il processo a partire dal momento in cui si è verificata la nullità che non è stata rilevata dal giudice d'appello, tanto che il giudice di primo grado non deriva i suoi poteri da una designazione discrezionale della Corte di cassazione, bensì dalle norme ordinarie sulla competenza, con la conseguenza che, retrocesso il processo in primo grado, e diversamente da quanto accade nell'ipotesi di rinvio prosecutorio o proprio, il giudizio intercetta le modifiche processuali sopravvenute».

risolve in una soverchia violazione della garanzia costituzionale di accesso alla giustizia<sup>(46)</sup>. Talché, in questa peculiare ipotesi e in assenza di un apposito regime transitorio, di regola dovrebbe trovare applicazione il principio *tempus regit processum*. In questa direzione si è ritenuto, per esempio, che i limiti all’impugnabilità dell’estratto di ruolo, introdotti dal nuovo comma 4-*bis* dell’art. 12 del d.P.R. n. 602 del 1973 in sede di conversione del decreto-legge n. 146 del 2021, non operino in relazione alle impugnazioni già proposte alla data dell’entrata in vigore della legge sopravvenuta<sup>(47)</sup>. Tale conclusione, evidentemente incompatibile con la volontà legislativa di limitare l’impugnabilità di un atto non direttamente lesivo della posizione del contribuente<sup>(48)</sup>, è stata giustificata attingendo ai corollari del giusto processo e, in particolare, alla regola della parità delle armi, in forza della quale le sopravvenienze normative di carattere processuale non possono

<sup>(46)</sup> Su cui v. *supra*, § 1, nota 12.

<sup>(47)</sup> Cfr., per la giurisprudenza di merito, Comm. trib. prov. Cosenza, 24 gennaio 2022, n. 505; Comm. trib. prov. Reggio Calabria, 24 gennaio 2022, n. 505; e, per quella di legittimità, Cass. civ., sez. VI, 11 gennaio 2022, n. 587; Cass. civ., sez. VI, 2 marzo 2022, n. 6873.

<sup>(48)</sup> E infatti Cass. civ., sez. un., 19 luglio 2022, n. 26283, ha affermato che la perimetrazione legale dei casi in cui l’estratto di ruolo sostanzi una lesione giustiziabile incide sull’interesse ad agire, con l’implicazione per cui la disciplina sopravvenuta si applica ai processi pendenti perché incide sulla pronuncia della sentenza e non su uno degli effetti dell’impugnazione, comportandone l’inammissibilità. La decisione della Suprema Corte sembra informata a ragioni di politica legislativa a loro volta funzionali ad assicurare la deflazione del contenzioso tributario; infatti, il principio di diritto è stato pronunciato d’ufficio nell’interesse della legge, in ragione dell’inammissibilità del ricorso. Pertanto, nel giudizio di bilanciamento tra la tutela dell’affidamento del ricorrente sull’originaria ammissibilità dell’impugnazione dell’estratto di ruolo e le esigenze di deflazione del contenzioso, la prima è risultata recessiva; tuttavia, la Suprema Corte, per giustificare tale esito, ha speso una lunga e articolata motivazione, confermando l’idea della sostanziale fungibilità dei due principi che astrattamente governano il rapporto tra legge processuale e tempo, a seconda delle esigenze pratiche che si vogliono privilegiare nel caso concreto. Sul tema sia sufficiente un rinvio a G. CALTABIANO, *Per le Sezioni Unite è superata la tutela immediata dell’estratto di ruolo*, in «Rivista dell’esecuzione forzata», 2023, p. 61 ss.

frustrare l'affidamento incolpevole della parte sull'ammissibilità dell'impugnazione già proposta.

In questa prospettiva emerge davvero l'idea per cui, nonostante l'espressa previsione dell'art. 11 delle preleggi, le due regole del *tempus regit actum* e del *tempus regit processum* convivano all'interno del sistema, lasciandosi preferire la seconda quando l'applicazione della prima comporti l'inammissibilità della domanda, trovando invece applicazione la prima quando non venga in rilievo l'esigenza di salvaguardare l'affidamento della parte sull'ammissibilità della domanda già proposta. In ogni caso, quanto detto vale in linea di massima e nel caso concreto può subire delle deroghe, a condizione che il giudice motivi sufficientemente sul punto rendendo edotte le parti dell'esistenza di prerogative di intonazione costituzionale che impongono uno scostamento della regola generale fin qui tratteggiata. Quanto detto ci induce a qualche riflessione sui criteri che devono orientare l'esercizio dei poteri discrezionali del giudice nella scelta tra due regimi normativi astrattamente applicabili.

7. *Il problema dell'allocazione del costo della violazione dei limiti dimensionali sul cliente.* — Nonostante la soluzione adottata dall'Adunanza plenaria sia la più convincente fra quelle prospettate nell'ordinanza di rimessione, può comunque osservarsi che l'attuale formulazione dell'art. 13-ter, comma 5, disp. att. cod. proc. amm. è profondamente insoddisfacente, dal momento che la sanzione pecuniaria colpisce un soggetto diverso (la parte) da colui che dovrebbe ritenersi responsabile della condotta abusiva (il difensore). L'efficacia deterrente della disposizione in commento è da ritenersi minima poiché gli ordini professionali assai raramente sanzionano condotte abusive consistenti nella violazione dei limiti dimensionali degli atti processuali. Inoltre, tale meccanismo presta il fianco ad una difficilmente superabile obiezione sul piano dell'efficienza allocativa: l'allocazione sul cliente della responsabilità per l'atto redatto in violazione dei limiti dimensionali assume i tratti di una forma di responsabilità oggettiva da posizione: un'autentica *relatio ad alterum*. Tuttavia, secondo un generalissimo principio di analisi economica del diritto, la scelta

in favore di un regime di responsabilità oggettiva produce l'effetto di internalizzare i costi esterni dell'illecito a condizione che il responsabile possa ridurre il rischio dell'evento dannoso, vuoi incidendo sul *level of care*, vuoi sul *level of activity*, con l'implicazione che la scelta collettiva di individuare il responsabile dell'illecito in un soggetto che non abbia alcun potere impeditivo dello stesso appare del tutto irrazionale<sup>(49)</sup>. Pregiudicare il cliente, anziché colui che, in virtù della sua funzione di necessario diaframma fra la parte e il giudice, deve considerarsi principalmente responsabile delle modalità di realizzazione delle strategie di difesa, ovvero l'avvocato, atteso che l'onere del patrocinio non può che trovare giustificazione nell'esigenza di evitare utilizzazioni improprie degli strumenti processuali, è una scelta difficilmente spiegabile<sup>(50)</sup>. Infatti, dal cliente non può esigersi alcuna valutazione intorno all'utilità, alla fondatezza o alla congruità degli atti compiuti in suo nome dal professionista, dal momento che gli è inibito di compierli direttamente perché sprovvisto della necessaria preparazione tecnica.

I principi generali suggeriscono che la responsabilità da violazione dei limiti dimensionali debba ricadere invece sull'avvocato: anzitutto perché il canone della corrispondenza fra poteri e responsabilità implica che le sanzioni per l'abuso di un potere debbano ricadere su chi l'abbia male esercitato in prima persona, senza che costituisca una scusante la circostanza che ciò sia avvenuto su richiesta o nell'interesse di altri soggetti sprovvisti di tale potere; in secondo luogo, perché il canone della corrispondenza fra privilegi ed oneri induce a ritenere che il titolare di una posizione protetta in vista della sua competenza tecnica non può sca-

<sup>(49)</sup> Sul tema si rinvia a P. GALLI, *Introduzione al diritto comparato*, vol. III, *Analisi economica del diritto*, Torino, 2017, p. 93 ss., anche per più ampi ragguagli di dottrina americana.

<sup>(50)</sup> Così A. GIUSSANI, A. DONDI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva di iure condendo*, cit., p. 196; nello stesso senso, v. S. CHIARLONI, *Etica, formalismo processuale, abuso del processo*, in «Rivista trimestrale diritto e procedura civile», 2014, p. 1281 ss., spec. p. 1283; nonché G. ROMUALDI, *Dall'abuso del processo all'abuso del sistema giustizia*, Torino, 2013, p. 55 ss.

ricare su altri le conseguenze sfavorevoli del compimento di atti tecnicamente scorretti; infine, perché la responsabilità andrebbe attribuita al soggetto posto nella condizione migliore per ridurre il costo degli errori, talché chi è provvisto della competenza per valutare l'abusività dell'atto non può traslare il costo dell'errore sul soggetto che di tale competenza sia sprovvisto (51).

A ben vedere, il superamento dei limiti dimensionali degli atti processuali anche in assenza di concrete esigenze difensive è incentivato, oltre che dall'allocazione della responsabilità per l'atto prolioso sulla parte, anche dall'attuale disciplina tariffaria che ricollega la quantificazione dell'onorario al valore della causa e alla quantità di atti compiuti. Se però l'onorario fosse quantificato solo in relazione al valore della causa, il difensore sarebbe incentivato ad evitare non solo la stesura di atti inutilmente prolissi, ma anche lo svolgimento di attività processuale superflua, con conseguente abbattimento dei costi di amministrazione del processo (52).

Non si nasconde che una riforma del sistema in tale direzione risulterebbe assai sgradita a certi settori dell'avvocatura, in un paese, quale il nostro, in cui la professione viene ancora esercitata individualmente, soprattutto nelle piccole realtà (53). Si deve però anche riconoscere che, nell'ottica dell'efficientamento del sistema

(51) Sull'efficienza della regola che colloca incentivi (positivi o negativi che siano) e responsabilità in capo al soggetto in grado di raccogliere a minor costo le informazioni necessarie per prevenire il danno, è ineludibile un riferimento alla classica opera del G. CALABRESI, *The Cost of Accidents: a Legal and Economic Analysis*, New Haven, 1970, p. 135 ss., oltre che alla più sintetica versione G. CALABRESI, A.D. MELAMED, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, in «Harvard Law Review», 1972, vol. 85, p. 1093 ss.

(52) Su cui v. *supra*, § 2, nota 18.

(53) Dalla rilevazione del Centro studi investimenti sociali (Censis), svolta a gennaio 2024, che ha raccolto le opinioni di oltre 26 mila avvocati, si può ricostruire il quadro dettagliato riguardante la struttura degli studi legali in Italia. Secondo i dati emersi, il 63,8% degli avvocati opera come titolare di uno studio personale, con una distribuzione geografica che vede una prevalenza nel Sud e nelle Isole (73,1%), seguito dal Centro (62%), dal Nord-Est (55,5%) e, infine, dal Nord-Ovest (52,4%). Sul punto, v. il *Rapporto sull'avvocatura 2024*, a cura della Cassa forense in collaborazione con Censis, in <[www.censis.it](http://www.censis.it)>, maggio 2024, p. 15 ss.

di amministrazione della giustizia, bisogna pur rinunciare a proteggere le rendite di posizione prive di giustificazione sul piano dell'efficienza economica: il modello protezionistico sinora prevalente in realtà nuoce, oltre che al sistema economico nel suo complesso, anche alla crescita dell'avvocatura stessa, impedendo una seria competizione al suo interno e mortificando le professionalità acquisite dalle vecchie e dalle giovani generazioni, disincentivando l'esercizio della professione da parte di queste ultime.

In proposito, può osservarsi, nella prospettiva comparata, che il sistema statunitense, attraverso i *notice pleadings* <sup>(54)</sup>, tanto sintetici da non fornire più di «*short and plain statement of the claim*» ha da tempo ovviato al problema dell'inutile prolissità degli atti processuali. In quell'ordinamento il libello introduttivo del giudice è concepito come «un mero strumento di attivazione dell'ingranaggio processuale» <sup>(55)</sup>, con finalità meramente informativa, mentre solo nella successiva fase di *discovery* vengono effettivamente trattate le questioni controverse. Inoltre, colà è particolarmente accentuata la natura bifronte del difensore tecnico che ne fa al contempo un *officer of the court* e il procuratore della parte, chiamato a contemplare gli interessi del cliente con quelli alla rapida realizzazione degli obiettivi del sistema di amministrazione della giustizia <sup>(56)</sup>. In questa prospettiva si giustifica la scelta ordinamentale di far gravare sul difensore il costo derivante dalla condotta abusiva, la quale è del tutto incompatibile con la funzione pubblicistica di *officer of the court* <sup>(57)</sup>.

<sup>(54)</sup> Su cui v. *supra*, § 1, nota 1.

<sup>(55)</sup> Così testualmente A. DONDI, *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, in ID., *Comparazione e riforme della giustizia civile*, cit., p. 51.

<sup>(56)</sup> Sul tema, v. le ormai classiche pagine di G.C. HAZARD, *The Future of Legal Ethics*, in «Yale Law Journal», 1991, vol. 100, p. 1239 ss.; ID., *Reflections on Judge Weinstein's Ethical Dilemmas in Mass Tort Litigation*, in «Northwestern University Law Review», 1994, vol. 88, p. 569 ss.; nonché, nella nostra letteratura, A. DONDI, *Introduzione*, in *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, a cura di A. Dondi, Bologna, 1993, p. 24 ss.

<sup>(57)</sup> J.B. ATTANASIO, *A Duty-Oriented Procedure in a Rightsoriented Society*, in «Notre Dame Law Review», 1988, vol. 63, p. 604 ss.

Sicché, in una prospettiva *de iure condendo*, l'attuale formulazione dell'art. 13-ter, comma 5, disp. att. cod. proc. amm. andrebbe ripensata, evitando di far gravare sulla parte il costo di un'attività rispetto alla quale è del tutto estranea.

*8. Criteri giuridici e metagiuridici per l'esercizio del potere sanzionatorio del giudice.* — Dovendo però fare i conti con il diritto vigente, l'attenzione non può che ricadere sul corretto esercizio del potere sanzionatorio del giudice accordatogli dall'art. 13-ter, comma 5, disp. att. cod. proc. amm.: trattasi di potere altamente discrezionale, come si evince inequivocabilmente dalla formulazione letterale della norma<sup>(58)</sup>. L'esercizio di tale potere può dipendere da vari fattori: taluni, certo, più importanti di altri, ma nessuno di per sé solo dirimente, mentre alcuni operano di fatto soltanto tacitamente. Così il successivo comma 5-bis ne individua alcuni, ossia l'entità del superamento dei limiti dimensionali, la complessità e la dimensione degli atti impugnati o della sentenza impugnata. Può capitare, ancorché non se ne dia espresso riscontro in motivazione, che la decisione di comminare la sanzione pecuniaria dipenda dalla natura della parte contro cui è rivolta: così è più facile che tale sanzione venga comminata alla persona giuridica in un contenzioso in materia di appalti pubblici, piuttosto che alla persona fisica o addirittura al non abbiente.

In altri termini, è opportuno che il giudice effettui un giudizio di bilanciamento fra le diverse tensioni in gioco, senza però trascurare l'aspetto strettamente etico del problema<sup>(59)</sup>: le percezioni diffuse a livello sociale riguardo all'incidenza o meno di certi valori permea nel giudizio di bilanciamento, influenzando il «farsi» della giustizia civile<sup>(60)</sup>. In un sistema come il nostro, nel

<sup>(58)</sup> V. *supra*, § 2, nota 17.

<sup>(59)</sup> Ove con etica qui si intende quel complesso di principi che si ritiene debbano regolamentare i comportamenti socialmente contestualizzati nella vita di relazione, secondo l'impostazione di A. HELLER, *General Ethics*, Oxford-New York, 1988, p. 3 ss.

<sup>(60)</sup> In tal senso, v. ancora testualmente A. DONDI, *Etica sociale e processo civile*, in Id., *Comparazione e riforme della giustizia civile*, cit., p. 760. Peraltro, a proposito dell'opportunità di comminare la sanzione prevista dall'art. 13-ter,

quale la garanzia dell'accesso alla giustizia è assicurata ai non abbienti da apposita disposizione costituzionale, è del tutto inaccettabile che il soggetto ammesso al gratuito patrocinio possa essere tenuto a pagare una sanzione pecuniaria in ragione dell'imperizia del difensore.

Pertanto, la situazione economica del cliente, ancorché non espressamente menzionata dalla norma, potrebbe assurgere a criterio principale per valutare l'opportunità della sanzione prevista dall'art. 13-ter, comma 5, disp. att. cod. proc. amm., in attuazione dell'art. 3, comma 2, Cost., recentemente definito «epitome della storia dell'umanità»<sup>(61)</sup>. Proprio la capacità di lavorare sui principi, negli interstizi tra diritto ed etica, distingue il buon giurista dal buon giudice, come suggerito dalle parole di Aaron Barak: «*good judges understand that even if law is everywhere, law is not everything; they are aware that law is not a closed framework that lives inside itself. Without society, law has no value, and social values nourish the law. Indeed, law is inseparably connected to society's values and principles. True, judges do not create these values and principles, but they help introduce them into the law and remove them from law*»<sup>(62)</sup>.

comma 5, disp. att. cod. proc. amm., è stato molto opportunamente osservato da A. CASSATELLA, *Requisiti dimensionali degli atti processuali e jus superveniens*, cit., § 3, che il principio di legalità delle sanzioni di amministrative dovrebbe inibirne l'applicazione retroattiva, dal momento che il legislatore non ha introdotto una *lex mitior*, bensì un nuovo meccanismo sanzionatorio prima non operante.

<sup>(61)</sup> G. VERDE, *Il metodo delle riforme nella giustizia civile: passato e presente*, in *La riforma della giustizia civile fra regole della giurisdizione e organizzazione*, cit., p. 28.

<sup>(62)</sup> A. BARAK, *The Judge in a Democracy*, cit., p. 309.

### Abstract

Il saggio affronta criticamente il tema della sinteticità degli atti processuali e della sanzione per la loro eccessiva lunghezza nel processo amministrativo, con particolare attenzione all'interpretazione dell'art. 13-ter delle disposizioni di attuazione del codice del processo amministrativo. L'autore ripercorre il dibattito giurisprudenziale recente, evidenziando i rischi che una lettura eccessivamente rigorosa della regola (implicante la dichiarazione di inutilizzabilità degli atti eccedenti i limiti dimensionali) comporta per il diritto costituzionale di accesso alla giustizia. In questo contesto, viene sottolineato come la discrezionalità del giudice debba essere guidata da criteri non solo giuridici ma anche metagiuridici, privilegiando soluzioni che permettano la decisione nel merito delle controversie. Il saggio analizza inoltre le nuove norme introdotte nel 2024 sull'applicazione della sanzione economica in caso di atti prolissi, mettendo in discussione la scelta di far ricadere tale sanzione sulla parte anziché sul difensore, ritenuta incongrua sul piano dell'efficienza. In conclusione, l'autore invita a un corretto bilanciamento tra le esigenze di efficienza del sistema giustizia e la tutela effettiva dei diritti, attraverso un esercizio ponderato del potere sanzionatorio giudiziale, attento sia ai profili etici sia all'effettività dei valori costituzionali che sottendono il processo. Tale approccio contribuisce a delineare il profilo del «buon giudice» come soggetto capace di integrare diritto, equità e sensibilità sociale nell'interpretazione delle norme processuali.

*The essay critically examines the issue of conciseness in procedural acts and the sanction for their excessive length within administrative proceedings, with particular attention to the interpretation of Article 13-ter of the implementing provisions of the Code of Administrative Procedure. The author surveys recent case law, highlighting the risks that an overly strict interpretation of the rule – leading to the inadmissibility of documents exceeding dimensional limits – poses to the constitutional right of access to justice. In this context, the essay emphasizes that judicial discretion should be guided not only by legal criteria but also by broader, meta-legal considerations, favoring solutions that enable courts to decide disputes on their merits. The analysis also explores the new provisions introduced in 2024 regarding monetary sanctions for prolix pleadings, questioning the legislative choice to impose such penalties on the party rather than on counsel: an approach deemed incongruous from an efficiency standpoint. In conclusion, the author calls for a balanced approach that reconciles the demands of judicial efficiency with the effective protection of rights, advocating a measured exercise of judicial*

*sanctioning power that remains sensitive to ethical considerations and to the substantive realization of the constitutional values that underlie procedural law. This perspective contributes to shaping the ideal of the «good judge» as one capable of integrating law, equity, and social awareness in the interpretation of procedural norms.*



## DIALOGHI

---

FRANCESCO P. LUISO

*già Professore ordinario nell'Università di Pisa  
Accademico dei Lincei*

### L'AVVOCATO E L'ETICA PROFESSIONALE

SOMMARIO: 1. Cosa significa «etica». – 2. Le fonti dell'etica professionale degli avvocati. – 3. L'etica nella giurisdizione.

1. *Cosa significa «etica».* — Etica: il termine deriva da ἔθος, che significa «costume». Cicerone lo tradusse con *mores*, che appunto significa «costumi»: «*quia pertinet ad mores, quod ethos illi vocant*»<sup>(1)</sup>. Con la specificazione «professionale», l'etica indica i doveri relativi alla particolare funzione svolta dall'individuo in seno alla società.

Il termine «morale» ha un significato più esteso: vittoria morale, capitale morale, la morale della favola. Esiste anche un termine contrario: «immorale», mentre l'aggettivo «etico» non ha un contrario. Dall'altro lato, esiste un'etica professionale, ma non una morale professionale.

Quindi etica ha significato più ristretto, e fa speciale riferimento al comportamento che coinvolge altri soggetti e che prescinde dalla motivazione che la suggerisce. Si può richiamare in questo senso la distinzione kantiana fra imperativo categorico e imperativo ipotetico<sup>(2)</sup>.

<sup>(1)</sup> M. T. CICERONE, *De fato*, I, 1.

<sup>(2)</sup> I. KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Riga, 1785, nella trad. it., *Fondazione della metafisica dei costumi*, Milano, 1919, sez. II.

*2. Le fonti dell'etica professionale degli avvocati.* — Il codice deontologico degli avvocati è stato approvato dal Consiglio nazionale forense e pubblicato sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, in forza della legge n. 247 del 2012, che reca la nuova disciplina dell'ordinamento professionale forense<sup>(3)</sup>.

Ai sensi dell'art. art. 3, comma 3, della citata legge professionale, l'avvocato esercita la professione uniformandosi ai principi contenuti nel codice deontologico. Tale disposizione prevede inoltre che: «Il codice deontologico stabilisce le norme di comportamento che l'avvocato è tenuto ad osservare in via generale e, specificamente, nei suoi rapporti con il cliente, con la controparte, con altri avvocati e con altri professionisti. Il codice deontologico espressamente individua fra le norme in esso contenute quelle che, rispondendo alla tutela di un pubblico interesse al corretto esercizio della professione, hanno rilevanza disciplinare. Tali norme, per quanto possibile, devono essere caratterizzate dall'osservanza del principio della tipizzazione della condotta e devono contenere l'espressa indicazione della sanzione applicabile».

Ai sensi dell'art. 35, comma 1, lett. d), della legge professionale forense, il Consiglio nazionale forense «emanava e aggiornava periodicamente il codice deontologico, curandone la pubblicazione e la diffusione in modo da favorirne la più ampia conoscenza, sentiti i consigli dell'ordine circondariali, anche mediante una propria commissione consultiva presieduta dal suo presidente o da altro consigliere da lui delegato e formata da componenti del Consiglio nazionale forense e da consiglieri designati dagli ordini in base al regolamento interno del Consiglio nazionale forense».

Il codice deontologico non ha carattere normativo: questo costituisce un principio fermo della Corte di Cassazione<sup>(4)</sup>. Dunque, la violazione o falsa applicazione delle regole deontologiche

<sup>(3)</sup> L'attuale codice deontologico forense è stato approvato dal Consiglio nazionale forense nella seduta del 31 gennaio 2014 e pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 241 del 16 ottobre 2014, ed è stato da ultimo modificato con delibera del Consiglio nazionale forense del 21 marzo 2025, pubblicata sulla Gazzetta ufficiale n. 202 del 1° settembre 2025.

<sup>(4)</sup> Fra le più recenti, v. Cass. civ., sez. un., 21 dicembre 2022, n. 37406; Cass. civ., sez. un., 27 aprile 2023, n. 11193.

non è censurabile in Cassazione ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3 cod. proc. civ.

Secondo la giurisprudenza di legittimità, «l'accertamento del fatto, l'apprezzamento della sua rilevanza rispetto alle imputazioni, la scelta della sanzione opportuna e, in generale, la valutazione delle risultanze processuali non possono essere oggetto del controllo di legittimità, salvo che si traducano in un palese sviamento di potere, ossia nell'uso del potere disciplinare per un fine diverso da quello per il quale è stato conferito. Non è, quindi, consentito alle Sezioni Unite sindacare, sul piano del merito, le valutazioni del giudice disciplinare, se non nei limiti di una valutazione di esistenza del requisito della motivazione»<sup>(5)</sup>.

La Suprema Corte ha inoltre affermato che «le previsioni del codice deontologico forense hanno la natura di fonte meramente integrativa dei precetti normativi e possono ispirarsi legittimamente a concetti diffusi e generalmente compresi dalla collettività»<sup>(6)</sup>.

Questa pronuncia è importante, perché consente di collocare l'etica professionale degli avvocati nella teoria degli ordinamenti giuridici diffusi. Fu Widar Cesarini Sforza, nel suo studio su *Il diritto dei privati*<sup>(7)</sup>, a individuare, sviluppando quanto sostenuto da Santi Romano nel noto volume sull'ordinamento giuridico<sup>(8)</sup>, le caratteristiche di un ordinamento senza organi normativi. Fu lo stesso Santi Romano a riconoscere l'esistenza della categoria degli ordinamenti diffusi nella seconda edizione del suo ben noto lavoro.

Dunque, il Consiglio nazionale forense, emanando il codice deontologico, solo apparentemente crea sovranamente la norma: in realtà, esso la enuclea da quella che è la *communis opinio* del gruppo.

<sup>(5)</sup> In tal senso, v. Cass. civ., sez. un., 24 aprile 2023, n. 10810.

<sup>(6)</sup> Così Cass. civ., sez. un., 17 giugno 2010, n. 14617.

<sup>(7)</sup> W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, in «Rivista italiana di scienze giuridiche», 1929, p. 42 ss., ripubblicato in forma di volume, con presentazione di Salvatore Romano, Milano, 1963.

<sup>(8)</sup> Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918 (2<sup>a</sup> ed., Firenze, 1946), cui sono seguite plurime ristampe.

3. *L'etica nella giurisdizione.* — L'ordinamento giuridico diffuso non ha un apparato che produce norme, ma può avere, e nel nostro caso ha, un apparato giurisdizionale. Alla base c'è il consiglio distrettuale di disciplina, che peraltro è organo amministrativo<sup>(9)</sup>.

Il Consiglio nazionale forese è invece organo giurisdizionale speciale<sup>(10)</sup>, sopravvissuto al divieto costituzionale di giurisdizioni speciali in virtù dell'art. 102, Cost. (che vieta solo la nuova istituzione di giudici speciali), e della VI disposizione transitoria (che prevede appunto la revisione degli organi speciali di giurisdizione già esistenti). Quindi il ricorso al Consiglio nazionale forese avverso le decisioni del consiglio distrettuale di disciplina costituisce un atto di proposizione della domanda, e non un atto di appello<sup>(11)</sup>.

La pronuncia del Consiglio nazionale forese è denominata «decisione» ed è impugnabile dinanzi alle Sezioni Unite della Cassazione – ai sensi dell'art. 36, comma 6, della legge professionale forese – per incompetenza, per eccesso di potere e per violazione di legge, che sono i tipici vizi dei provvedimenti amministrativi. Tuttavia, sono sicuramente censurabili in cassazione, in modo pieno, anche i vizi processuali della decisione del Consiglio nazionale forese, perché le nullità processuali integrano vizi di attività, e non errori di giudizio.

<sup>(9)</sup> Cass. civ., sez. un., 27 dicembre 2019, n. 34476.

<sup>(10)</sup> Cass. civ., sez. un., 10 luglio 2017, n. 16993.

<sup>(11)</sup> Cass. civ., sez. un., 27 dicembre 2019, n. 34476.

PAULA COSTA E SILVA  
*Professora catedrática na Universidade de Lisboa*

## L'AVVOCATO DI FRONTE ALLA PROVA ILLECITA ILLICITÀ DEL MEZZO O DISVALORE DELL'AZIONE? (\*)

SOMMARIO: 1. Etica della condotta processuale e ruolo dell'avvocato. – 2. Valutazione delle prove «*in bonam partem*» e «*in malam partem*». – 3. Principio di acquisizione e divieti probatori. – 4. Natura giuridica della prova illecita. – 5. Diritto alla prova e limiti derivanti dalla sua acquisizione illecita. – 6. Autonomia soggettiva delle patologie invalidanti il diritto alla prova. – 7. Fatto comune e prova illecitamente acquisita da una sola parte. – 8. Inutilizzabilità della prova illecita a beneficio dell'autore della condotta vietata. – 9. L'avvocato come garante etico della legalità probatoria.

*1. Etica della condotta processuale e ruolo dell'avvocato.* — A prescindere dal ruolo ricoperto che ciascuno di noi, credo sia chiaro a tutti quanto gli aspetti etici siano importanti al fine di garantire il funzionamento dei sistemi giudiziari e di orientare la condotta delle persone che vi operano. I doveri etici, la cui violazione produce conseguenze significative, permeano necessariamente lo svolgimento delle funzioni giudiziarie.

Di solito, quando i giuristi si riferiscono a comportamenti patologici verificatisi nel corso di un processo, hanno essenzialmente davanti agli occhi un'immagine sfocata, assai diffusa nella letteratura processuale: anche quando tali condotte vengono ricondotte ad istituti come quello dell'abuso del processo o della malafede processuale, l'attenzione è fondamentalmente rivolta alla parte e non al suo rappresentante, quale autore dell'atto riprovevole. Tale impostazione non è uniformemente adottata in tutti i siste-

mi giuridici; tuttavia, la regola prevalente resta quella per cui il comportamento adottato in violazione di doveri processuali viene imputato alla parte e non al suo avvocato.

Un esempio sarà sufficiente per illustrare quanto stiamo dicendo: la proposizione di una domanda giudiziale priva di fondamento giuridico costituisce uno tipica condotta riprovevole nel processo, con una lunga eredità storica, ma questo comportamento viene di solito addebitato alla parte. Sorge così spontanea una domanda: se la parte è rappresentata da un avvocato, se è proprio l'avvocato a detenere il controllo sul contenuto giuridico della domanda giudiziale, e se inoltre l'avvocato ha il dovere di rispettare le istruzioni del cliente, ma anche il dovere deontologico di non agire contro la legge, come si spiega l'imputazione della condotta riprovevole alla parte e non al suo difensore?

Pur nella consapevolezza che l'efficacia dell'intervento sanzionario dipende dal soggetto destinatario della sanzione, è legittimo chiedersi se non debba essere punito anche l'avvocato della parte. Sebbene il difensore rappresenti la parte agendo formalmente in suo nome, la teoria della rappresentanza può essere spinta sino al punto di escludere l'applicazione, in tali ipotesi, della teoria del concorso elaborata in ambito penalistico? Dopo tutto, l'intervento dell'avvocato è decisivo per la realizzazione di tali condotte riprovevoli.

La teoria del concorso non sarebbe più appropriata rispetto alla teoria della rappresentanza per spiegare questi casi? È chiaro che sussistono ostacoli istituzionali che rendono complessa questa ricostruzione, sui quali occorre riflettere: la responsabilità dell'avvocato è valutata dall'ordine professionale di appartenenza e non dal giudice; l'evoluzione degli ordinamenti si è orientata verso una ripartizione delle competenze in materia di comminatoria delle sanzioni; sussiste inoltre la necessità di non ritardare il passaggio in giudicato delle sentenze con la moltiplicazione delle questioni da decidere. Tuttavia, tali considerazioni non devono paralizzare il giurista né tantomeno intrappolarlo in schemi concettuali che impediscano di trovare soluzioni più efficaci a problemi tradizionali, tra i quali, appunto, la carenza di etica professionale dell'avvocato nell'ambito del processo.

Questa impostazione ci introduce al tema specifico della presente riflessione: la posizione dell'avvocato di fronte alle prove illecitamente raccolte. Nell'affrontare tale problematica, occorre innanzitutto chiarire l'estensione della categoria, volutamente ampia, delle «prove illecite». Sarà quindi necessario interrogarsi se e in quale misura l'intermediazione dell'avvocato – figura imprescindibile fra le *dramatis personae* del processo – comporti un mutamento della prospettiva teorica tradizionalmente adottata. Prima di addentarci nell'analisi, risulta utile ripercorrere sinteticamente il percorso concettuale che abbiamo fatto per arrivare per arrivare al punto in cui ora ci troviamo.

*2. Valutazione delle prove «in bonam partem» e «in malam partem».* — Alla fine del 2019 abbiamo pubblicato uno studio su alcuni dei problemi tradizionalmente collocati sotto la categoria delle prove illecite<sup>(1)</sup>. L'analisi muoveva da un caso sul quale sul quale eravamo stati chiamati ad esprimere un parere.

In un determinato processo, l'attore aveva chiesto al convenuto di esibire una serie di documenti che, secondo l'attore, erano stati ottenuti illegalmente dal convenuto medesimo. Si trattava di un numero significativo di messaggi di posta elettronica ai quali il convenuto aveva presumibilmente avuto accesso introducendosi abusivamente nella casella di posta elettronica dell'attore, oppure – secondo un'altra versione – acquistandoli da un terzo che si era introdotto abusivamente nella suddetta casella di posta elettronica.

Naturalmente, il giudice del processo in cui le prove erano state richieste doveva verificare la sussistenza o meno della loro illecita acquisizione. L'attore sosteneva tuttavia di aver bisogno di quei messaggi proprio per determinare l'entità delle informazioni alle quali il convenuto aveva avuto accesso e, quindi, per quantificare l'entità del danno risarcibile.

Prima della decisione del giudice sull'istanza di esibizione, il

<sup>(1)</sup> P. COSTA E SILVA, N. TRIGO DOS REIS, *Efeitos lícitos da prova ilícita em processo estadual e arbitral*, Lisboa, 2019, ripubblicato in P. COSTA E SILVA, *Estudos de arbitragem*, Lisboa, 2022, vol. I, pp. 275-384.

convenuto depositava spontaneamente i messaggi di posta elettronica richiesti. Il convenuto presentava inoltre una domanda riconvenzionale, deducendo di aver subito un danno a causa del comportamento dell'attore, provato proprio dai documenti depositati.

La questione sollevata era dunque la seguente: può la parte che ha ottenuto le prove in modo illecito utilizzarle nel processo per dimostrare fatti a sé favorevoli? Se ricordiamo l'opinione di Ulpiano, secondo il quale nessuno può trarre vantaggio da un proprio illecito (*nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest*), la risposta non può che essere negativa. La parte che commette un reato per procurarsi una prova non può trarne un vantaggio processuale chiedendo e ottenendo che i fatti che le giovano siano provati proprio grazie a quella prova.

Ciò significa, in prima approssimazione, che una parte non può utilizzare una prova a proprio vantaggio quando l'ha ottenuta illegalmente, oppure – e in termini più rigorosi – che il giudice non può fondare la sua decisione sui fatti utilizzando una prova illecitamente acquisita quando il fatto in questione favorisce la parte che ha ottenuto illegalmente la prova. In definitiva, si trattava di trasferire nel contesto del diritto processuale civile la distinzione, ormai acquisita nel processo penale, tra la valutazione delle prove *in bonam partem* e *in malam partem*.

3. *Principio di acquisizione e divieti probatori.* — Affermare che una prova, sebbene prodotta nel corso del processo, non possa essere presa in considerazione quando avvantaggia la parte che l'ha ottenuta illegalmente sembrava porsi in contrasto con il principio di acquisizione processuale. Quest'ultimo impone infatti al giudice di considerare tutte le prove prodotte nel decidere i fatti, senza tenere conto di chi le ha fornite.

Ad un primo sguardo, il principio di acquisizione sembrava dunque smentire la conclusione raggiunta. Se il giudice deve considerare tutte le prove, come possiamo sostenere la validità di un criterio che ne limita l'utilizzabilità ai fini della decisione? Non si introdurrebbe così una distinzione arbitraria tra fatti che possono e fatti che non possono essere provati con un determinato mezzo

di prova, in assenza di un adeguato fondamento normativo? L'argomento potrebbe essere riformulato in altro modo: il principio di acquisizione processuale non potrebbe forse operare come una causa di giustificazione, idonea ad estinguere l'illiceità dell'acquisizione della prova?

A questa domanda abbiamo tuttavia dato una risposta negativa, in quanto il principio di acquisizione processuale deve essere interpretato in conformità con i divieti probatori, altrimenti il contenuto di questi ultimi verrebbe svuotato di contenuto: ragionando altrimenti, la parte che volesse fondare le proprie ragioni su una prova ottenuta illegalmente dovrebbe semplicemente depositarla nel corso di un processo. Avevamo però bisogno di trovare una giustificazione dogmaticamente solida per dimostrare l'esistenza di tale divieto probatorio.

4. *Natura giuridica della prova illecita.* — Nello studio del caso a cui ho fatto in precedenza riferimento, abbiamo preso posizione su altre questioni sostanziali e processuali relative alla materia delle prove illecite e dei divieti probatori. Sorvoliamo su quanto detto in quella sede, perché ora vogliamo guardare la questione da una diversa angolazione, che forse costituisce la chiave per un approccio analiticamente e dogmaticamente più rigoroso ai problemi in esame.

La questione preliminare che ci preoccupa da tempo riguarda la qualificazione dei problemi derivanti dalle modalità di acquisizione della prova. Il termine «prova illecita» è tecnicamente rigoroso? In altre parole, le prove in quanto tali possono essere illecite? Oppure, come suggerisce la Costituzione portoghese, all'art. 32, comma 8, le prove ottenute in modo illecito (mediante tortura, violenza, offesa all'integrità fisica o morale di una persona, introduzione abusiva nella vita privata, nel domicilio, nella corrispondenza o nelle telecomunicazioni) sono nulle?

Se si esamina la questione alla luce delle categorie della teoria generale del diritto civile, si può osservare che l'illiceità e la validità sono qualità delle azioni umane e, quindi, degli atti giuridici. Tuttavia, la prova non è un comportamento, bensì un mezzo con il quale si dimostra la realtà dei fatti. Se allora la prova è un

mezzo, non appartiene alla categoria dell'azione: di conseguenza, la prova non può essere valida o invalida, né tantomeno lecita o illecita.

Riteniamo che questo rilievo sia fondamentale per fare chiarezza sul linguaggio dei giuristi e risolvere i problemi interpretativi relativi alle cosiddette prove illecite. Infatti, una volta impostato il discorso in questi termini, risulta evidente che una prova può essere utilizzata dal giudice per giustificare la sua decisione sulla questione di fatto *in bonam partem*, ossia a favore della parte che ha ottenuto la prova legittimamente, ma non *in malam partem*: detto altrimenti, la prova non può essere impiegata a favore di chi l'ha ottenuta in modo illecito.

*5. Diritto alla prova e limiti derivanti dalla sua acquisizione illecita.* — Affermare che il principio di acquisizione processuale non consente al giudice di valutare una prova ottenuta illegalmente dalla parte alla quale il fatto in questione giova, significa, in definitiva, che il giudice non può, quando rende il suo giudizio di fatto, basare la sua decisione su una prova che la parte non può legittimamente produrre in giudizio. Poiché il principio di acquisizione non è una causa di giustificazione della prova ottenuta attraverso un comportamento illecito, il giudice si trova di fronte a un divieto di persuasione probatoria: la parte non può invocare nel processo una prova alla quale ha avuto accesso in modo illegittimo.

Quando diciamo che una parte utilizza, presenta, richiede o produce una prova nel processo, cosa stiamo realmente dicendo? Con tali espressioni intendiamo semplicemente dire che la parte esercita il proprio diritto alla prova, appunto presentando, producendo o richiedendo l'esibizione di una determinata prova. Il diritto alla prova, il cui esercizio è finalizzato alla persuasione del giudice, è esercitato attraverso il compimento di atti giuridici. Se così è, allora l'illecito non risiede nella prova in sé – perché, per sua natura, la prova non può essere illecita – bensì nel modo della sua acquisizione. Più precisamente, l'illecito risiede nella condotta che consente alla parte di accedere alle prove: il disvalore riguarda dunque il comportamento della parte quando accede al mezzo di

prova, non la prova in sé, che rimane un oggetto neutro. Ne consegue che l'inammissibilità concerne soltanto la valutazione della prova a favore dell'autore dell'illecito, mentre non incide sulla posizione dell'altra parte.

*6. Autonomia soggettiva delle patologie invalidanti il diritto alla prova.* — Se la prova non può essere utilizzata dal giudice a favore della parte che l'ha ottenuta illegalmente, ciò deriva dal fatto che la parte non può esercitare il proprio diritto alla prova sulla base di quel mezzo. La limitazione della sfera cognitiva del giudice deriva, in altri temini, dalla compressione della situazione giuridica della parte.

La legge portoghese ci offre un indizio in tal senso. Stabilendo che la prova acquisita in modo illecito è nulla, la legge cerca di garantire che non si possano trarre conseguenze probatorie da una prova ottenuta illecitamente. Non perché la prova sia in sé nulla, ma perché la parte che ha agito scorrettamente non può trarre un vantaggio dalla prova ottenuta illegalmente: questo è il risultato che la legge vuole evitare. Se il problema non è la prova, ma il modo in cui è stata ottenuta, la prova stessa rimane intatta. Ciò significa che la persona che ha ottenuto la prova in modo legale non vede contaminata la propria situazione giuridica.

La parte che si attiene ai parametri dell'ordinamento giuridico può esercitare il proprio diritto alla prova sulla base di tutte le prove che ha ottenuto legittimamente. E questo risultato non può essere compromesso dal fatto che la medesima prova sia stata prodotta nel processo da qualcuno che vi ha avuto accesso illegalmente. Poiché le situazioni giuridiche probatorie di ciascuna parte sono autonome l'una dall'altra, l'esercizio del diritto alla prova in modo non conforme all'ordinamento dipende esclusivamente dalle patologie della propria condotta, non dalle patologie della condotta altrui. Non esiste alcun rapporto tra le situazioni giuridiche delle parti che possa giustificare il risultato opposto.

*7. Fatto comune e prova illecitamente acquisita da una sola parte.* — Questa impostazione del problema relativo alle cosiddette prove illecite costituisce solo la prima pietra posta sul cammino. Ci sono infatti questioni molto complesse che richiedono un'ulteriore riflessione. Una di queste riguarda i fatti comuni ad entrambe le parti, come nel caso dal quale siamo partiti.

Che cosa accade quando un fatto comune può essere dimostrato soltanto mediante un particolare elemento di prova che sia stato ottenuto illegalmente da una delle parti? In tali ipotesi, il medesimo fatto è rilevante sia per la parte che ha acquisito la prova in modo lecito, sia per quella che l'ha ottenuta illecitamente. La difficoltà sta allora nella circostanza che non è immediatamente chiaro come la prova possa essere valutata *in bonam partem*, ossia a favore della parte estranea all'illecito, ma al tempo stesso non *in malam partem*, ossia senza avvantaggiare colui che ha ottenuto illecitamente l'accesso al mezzo di prova.

È possibile che la soluzione di questo problema debba essere ricercata non tanto nel diritto alla prova, quanto nel campo della responsabilità civile. La questione rimane dunque aperta e richiede una rielaborazione complessiva del caleidoscopio di problemi che la prova illecita solleva, che sarà svolta in altra sede.

*8. Inutilizzabilità della prova illecita a beneficio dell'autore della condotta vietata.* — Merita qui invece chiarire un ulteriore dubbio, sempre relativo al legame tra le modalità di acquisizione delle prove e la situazione giuridica probatoria. Per quale ragione il modo improprio di acquisizione delle prove pregiudica l'ammissibilità della loro produzione da parte di colui che le ha ottenute illegalmente e, di conseguenza, l'ammissibilità della loro valutazione a suo favore da parte del giudice?

Torniamo all'opinione di Ulpiano: nessuno può trarre vantaggio dal proprio illecito. Questo insegnamento si fonda, per quanto riguarda l'acquisizione illecita delle prove, sulle norme che stabiliscono i divieti probatori. Poiché le situazioni giuridiche delle parti sono autonome l'una dall'altra, la prova perde di valore ai fini della decisione, non per ragioni di opportunità, ma perché, come crediamo di aver dimostrato, la stessa non può essere utilizzata a favore del colpevole.

zata dalla parte che l'ha ottenuta illegalmente. Questo ci permette di raggiungere una conclusione che potrebbe essere il punto di partenza per ulteriori riflessioni sulle situazioni giuridiche probatorie: il comportamento illecito di una parte non influisce sulla situazione giuridica dell'altra.

9. *L'avvocato come garante etico della legalità probatoria.* — Dobbiamo infine concludere con un'ultima domanda: cosa cambia nella nostra ricostruzione se il soggetto di riferimento è l'avvocato?

Niente muta sul piano delle situazioni giuridiche processuali e del loro esercizio. Tuttavia, l'avvocato è portatore di obblighi etici e deontologici che incidono sul modo in cui esercita il diritto alla prova per conto del proprio cliente. Se l'avvocato produce in giudizio una prova precostituita che sia stata ottenuta illegalmente dal suo cliente, conoscendo tale circostanza o non potendo ignorarla – oppure se chiede l'assunzione di una prova la cui esistenza gli è stata resa nota mediante un accesso illegale alle relative informazioni, come può accadere con un testimone o un esperto – viola i doveri etici che vincolano l'esercizio della sua professione. Pertanto, oltre all'inutilizzabilità della prova al fine di dimostrare i fatti a favore del proprio assistito, egli dovrebbe incorrere in sanzioni disciplinari.

A questo riguardo, la domanda è: qual è il tipo di comportamento riprovevole dell'avvocato che deve essere considerato? La risposta a questa domanda dipende sempre dai sistemi sostanziali del diritto interno. Ma c'è sicuramente un filo conduttore: forzando la produzione di prove che non possono essere utilizzate perché ottenute illegalmente, l'avvocato promuove il compimento di atti inutili e mira ad ottenere un indebito vantaggio processuale. Manca di rispetto al tribunale e contribuisce al degrado dell'immagine dell'avvocato e della giustizia. Viola i parametri etici che informano la sua professione, dandole il volto odioso che Dostoevskij le attribuiva, quello di una coscienza che si vende. Questo non è e non può essere il volto dell'avvocato, il personaggio centrale di una commedia in cui sono in gioco la bellezza e la nobiltà di Atena.



## STUDI E RICERCHE

---

LUIGI DE PROPRIS

*Professore associato nell'Università di Catanzaro*

### STUDI SULL'ETICA GIUDIZIARIA I Alle origini del codice etico dei magistrati

SOMMARIO: 1. Introduzione e programma della ricerca. – 2. La prospettiva storica: il modello di giudice nel passato e sotto le dittature del XX secolo. – 3. La prospettiva costituzionale. – 4. L'evoluzione della magistratura nell'età repubblicana e i primi studi pionieristici in Italia in materia di etica giudiziaria. – 5. Il codice etico del 1994.

1. *Introduzione e programma della ricerca.* — È un dato incontestabile che negli ultimi trent'anni gli studi in materia di etica e di deontologia del magistrato abbiano riscosso un crescente interesse tra teorici e operatori pratici del diritto. Tale interesse risulta testimoniato non soltanto dalla mole di pubblicazioni, convegni e approfondimenti che vi vengono dedicati, ma anche nell'adozione di strumenti normativi di *soft law* che, a vario titolo, hanno contribuito ad alimentare il dibattito. Ne costituisce un fulgido esempio il codice etico dei magistrati italiani, adottato dall'Associazione nazionale magistrati per la prima volta nel 1994 e successivamente revisionato nel 2010 e nel 2019<sup>(1)</sup>.

<sup>(1)</sup> In proposito, v. innanzitutto S. CASSESE, *I codici di condotta*, in «Documenti giustizia», 1994, p. 1372 ss.; i contributi pubblicati nel volume collettaneo *Deontologia giudiziaria: il codice etico alla prova dei primi dieci anni*, a cura di L. Aschettino, D. Bifulco, H. Épineuse e R. Sabato, Napoli, 2006, ed ivi in particolare A. PIZZORUSSO, *Il «codice etico» dei magistrati italiani*, p. 51 ss.; N.

Le ragioni di questo interesse per il tema dell'etica giudiziaria sembrano molteplici. In primo luogo, esso si inserisce nella più generale «rinascenza» dei temi etici e deontologici che, come nuova branca della riflessione filosofica e giuridica, si confronta con i profondi mutamenti politici, economici, sociali, scientifici e tecnologici delle società contemporanee<sup>(2)</sup>.

In secondo luogo, il discorso sull'etica giudiziaria appare indissolubilmente connesso al problema della legittimazione del potere giudiziario e alla necessità di rafforzare la fiducia dei cittadini nella magistratura. La credibilità della funzione giurisdizionale rappresenta, infatti, il fondamento stesso dello Stato di diritto, incentrato sul principio della separazione dei poteri e sulla figura di un giudice terzo, indipendente e imparziale<sup>(3)</sup>. In tale prospettiva, la fiducia della collettività nel prestigio sociale e tecnico

ROSSI, *L'elaborazione del codice etico dell'Anm*, p. 205 ss.; quelli pubblicati nel volume collettaneo *L'etica giudiziaria*, a cura di G. Lattanzi, A. Ciriello, F. Di Marzio, G. Grasso e S. Lembo, Roma, 2022, ed ivi in particolare L. FERRAJOLI, *Dieci regole di deontologia giudiziaria, conseguenti alla natura cognitiva della giurisdizione*, p. 25 ss.; D. BIFULCO, *Deontologia giudiziaria, disciplina e interpretazione della legge: territori (limitrofi?), da recintare con cura!*, in «Politica del diritto», 2004, p. 617 ss.; per maggiori approfondimenti sulla formazione del codice etico dei magistrati, si rinvia al § 5 del presente studio; alle successive revisioni di tale codice sarà invece dedicato il § 9 della parte II.

<sup>(2)</sup> In questo senso, J. EISFELD, *Richterliche Ethik: Grundlagen, Geschichte und Inhalte unter besonderer Berücksichtigung des Fürstentums Liechtenstein*, in «Liechtensteinische Juristen Zeitung», 2024, p. 167, il quale evidenza che tale «rinascenza», iniziata negli anni Sessanta e Settanta nella riflessione statunitense, sia motivata non solo dai conflitti politici, culturali ed economici prodotti dai mutamenti sociali e dalle incertezze morali dovute alle molteplici questioni poste dallo sviluppo della scienza e della medicina, ma anche dalla crisi etica provocata dallo scalpitante individualismo.

<sup>(3)</sup> Nel medesimo senso J. EISFELD, *Richterliche Ethik*, cit., p. 168: «Der Richter trägt daher mit seinem Verhalten die Verantwortung dafür, dass der Bürger der Gerichtsbarkeit Vertrauen entgegenbringt, und zwar Vertrauen dahingehend, dass der verhandelte Konflikt nur nach rechtlichen Grundsätzen entschieden wird, dass somit die Macht der Richter nichts anderem dient als der Anwendung und Durchsetzung des Rechts. Dementsprechend wird (...) die Richterethik in der richterlichen Unabhängigkeit begründet, also in der Freiheit des Richters, seine Entscheidung ausschliesslich auf das Recht zu stützen».

della magistratura costituisce un presidio indispensabile per la tenuta dello Stato di diritto non solo (o non tanto) di fronte al rischio latente che i consociati preferiscano farsi giustizia da sé, ma in ragione dell'osservazione per cui l'effettività e la funzionalità dell'ordinamento sono assicurate in primo luogo dalla spontanea adesione dei cittadini alla vigenza dei suoi precetti e, per quanto qui interessa, alla (media) ottemperanza alla decisioni giudiziali.

Un ulteriore motivo del crescente interesse per la deontologia e l'etica giudiziaria affonda le sue radici nel proposito di elaborare un modello di (condotta del) giudice che risulti adeguato ai tempi attuali <sup>(4)</sup>. Tale aspirazione viene coltivata sia dall'interno della magistratura – da parte dunque degli stessi magistrati, attraverso la definizione di standard di comportamento cui ispirarsi <sup>(5)</sup> – sia dall'esterno, da parte della dottrina e di altri operatori del diritto, nel tentativo di individuare criteri capaci di arginare gli spazi, sempre più ampi, del diritto giurisprudenziale (c.d. *Richterrecht*) <sup>(6)</sup>. È noto infatti che la giurisprudenza, anche negli ordinamenti continentali, abbia acquisito un ruolo propulsivo nell'evoluzione del diritto, soprattutto in settori eticamente sensibili. Di fronte a un legislatore spesso restio o imprudente nell'intervenire da un punto di vista legislativo, i giudici sono talvolta chiamati a colmare lacune normative ovvero (nella loro più alta composizione) a

<sup>(4)</sup> Variegati e molteplici sono i modelli di magistrato elaborati dalla dottrina: per un'ampia panoramica, si rimanda a G. ZAGREBELSKY, *La giustizia come professione*, Torino, 2021, p. 130 ss.

<sup>(5)</sup> Sempre in questo senso J. EISFELD, *Richterliche Ethik*, cit., p. 168.

<sup>(6)</sup> Lo stesso approccio è assunto da L. FERRAJOLI, *Nove massime di deontologia giudiziaria*, in «Questione giustizia», 2012, p. 74 ss., spec. p. 75: «La tesi da cui dobbiamo muovere è il riconoscimento della crescente espansione, avvenuta in questi anni, del ruolo della giurisdizione, ben al di là delle classiche funzioni della giustizia civile e penale destinate, nel vecchio Stato liberale, prevalentemente ai cittadini». Cfr. anche D. BIFULCO, *Deontologia giudiziaria, disciplina e interpretazione della legge*, cit., p. 623, che riferisce come «chiave di lettura privilegiata da molti interpreti francesi» l'idea secondo cui «l'istanza deontologica si afferma di pari passo con il potere crescente – o, semplicemente, più visibile – della magistratura: (...) vi è la tendenza a far corrispondere livelli precisi di responsabilità (etica, deontologica, disciplinare, etc.) ad un potere crescente della magistratura».

dirimere conflitti istituzionali <sup>(7)</sup>). Tutto ciò ha reso imprescindibile una riflessione sul ruolo e sui limiti del magistrato soprattutto in riferimento alla sua responsabilità di fronte alla società.

Già queste considerazioni introduttive e preliminari dovrebbero dissuadere dall'adottare un approccio al tema dell'etica giudiziaria costruito per gemmazione dalla deontologia dell'avvocato in quanto entrambi rientranti nella comune famiglia dell'etica nelle professioni legali. Quest'ultima sembra essere, invece, l'impostazione ancora prevalente nella letteratura dei Paesi di *common law*, dove la *judicial ethics* appare come «il bambino introverso nella famiglia della responsabilità professionale, costantemente oscurato dal fratello maggiore ed esuberante, la *legal ethics*, appunto» <sup>(8)</sup>.

Tale approccio, tuttavia, oltre a dipendere da motivazioni contingenti proprie degli ordinamenti di *common law* <sup>(9)</sup>, sembra essere stato definitivamente superato anche nella letteratura anglo-

<sup>(7)</sup> In questo senso, L. FERRAJOLI, *Nove massime di deontologia giudiziaria*, cit., p. 75, per il quale questa espansione del potere giudiziario «è dovuta a molteplici fattori, il primo dei quali è la dimensione costituzionale della nostra democrazia: da un lato le crescenti domande di giustizia rivolte alla giurisdizione, sollecitata a intervenire, nella latitanza della politica, dalle violazioni dei diritti costituzionalmente stabiliti in tema di lavoro, di ambiente, di tutela dei consumatori, di tecnologie elettroniche, di questioni bioetiche; dall'altro i controlli di costituzionalità sulle leggi invalide e, soprattutto, i controlli di legalità penale sui titolari di pubblici poteri, cioè sulle corruzioni, sul malaffare e sulle collusioni con i poteri illegali».

<sup>(8)</sup> Così, in senso critico, C.G. GEYH, *The Architecture of Judicial Ethics*, in «University of Pennsylvania Law Review», 2021, p. 2352; nella letteratura italiana, per lo stesso approccio, A. DONDI, *Qualche rapida impressione sul Giudiziario statunitense in prospettiva di legal ethics*, in «DPCE online», 2023, p. 3221 ss.

<sup>(9)</sup> Nei paesi di *common law*, in primo luogo, ciò dipende dalla comune matrice professionale: i giudici provengono ordinariamente dall'avvocatura, cosicché i primi modelli di condotta giudiziaria furono elaborati per adattamento dei codici deontologici forensi. In secondo luogo, la concezione unitaria della *legal profession*, che comprende giudici e avvocati quali appartenenti alla medesima comunità professionale, ha contribuito a mantenere la riflessione etica sulla magistratura all'interno della logica della responsabilità professionale, piuttosto che fondare una autonoma etica della giurisdizione.

americana, dove è stata messa in luce la dimensione pubblicistica (in ultima istanza, in quanto riferita alla ripartizione dei poteri dello Stato) in cui l'etica giudiziaria si colloca (10).

In effetti, negli ordinamenti moderni il singolo magistrato non esercita una professione privata, ma una funzione pubblica disimpegnata da un potere (ovvero un ordine, *ex art. 104 Cost.*) diffuso dello Stato (11), che si colloca in posizione di indipendenza e autonomia nei confronti degli altri poteri, e di imparzialità e terzietà rispetto ai consociati, nelle forme e nei modi stabiliti dalla Costituzione. Tutto ciò non solo esclude l'utilità teorica di un preliminare approccio al più generale tema della (storia della) deontologia delle professioni (12), ma porta anzi a pensare che tale prospettiva restrinja il campo visuale e impedisca di cogliere l'elemento caratterizzante l'etica giudiziaria (13).

(10) In questo senso, per la letteratura americana, C.G. GEYH, *The Architecture of Judicial Ethics*, cit., p. 2396; per quella italiana, A. DONDI, *Qualche rapida impressione sul Giudiziario statunitense in prospettiva di legal ethics*, cit., p. 3225 ss.

(11) Diversa era, a quanto consta, la situazione in Occidente, fino alla fine dell'Antico Regime, quando «quello del giudice era un mestiere e la sua posizione non era troppo diversa da quella dell'avvocato: l'avvocatura era in genere il viatico per la magistratura e avvocati e magistrati appartenevano ad un unico ceto, i forensi»: in questo senso F. MASTROBERTI, *Gli scabini bendati: spunti storici sulla deontologia del giudice*, in «Iurisdictio», 2020, p. 152 ss., spec. p. 154.

(12) Ciò non esclude una utilità, *a posteriori*, di confrontare i doveri deontologici del giudice con quelli dell'avvocato: ciò che costituisce del resto l'atteggiamento comune della prevalente letteratura in materia di *legal ethics*.

(13) Nel medesimo senso sembra vadano le considerazioni di C.G. GEYH, *The Architecture of Judicial Ethics*, cit., p. 2352, secondo il quale «*what attention judicial ethics does receive is circumscribed by the professional responsibility "bucket" in which it is placed, as a consequence of which judicial ethics tends to be conceptualized, taught, and tested as a body of rules of professional conduct. The net effect is that judicial ethics scholarship has generally fixated on this ethical dilemma or that in relation to applicable canons without attempting to theorize more broadly. [...] by confining judicial ethics to the professional responsibility bucket, its relevance to subjects in adjacent buckets is overlooked. As a consequence of its diminished niche in a different subfield, judicial ethics has not featured prominently in discussions of judicial independence and accountability*».

Sulla base di tale premessa, il presente saggio intende affrontare il tema dell’etica e della deontologia giudiziaria<sup>(14)</sup> non certo nella sua interezza – impresa pressoché impossibile, data la vastità della materia – ma da un punto di vista prefigurato, che può definirsi istituzionale-formale. Si tratterà, in particolare, di esaminare il rapporto dell’etica giudiziaria con il diritto pubblico positivo in senso stretto, che disciplina lo statuto giuridico del magistrato e, segnatamente, la sua responsabilità disciplinare, escludendo dunque, tendenzialmente, dal campo visuale le singole tematiche affrontate nell’ambito dell’etica giudiziaria in senso – per così dire – materiale.

In primo luogo, verranno ripercorsi i «modelli di giudice» delle principali epoche storiche, che la tradizione ha tramandato e che la ricerca storica ha saputo ricostruire, cercando di evidenziare come in ogni modello fosse implicito un certo *ethos* (comportamento) da parte dei giudici, che prescindeva dai doveri propriamente giuridici che questi erano tenuti ad assolvere. Si passerà poi ad affrontare la figura del giudice delineato dalla Costituzione repubblicana e, in tale contesto, si cercherà di individuare gli ambiti che la Costituzione italiana lascia aperti al discorso relativo all’etica giudiziaria. Si prenderà poi in esame l’evoluzione che la magistratura ha subito in età repubblicana, cercando di collocare in tale contesto i primi «pionieristici» studi in materia di etica giudiziaria che proprio in quel torno vedevano la luce<sup>(15)</sup>.

Si cercherà in tal modo di rendere conto del contesto in cui ha visto la luce il codice etico dei magistrati italiani nel 1994<sup>(16)</sup>, confrontandolo con analoghe esperienze registratesi nei paesi europei di *civil* (in particolare Francia e Germania) e di *common law* (con riguardo agli Stati Uniti d’America), fino ad arrivare al contributo fornito alla materia da strumenti di diritto internazionale e sovranazionale, quali in particolare i *Bangalore Principles* e gli altri

<sup>(14)</sup> In questa fase preliminare dello studio, i concetti di etica e deontologia giudiziaria saranno impiegati in senso atecnico e puramente descrittivo come sinonimi. Solo in conclusione del presente saggio (§ 11 della parte II) si tenterà di proporre una distinzione tra di esse.

<sup>(15)</sup> Questi aspetti saranno affrontati nei §§ 2, 3 e 4.

<sup>(16)</sup> Al quale sarà dedicato il § 5.

documenti adottati a livello europeo (17). In tal modo, si cercherà di definire l'attuale ruolo svolto dall'etica e dalla deontologia giudiziaria nell'ambito dell'ordinamento positivo, soprattutto in rapporto a discipline contigue come la responsabilità disciplinare (18).

*2. La prospettiva storica: il modello di giudice nel passato e sotto le dittature del XX secolo.* — La rappresentazione del giudice e – con essa – dei suoi canoni di comportamento, ha conosciuto nel corso della storia significative metamorfosi, strettamente connesse alla concezione del diritto e alla configurazione dei rapporti tra potere e giurisdizione. In ogni caso, l'idea di un'etica del giudice intesa come insieme di virtù e condotte che devono accompagnare l'esercizio della giurisdizione ha radici assai anteriori alla codificazione moderna dei doveri giudiziari, sin dal mondo antico (19).

La ricerca storica ha dimostrato come nel medioevo il modello prevalente era stato quello del «giudice santo e forte», legittimato dall'adesione alle Sacre Scritture e dal radicamento nell'universo etico-religioso della collettività presso cui svolgeva il proprio servizio (20). L'esercizio della funzione giurisdizionale trovava la propria guida in un apparato valoriale di matrice teologica, espressione di virtù cardinali e teologali, e veniva rafforzata dall'esemplarità di figure agiografiche (21), che possono considerarsi veri e propri

(17) Si vedano, rispettivamente, i §§ 6, 7 e 8 della parte II.

(18) Al riguardo, rinvio ai §§ 9 e 10 della parte II.

(19) Già nel mondo antico, il giudice era concepito come garante di un ordine non soltanto legale, ma anche morale o cosmico: nella democrazia ateniese il giuramento prestato dai giudici impegnava questi ultimi a «votare secondo le leggi e secondo la giusta opinione» (*dikaiotatē gnōmē*), introducendo una dimensione di coscienza individuale accanto alla mera applicazione della norma che avrebbe condotto i giudici a decidere la controversia in modo imparziale, escludendo qualunque considerazione *lato sensu* politica: cfr. E.M. HARRIS, *The Rule of Law in Athenian Democracy: Reflections on the Judicial Oath*, in «Etica & politica», 2007, p. 55 ss., spec. p. 72: «if the judges obeyed their oath, they would ignore extraneous considerations and examine just the relevant issues».

(20) Sul punto, cfr. F. MASTROBERTI, *Gli scabini bendati*, cit., p. 159 ss.

(21) Cfr. ancora F. MASTROBERTI, *Gli scabini bendati*, cit., p. 161, che ricorda la figura di Sant'Ivo di Bretagna, canonizzato nel 1347, che «si guadagnò l'o-

prototipi di codici deontologici *ante litteram*. In tale contesto, la giustizia era raffigurata come austera e severa: il giudice doveva essere «grave, santo, severo, incorruttibile» e implacabile verso i colpevoli<sup>(22)</sup>, quasi a incarnare un'autorità sovrumana che incuteva timore, richiamando immagini letterarie come quella di Minosse nella *Commedia* di Dante.

Con l'età moderna, al crollo delle certezze medievali si accompagnò un mutamento della figura del giudice, non più modellato sulla santità ma sulla virtù della prudenza. Il giudice «prudente» di quest'epoca si differenziava dal giudice «santo e forte» poiché chiamato a dubitare e a procedere con cautela verso la verità piuttosto che a incarnare un'autorità trascendente, come l'uomo nuovo di Cartesio<sup>(23)</sup>. La prudenza, già concepita in ambito filosofico come saggezza dell'anima razionale, divenne attributo essenziale dell'attività giurisdizionale, intesa quale esercizio critico e fallibile, consapevole dei limiti della conoscenza e della necessità di valutare circostanze concrete<sup>(24)</sup>.

La cesura più profonda nella figura del giudice si realizza con il rafforzamento degli apparati statuali nell'età delle monarchie assolute dalla fine del XVII secolo, quando emerge «l'esigenza

nore degli altari anche attraverso l'esercizio delle funzioni pubbliche, quella di giudice, e di una professione privata, quella di avvocato». Sul culto e sul ruolo deontologico di Sant'Ivo, v. F. MASTROBERTI, *Sodalitio advocatorum: la congregazione di Sant'Ivone e la difesa dei poveri. Le origini francesi e la sua attività a Napoli (1607-1860)*, Bologna, 2016; nonché R. DANOVY, *Il diritto degli altri: storia della deontologia*, Milano, 2022, p. 77.

<sup>(22)</sup> S. SCACCIA, *Tractatus de sententia et de re judicata*, Coloniae, 1738, riportato da F. MASTROBERTI, *Gli scabini bendati*, cit., 160.

<sup>(23)</sup> F. MASTROBERTI, *Gli scabini bendati*, cit., p. 162.

<sup>(24)</sup> Cfr. ancora F. MASTROBERTI, *Gli scabini bendati*, cit., p. 161 ss., che riferisce il modello di giudice saggio e prudente elaborato da T. BRIGANTI, *Pratica criminale delle corti regie e baronali del Regno di Napoli*, Napoli, 1770. Si tratta di linee di condotta che non sfigurerrebbero in un codice etico che venisse redatto oggi, teso a delineare un giudice laborioso; discernente; mite; equo; sbendato; filosofo; accorto e umile; pacificatore e non detonatore di conflitti; onesto, pacato e non iracondo; sobrio e moderato ma deciso e fermo quando serve; stoico, immune dalle passioni, senza patria, senza genealogia; imparziale; costante nell'impegno; buon suddito e buon cristiano

di vincolare il giudice alla legge e di fare di essa l'unica fonte del diritto e l'unica guida etica per il giudice»<sup>(25)</sup>. È proprio nella Francia che si apprestava a concludere l'unificazione legislativa nazionale, con la promulgazione delle *ordonnances* colbertine<sup>(26)</sup>, che si consuma la frattura più profonda rispetto al passato: nasce il modello del «giudice automa», mero intermediario della volontà sovrana manifesta nella legge, destinato a divenire, secondo la celebre formula di Montesquieu, «*bouche qui prononce les paroles de la loi*».

Con la rivoluzione francese il modello del giudice automa si pone al servizio della definitiva affermazione dell'assolutismo giuridico<sup>(27)</sup>, radicandosi in profondità nella coscienza collettiva che inscriveva la funzione giurisdizionale entro un paradigma strettamente positivistico tendente a esaurirsi nella cieca osservanza della legge<sup>(28)</sup>.

Tuttavia, è l'esperienza dei totalitarismi del XX secolo ad aver messo in luce tutta la fragilità del modello del giudice-automa, ossia di un magistrato spogliato della propria dimensione morale e ridotto a mero esecutore della legge, nella sua applicazione supina e acritica. In tale ottica, l'esperienza storica dei magistrati sotto i regimi totalitari del Novecento costituisce uno dei banchi di prova più radicali della necessità di un'etica giudiziaria.

La questione centrale riguarda la compatibilità tra deontologia professionale e obbedienza a un ordinamento giuridico

<sup>(25)</sup> Così F. MASTROBERTI, *Gli scabini bendati*, cit., p. 172.

<sup>(26)</sup> Si tratta – come noto – dell'*ordonnance civile touchant la réformation de la justice* del 1667 e dell'*ordonnance criminelle* del 1670, altrimenti note con il nome di *Code Louis*, che disciplinarono fino all'inizio del XIX secolo lo svolgimento dei processi civili e penali nell'intero Regno di Francia.

<sup>(27)</sup> P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998. È tuttavia noto che questa immagine risultava in parte artificiale, poiché anche negli ordinamenti di *civil law* l'attività interpretativa dei giudici continuava a incidere profondamente nella creazione del diritto; cfr. G. SCARSELLI, *Il giudice, tra principi deontologici e regole comportamentali*, in «Il foro italiano», 2010, V, c. 274 ss.

<sup>(28)</sup> È questo il filo rosso che si addipana lungo l'intero saggio di F. MASTROBERTI, *Gli scabini bendati*, cit., p. 152 ss., spec. p. 172 s., volto a ricostruire i passaggi storici che hanno condotto alla concretizzazione della «giustizia bendata» in un vero e proprio modello di giudice.

radicalmente ingiusto, in cui la legge, lungi dal tutelare i diritti, diviene sistematico strumento di oppressione. La riflessione sull'etica giudiziaria nei regimi dittatoriali ruota attorno al concetto di complicità istituzionale, ossia la partecipazione strutturale del potere giudiziario all'attuazione delle politiche oppressive del regime.

Studi storici hanno infatti dimostrato come nelle dittature europee del XX secolo – in particolare sotto il nazismo<sup>(29)</sup> – il sistema giudiziario non fu semplicemente soggiogato dal potere politico, ma divenne un suo pilastro attivo<sup>(30)</sup>, un'istituzione che fornì al regime l'apparenza di legalità<sup>(31)</sup>. Il valore deontologico

<sup>(29)</sup> Diverso discorso dovrebbe esser fatto per la magistratura italiana sotto il regime fascista, dove la ricerca storica ha evidenziato la contraddittorietà degli atteggiamenti esteriori dei giudici durante il ventennio: se alcuni esempi porterebbero a far pensare a un generale asservimento al regime, se ne rinviengono altri che testimoniano una coraggiosa opposizione (cfr. G. NEPPI MODONA, *La magistratura e il fascismo*, in *Fascismo e società italiana*, Torino, 1973, p. 134 ss., spec. p. 160). Cfr. tuttavia L. BIANCHI D'ESPINOSA, *L'Italia: la magistratura*, in *Società e potere in Italia e nel mondo*, Torino, 1970, p. 39, secondo cui, pur nella difficoltà di offrire un giudizio storico complessivo, la magistratura italiana ha sostanzialmente resistito al governo fascista.

<sup>(30)</sup> I. MÜLLER, *Hitler's Justice: The Courts of the Third Reich*, Cambridge, 1991, p. 37, dove si evidenzia come – a meno di due mesi dalla nomina di Hitler a cancelliere del Reich – il Consiglio direttivo della federazione dei giudici tedeschi si era affrettato a dichiarare fedeltà a Hitler e al nuovo governo: «*the governing board of the Federation of Judges issued a declaration on March 19 expressing approval of “the will of the new government to put an end to the immense suffering of the German people” and offered its cooperation in the “task of national reconstruction”*»: «*May German law hold sway in German domains! German judges have always been loyal to the nation and aware of their responsibility*». The declaration ended with the assurance: «*German judges place their full confidence in the new government*».

<sup>(31)</sup> Ciò è confermato dalle parole di Telford Taylor, procuratore capo nel processo di Norimberga contro i crimini di guerra dopo la seconda guerra mondiale: «*leaders of the German judicial system, consciously and deliberately suppressed the law, engaged in an unholy masquerade of brutish tyranny disguised as justice, and converted the German judicial system to an engine of despotism, conquest, pillage, and slaughter*»: cfr. H.P. GRAVER, *Why Adolf Hitler Spared the Judges: Judicial Opposition Against the Nazi State*, in «*German Law Journal*», 2018, p. 845 ss., spec. p. 846.

attribuito alla «fedeltà allo Stato» divenne così incompatibile con il principio di giustizia sostanziale. L'*ethos* professionale fu assorbito dalla retorica del dovere e dell'«onore dell'ufficio», concetti che servirono a giustificare un comportamento privo di autonomia etica<sup>(32)</sup>.

La degenerazione dell'etica professionale derivò non tanto da una coercizione diretta, quanto da un processo di autonomo allineamento o annichilimento morale: i giudici interiorizzarono i valori del regime e li assunsero come parametri interpretativi del diritto. In questo senso, la deontologia venne svuotata del suo nucleo etico, riducendosi a un'etica dell'obbedienza e della disciplina, coerente con la concezione gerarchica dello Stato totalitario.

Nel contesto tedesco, tale atteggiamento fu favorito anche da un assetto istituzionale che concepiva il giudice come funzionario pubblico, vincolato alla disciplina e alla gerarchia più che alla coscienza, inserito in una carriera che lo avrebbe portato ai vertici del sistema giudiziario<sup>(33)</sup>. Le norme deontologiche dell'epoca, influenzate dalla cultura corporativa, non contemplavano un dovere di disapplicazione della legge ingiusta: la moralità del magistrato coincideva con l'efficienza e la lealtà.

E tuttavia, la ricerca storica ha dimostrato che, anche nelle più oscure tenebre del totalitarismo, non mancarono fulgidi esempi di magistrati che seppero anteporre il proprio credo etico alle lu-

<sup>(32)</sup> Secondo I. MÜLLER, *Hitler's Justice*, cit., p. 73: «*Judges were liberated from their obligation to the law only to be constrained by an incomparably more reactive obligation to the main principles of the Führer's government, a step which in the last analysis had the effect of making 'the judge a direct servant of the state'*».

<sup>(33)</sup> Osserva I. MÜLLER, *Hitler's Justice*, cit., p. XI: «*German judges, like their British and American counterparts, are trained at law schools alongside students headed for private practice or business or government work. But their later career path is different, branching off immediately after formal legal education. Thus, German judges are not chosen for the bench after experience in the private bar but work their way up through the judicial system, starting as assistants in the Petty Courts and working toward a post on the Supreme Court. Their career path is thus much like that of the lifetime civil servant. It is a matter of conjecture whether judges on the Anglo-American model would have resisted Nazi incursions any better than German jurists did*».

singhe del potere, al conformismo del quieto vivere, e persino alle aperte minacce della dittatura. In un ampio studio sul comportamento dei giudici tedeschi sotto la dittatura nazista, si è evidenziato che, accanto a una maggioranza collaborazionista, vi furono sacche di resistenza silenziosa, in cui singoli magistrati tentarono di mitigare l'impatto delle norme discriminatorie attraverso interpretazioni restrittive o ritardi procedurali<sup>(34)</sup>. Questi episodi, pur minoritari, dimostrano che la coscienza morale individuale non fu del tutto annichilita e che, anche all'interno di un sistema dittatoriale, restava un margine per l'etica personale e professionale nell'esercizio della giurisdizione: una «deontologia del limite», vale a dire un'etica professionale che riconosce il confine oltre il quale l'obbedienza alla legge cessa di essere virtù e diviene complicità<sup>(35)</sup>.

<sup>(34)</sup> Assai severo, sul punto, il giudizio di I. MÜLLER, *Hitler's Justice*, cit., p. 196, che riesce a trovare una sola eccezione al totale asservimento del corpo giudiziario: «*No matter how hard one searches for stout-hearted men among the judges of the Third Reich (...) there remains a grand total of one: Dr. Lothar Kreyssig (...). The overwhelming majority (...) shared responsibility for the terror*». Lothar Kreyssig, giudice tutelare a Brandenburg an der Havel, fu l'unico magistrato tedesco ad aver contestato ufficialmente la legittimità del programma di eutanasia nazista (Aktion T4), denunciando l'assenza di qualsiasi fondamento giuridico per le uccisioni di persone affidate alla sua protezione e rifiutando di riconoscere validità normativa agli ordini provenienti dal vertice politico. Destituito per tale atto di resistenza, egli affermò con la propria condotta il primato della legalità e della coscienza sul potere, offrendo un esempio emblematico di indipendenza e responsabilità morale del giudice nel Novecento.

<sup>(35)</sup> In questo contesto può essere opportuno citare la ricerca storica di H.P. GRAVER, *Why Adolf Hitler Spared the Judges*, cit., p. 1289 ss., il quale analizza le diverse forme di opposizione che si sono manifestate all'interno della magistratura tedesca durante il regime nazista. Graver distingue tra opposizione visibile, invisibile e illegale. La prima consisteva in atti legali che tentavano di limitare l'applicazione delle leggi naziste, pur rimanendo dentro il quadro giuridico, mentre la seconda prendeva la forma di disobbedienza passiva, come il ritardo delle sentenze o l'interruzione di procedimenti, per evitare di confrontarsi apertamente con il regime. La terza forma di opposizione comprendeva atti di resistenza diretta e illegale, nei quali i giudici violavano apertamente la legge per proteggere i perseguitati dal regime.

È in questo contesto che può essere collocata la figura del «giudice coraggioso» elaborata da Gustav Radbruch, recentemente ri-evocata anche nella letteratura italiana<sup>(36)</sup> e destinata a diventare uno dei modelli più iconici del Novecento: si vedrà infatti che il coraggio è uno dei valori a cui si ispira ancor oggi la *Richterethik* tedesca<sup>(37)</sup>.

Secondo Radbruch, il giudice non deve essere un semplice esecutore meccanico, ma un giurista dotato di competenza, onestà e soprattutto coraggio morale: virtù necessaria per resistere a leggi formalmente valide ma sostanzialmente ingiuste<sup>(38)</sup>. La sua concezione, formatasi nel clima successivo al crollo del nazionalsocialismo, si richiama alla lezione di Paul Johann Anselm Feuerbach, il quale nel 1817, nel discorso di insediamento alla presidenza della Corte d'appello di Ansbach, affermava che «la disobbedienza è un sacro dovere del giudice, quando l'obbedienza equivarrebbe a tradimento della giustizia»<sup>(39)</sup>.

Il pensiero radbruchiano si colloca in una posizione critica rispetto al giuspositivismo ottocentesco<sup>(40)</sup>. Pur riconoscendo la fondamentale esigenza della certezza del diritto, Gustav Radbruch ne ridimensiona la portata<sup>(41)</sup>, insistendo sulla necessità che

<sup>(36)</sup> Nel prosieguo si farà riferimento al recente contributo di M. LALATTA COSTERBOSA, *Il giudice coraggioso di Gustav Radbruch*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2022, p. 311 ss.

<sup>(37)</sup> Rinvio al § 6 della parte II.

<sup>(38)</sup> Cfr. M. LALATTA COSTERBOSA, *Il giudice coraggioso di Gustav Radbruch*, cit., p. 333 ss.

<sup>(39)</sup> Cfr. P.J.A. FEUERBACH, *Die hohe Würde des Richteramts*, in «Jahrbücher für die Preußische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung», 1818, p. 305 ss., nonché in Id., *Naturrecht und positives Recht*, Freiburg, 1993, p. 226 ss., spec. p. 230: «Der Ungehorsam ist dem Richter eine heilige Pflicht, wo der Gehorsam Treubruch sein würde gegen die Gerechtigkeit, in deren Dienst allein er gegeben ist».

<sup>(40)</sup> Cfr. G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in «Süddeutsche Juristen-Zeitung», 1946, p. 105 ss., spec. p. 107: «Der Positivismus hat in der Tat mit seiner Überzeugung "Gesetz ist Gesetz" den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts».

<sup>(41)</sup> Cfr. ancora G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches*

essa sia intesa come affidabilità e generalizzabilità delle decisioni, e non come cieca fedeltà all'ordine positivo<sup>(42)</sup>. Per tale ragione, egli attribuisce al giudice un ruolo essenziale nella mediazione tra legalità e giustizia, attraverso l'uso della saggezza pratica e della categoria giuridica della *Natur der Sache*, ossia della «natura della cosa», come criterio per orientare l'interpretazione nei casi difficili<sup>(43)</sup>.

In questa prospettiva, la storia dei modelli di giudice si configura come una successione di paradigmi ideali che riflettono i valori dominanti delle diverse epoche: dal giudice «santo e forte» a quello «prudente», dall'«automat» al «coraggioso». L'attuale riflessione sull'etica giudiziaria si inserisce in questa continuità, ponendosi l'interrogativo se l'obbligo di conformazione alla legge sia ancora sufficiente a definire l'identità del giudice contemporaneo, o se, piuttosto, l'esercizio della funzione giurisdizionale non implichi – e forse non esiga – l'assunzione di un modello che la trascenda.

*3. La prospettiva costituzionale.* — Il confronto con le esperienze dittatoriali del Novecento costituisce un caso-limite della deontologia giudiziaria contemporanea: richiamare la complicità di parte della magistratura con i regimi totalitari del passato non risponde a un intento di condanna retrospettiva, ma alla necessità di delineare i limiti di un modello di giudice fondato sull'obbedienza acritica alla legge e di riaffermare, per contrasto, l'irrinunciabile esigenza di un'etica giudiziaria autonoma e responsabile.

Tuttavia, negli ordinamenti moderni, sorti sulle ceneri di quei regimi, l'etica e la deontologia del magistrato non possono più essere ricondotte a principi astratti, ma trovano fondamento in un preciso modello di giudice delineato dalle Carte costituzionali

*Recht*, cit., p. 107: «Aber Rechtssicherheit ist nicht der einzige und nicht der entscheidende Wert, den das Recht zu verwirklichen hat. Neben die Rechtssicherheit treten vielmehr zwei andere Werte: Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit».

<sup>(42)</sup> Cfr. altresì G. RADBRUCH, *Vorschule der Rechtsphilosophie*, in Id., *Gesamtausgabe*, vol. 3, Heidelberg, 1990, p. 147 s.

<sup>(43)</sup> Cfr. G. RADBRUCH, *Die Natur der Sache als juristische Denkform*, in Id., *Gesamtausgabe*, vol. 3, cit., p. 229 ss.

dei diversi Paesi e, per l'Italia, dalla Costituzione repubblicana del 1948. È da quest'ultima che occorre dunque prendere le mosse per comprendere se, e in quale misura, la Costituzione riconosca uno spazio proprio all'etica e alla deontologia della giurisdizione.

Il dubbio appare pienamente legittimo, se si considera che è stato affermato come le costituzioni non sono codici etici né parlano di etica, ma «al più, fra le altre cose che sono, sono strumenti di positivizzazione di alcuni fondamentali convincimenti etici di una comunità politica»: di qui l'autorevole sospetto che potesse risultare «contraddittorio anche il solo porre in collegamento etica e Costituzione»<sup>(44)</sup>. Infatti, nel momento stesso in cui quei convincimenti etici vengono positivizzati, «pel solo fatto d'averli resi – appunto – diritto positivo, li sottraggono alla disputa etica e li rendono prescrizioni giuridiche»<sup>(45)</sup>.

Tuttavia, poiché è la Costituzione a disciplinare, in primo luogo, l'organizzazione della magistratura (art. 101 Cost. ss.) e, con essa, l'esercizio della funzione giurisdizionale, garantendone in particolare l'indipendenza e l'imparzialità, è alla Carta costituzionale che occorre anzitutto fare riferimento per delineare il modello di giudice nell'ordinamento italiano<sup>(46)</sup>. Solo a partire da tale quadro sarà poi possibile valutare se e in quale misura questo modello risulti compatibile con una dimensione etica istituzionale, e, in particolare, quale spazio esso riservi alla deontologia giudiziaria<sup>(47)</sup>.

<sup>(44)</sup> Così M. LUCIANI, *L'etica responsabile del magistrato: la prospettiva costituzionalistica*, in *L'etica giudiziaria*, a cura di G. Lattanzi, A. Ciriello, F. Di Marzio, G. Grasso e S. Lembo, cit., p. 13.

<sup>(45)</sup> Cfr. M. LUCIANI, *L'etica responsabile del magistrato*, cit., p. 13.

<sup>(46)</sup> Deve pur rilevarsi che disposizioni relative all'esercizio della funzione giurisdizionale possono rinvenirsi anche ad un più alto livello (argomento *ex art. 11 Cost.*) internazionale e sovranazionale. In primo luogo, deve citarsi la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che al capo VI (artt. 47 ss.) riconosce ad ogni individuo il diritto a un ricorso effettivo davanti a un giudice indipendente e imparziale che esamini la causa pubblicamente ed equamente entro un termine ragionevole. Del pari, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo sancisce all'art. 6 il diritto a un processo equo davanti ad un giudice che abbia le stesse caratteristiche di indipendenza e imparzialità.

<sup>(47)</sup> Così anche M. LUCIANI, *L'etica responsabile del magistrato*, cit., p. 14.

Peraltro, benché le norme sulla magistratura siano collocate nella seconda parte della Costituzione, nel titolo IV, l'analisi non potrà limitarsi ad esse. Poiché la funzione giurisdizionale è finalizzata alla tutela dei diritti dei soggetti privati<sup>(48)</sup>, molti dei quali trovano il proprio fondamento nella prima parte della Costituzione, sarà necessario fare riferimento anche a quest'ultima per comprendere quale sia l'aspettativa di tutela che la collettività ripone nella magistratura.

Un dato primario del modello di giudice prescelto dalla Costituzione è stato rinvenuto nel combinato disposto degli artt. 1 e 101, comma 1, Cost., laddove quest'ultimo, stabilendo che «la giustizia è amministrata in nome del popolo», richiama implicitamente il primo che nel popolo individua il detentore della sovranità<sup>(49)</sup>.

Con tale esplicito rimando il Costituente ha espresso la scelta per un giudice professionale e non elettivo, come pure era stato proposto da una parte dell'Assemblea costituente. Dal momento infatti che la giustizia non è «del popolo», né amministrata o partecipata direttamente «dal popolo»<sup>(50)</sup>, ma solo «in suo nome», si tende a negare che la giurisdizione possa essere annoverata tra gli atti espressione di diretta sovranità popolare, come quelli che si concretizzano negli istituti di democrazia partecipativa o elettiva. Vale a dire, ancora, che i giudici che esercitano la funzione giurisdizionale (art. 102 Cost.) traggono la propria legittimazione da

<sup>(48)</sup> Il duplice risvolto della disciplina costituzionale della funzione giurisdizionale, sia – da un punto di vista di organizzazione – quale autonomo potere dello Stato indipendente dagli altri poteri, sia quale presidio di effettività dei diritti dei singoli, è costantemente tenuto presente dalla dottrina: cfr. C. MORTATTI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1962, p. 221 ss.; M. FASAN, *Essere o apparire? L'imparzialità dei magistrati tra questioni irrisolte e nuove sfide nel diritto costituzionale comparato*, in «DPCE online», 2024, p. 1657 ss., spec. p. 1660.

<sup>(49)</sup> Cfr. M. LUCIANI, *L'etica responsabile del magistrato*, cit., p. 14.

<sup>(50)</sup> Salvo e in perfetta simmetria con l'eccezione prevista dall'art. 102, comma 3, Cost., secondo cui la legge regola i casi e le forme della partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia.

una scelta della volontà popolare, ma i provvedimenti che emettono non sono diretta manifestazione di quella volontà<sup>(51)</sup>.

Da tale acquisizione discendono una serie di implicazioni che incidono in modo determinante sulla configurazione del modello di magistrato nell'ordinamento italiano e che, conseguentemente, delineano gli spazi entro cui possono liberamente esprimersi l'etica e la deontologia giudiziaria.

In primo luogo, dalla professionalità del magistrato si ricava il suo preciso obbligo – anch’esso di natura deontologica – di coltivare la formazione e un aggiornamento costante, posto che solo tali adempimenti sono in grado di fondare la legittimazione del giudice, radicandola sulla propria competenza tecnica<sup>(52)</sup>.

In secondo luogo, dal modello di magistrato professionista si ricava l’estraneità del magistrato dal circuito politico e dall’esigenza di assecondare (o – peggio ancora – accattivarsi) il consenso sociale: di qui la constatazione secondo cui ogni decisione giurisdizionale adottata nell’ottica del plauso che potrebbe riscontrare si colloca inevitabilmente fuori del perimetro che la Costituzione le assegna<sup>(53)</sup>.

<sup>(51)</sup> Cfr. M LUCIANI, *L'etica responsabile del magistrato*, cit., p. 15.

<sup>(52)</sup> Ciò che, invero, deriverebbe anche da una interpretazione neanche troppo lata dell’art. 97, comma 4, Cost., a mente del quale «agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge».

<sup>(53)</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Dieci regole di deontologia giudiziaria, conseguenti alla natura cognitiva della giurisdizione*, in *L'etica giudiziaria*, a cura di G. Latanzio, A. Ciriello, F. Di Marzio, G. Grasso e S. Lembo, cit., p. 25 ss., spec. p. 31 s., secondo cui «le sole persone di cui i magistrati devono riuscire ad avere non già il consenso, ma la fiducia, sono le parti in causa e principalmente gli imputati: fiducia nella loro imparzialità, nella loro onestà intellettuale, nel loro rigore morale, nella loro competenza tecnica e nella loro capacità di giudizio. Ciò che infatti delegittima la giurisdizione è non tanto il dissenso e la critica, che non solo sono legittimi ma operano come fattori di responsabilizzazione, bensì la sfiducia nei giudici e ancor peggio la paura, generate dalle violazioni delle garanzie stabilite dalla legge proprio da parte di chi la legge è chiamato ad applicare e che dalla soggezione soltanto alla legge ricava la sua legittimità. Per questo la fiducia delle parti in causa nei loro giudici è il principale parametro e il miglior banco di prova del tasso di legittimità della giurisdizione». Sul punto si veda anche M. LUCIANI, *L'etica responsabile del magistrato*, cit., p. 15.

Dal punto di vista della deontologia giudiziale, da ciò si è fatta derivare l'inammissibilità di qualunque sovraesposizione mediatica del magistrato<sup>(54)</sup>, quand'anche giustificata per ragioni di trasparenza e comprensibilità degli atti giurisdizionali che non si esprima nelle forme istituzionali che la Carta costituzionale assegna a questi ultimi: vale a dire la loro necessaria motivazione (art. 111, comma 6, Cost.)<sup>(55)</sup>. Peraltro, proprio dalla diffusa insistenza della Costituzione sull'onere di motivazione, considerata come l'essenza più propria dell'atto giurisdizionale, si è ricavato altro ambito su cui l'etica e la deontologia giudiziaria ha sicura incidenza sull'attività professionale del magistrato<sup>(56)</sup>, soprattutto in un'epoca in cui anche il legislatore ordinario – sospinto dal principio di ragionevole durata del processo – sembra volerla negliger<sup>(57)</sup>.

<sup>(54)</sup> M. LUCIANI, *L'etica responsabile del magistrato*, cit., p. 15.

<sup>(55)</sup> È noto peraltro che la dottrina processualcivilistica riconduce all'onere di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, accanto alla funzione endoprocessuale di garantire e dare effettività al diritto di azione costituzionalmente garantito (art. 24 Cost.) nei gradi di impugnazione, anche la funzione extraprocessuale di garantire trasparenza e comprensibilità al modo in cui è esercitato il potere giurisdizionale: il ché si riverbera – per quanto qui interessa – nella responsabilizzazione del decidente, «perché gli impone di esternare le ragioni della sua decisione: sicché egli in tal modo è costretto a sottoporre il suo operato al giudizio dei terzi, mettendo così in gioco la sua reputazione professionale»; così F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 16<sup>a</sup> ed., 2025, I, p. 47; ma considerazioni non dissimili sono contenute in tutta la manualistica processuale: cfr. G. RUFFINI, *Giustizia, giurisdizione, processo*, in *Diritto processuale civile*, a cura di G. Ruffini, vol. I, Bologna, 2023, p. 27.

<sup>(56)</sup> Si è giustamente evidenziato che fanno riferimento alla motivazione o ai motivi dei provvedimenti giurisdizionali non solo l'art. 111, comma 6, Cost., ma anche altre norme costituzionali, sia esplicitamente (come fanno gli artt. 13, comma 2; 15, comma 2; 21, comma 3; 111, comma 5, Cost.), ma anche implicitamente alludendo a «motivi» che possono essere alla base di un provvedimento giurisdizionale ovvero di un provvedimento amministrativo poi comunque soggetto, ai sensi dell'art. 113 Cost., al sindacato giurisdizionale (cfr. artt. 14, comma 2; 16, comma 1; 17, comma 3, Cost.); cfr. sul punto M. LUCIANI, *L'etica responsabile del magistrato*, cit., p. 18.

<sup>(57)</sup> Senza necessità di invocare la riforma dell'art. 360, n. 5, c.p.c., basta rilevare come sempre più frequenti sono le norme processuali che alludono

La centralità della motivazione nell'atto giurisdizionale richiama peraltro l'altra questione essenziale nell'attività del giudicare, vale a dire quella della valutazione dei fatti e dell'interpretazione delle norme di diritto. Sotto quest'ultimo profilo – muovendo dalla constatazione del fallimento della concezione del giudice quale mero applicatore meccanico della legge, come attestato dall'inne-gabile affermarsi del diritto giurisprudenziale – si è autorevolmente riconosciuto l'enorme margine di discrezionalità interpretativa affidato al giudice anche in un ordinamento di *civil law* <sup>(58)</sup>. Da ciò è tuttavia scaturita l'affermazione della necessità di un bilanciamento di tale discrezionalità anche sul piano etico volto a prevenire la deriva di un indiscriminato «crezionismo» giudiziario <sup>(59)</sup>, poiché tale esigenza di equilibrio non sembra poter essere adeguatamente surrogata né sul piano disciplinare <sup>(60)</sup>, né su quello legislativo <sup>(61)</sup>, né – infine – dal solo principio dell'interpretazione conforme a Costituzione.

A venire in rilievo, in tale prospettiva, è il delicato principio della separazione dei poteri, consacrato dall'art. 104 Cost.: si è infatti osservato che se da un lato il magistrato, in quanto titolare

a una motivazione succinta o sintetica. Sul tema, v. in particolare C. RASIA, *La crisi della motivazione*, Bologna, 2016, p. 69 ss.

<sup>(58)</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Dieci regole di deontologia giudiziaria*, cit., p. 28.

<sup>(59)</sup> Il rifiuto del crezionismo giudiziario è la quinta regola deontologica coniata da L. FERRAJOLI, *Dieci regole di deontologia giudiziaria*, cit., p. 28 ss.

<sup>(60)</sup> Cfr. l'attuale art. 2, comma 2, del decreto legislativo n. 109 del 2006, a mente del quale, salvo che il fatto non integri di per sé altro illecito disciplinare (quale «la grave violazione di legge determinata da ignoranza o negligenza inescusabile»), «l'attività di interpretazione di norme di diritto e quella di valutazione del fatto e delle prove non danno luogo a responsabilità disciplinare». Si veda anche l'art. 2, comma 2, della legge n. 117 del 1988 sulla responsabilità civile dei magistrati secondo cui «nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove», salvo il caso della «violazione manifesta della legge».

<sup>(61)</sup> Ciò non può avvenire né *ex ante*, con norme che vincolino stringentemente l'attività ermeneutica del giudice – come tenta di fare l'art. 12 delle preleggi – né *ex post*, mediante leggi di interpretazione autentica, le quali, peraltro, presuppongono a loro volta un preliminare esame interpretativo volto a verificare il loro carattere non innovativo.

di un potere diffuso dello Stato, è tenuto sempre a tutelare i diritti (inviolabili) e i principi (quale quello di uguaglianza) che la Costituzione impone all'intera Repubblica di riconoscere e garantire, dall'altra tuttavia non si può dimenticare che alla giurisdizione spetta il più circoscritto compito di «applicare» i precetti costituzionali, e non quello di darvi «attuazione», funzione quest'ultima riservata al Parlamento<sup>(62)</sup>.

Sempre in tale ordine di idee dei rapporti tra poteri dello Stato e della necessità di dare attuazione alla Costituzione, si è invece evidenziato come la soggezione del giudice alla legge sancita dall'art. 101, comma 2, Cost. debba essere interpretata in senso lato, come soggezione del giudice al diritto vigente nelle sue molteplici manifestazioni: e dunque – ancor prima che alla legge ordinaria – alla Costituzione, alle Convenzioni internazionali (soprattutto quella europea dei diritti dell'uomo), nonché al diritto dell'Unione europea, eccetera<sup>(63)</sup>. In tal modo acquista pregnanza anche in riferimento alla deontologia giudiziaria la scelta costituzionale (*ex art. 1 della legge costituzionale n. 1 del 1948*) di affidare diffusamente ai giudici il potere di accesso al controllo di costituzionalità<sup>(64)</sup>; ed oggi – andrebbe aggiunto – anche il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia *ex art. 267, comma 2, del Trattato su funzionamento dell'Unione europea*.

In materia di deontologia giudiziaria è peraltro destinato ad acquisire un ruolo decisivo il principio di imparzialità del giudice

<sup>(62)</sup> Sulla differenza tra applicazione e attuazione della Costituzione, cfr. M. LUCIANI, *L'etica responsabile del magistrato*, cit., p. 17.

<sup>(63)</sup> Il riferimento andrebbe esteso a tutte le fonti del diritto riconosciute dall'art. 117, comma 1, Cost.

<sup>(64)</sup> Per M. LUCIANI, *L'etica responsabile del magistrato*, cit., p. 17, «il magistrato, il giudice, in particolare, non può sottrarsi al dovere di sollevare la questione di costituzionalità quando sussiste un dubbio di legittimità costituzionale delle norme ordinarie da applicare (...). Non sollevare una questione di costituzionalità munita dei presupposti di cui alla l. cost. n. 1 del 1948 e alla l. n. 87 del 1953 è una delle più gravi violazioni dei doveri professionali del magistrato, perché impedisce alla Costituzione repubblicana di penetrare sino in fondo nel tessuto ordinamentale». Peraltro, sul rilievo deontologico del dovere del giudice di sollevare questioni di legittimità costituzionale di una legge, si era già espresso positivamente P. PAJARDI, *L'etica del magistrato*, in «Jus», 1977, p. 267 ss., spec. p. 291.

il quale, pur mancando di esplicito e formale riconoscimento nel testo originario della Costituzione, ha nondimeno trovato pieno e indiscusso riconoscimento nell'attività ermeneutica della Corte costituzionale radicandolo<sup>(65)</sup>.

Da ultimo, la legge costituzionale n. 2 del 1999 ha espressamente dato ingresso nel testo costituzionale al principio del giusto processo regolato dalla legge (art. 111, comma 1, Cost.), che si svolge nel contraddittorio tra le parti davanti a un giudice terzo e imparziale (art. 111, comma 2, Cost.). L'esplicito riconoscimento del principio di imparzialità del giudice ha così costituito terreno privilegiato per la riflessione deontologica, da cui è presto derivata l'elaborazione del corollario secondo cui non doveva essere garantita solo l'effettiva imparzialità del giudice, ma anche la sua «apparente imparzialità»<sup>(66)</sup>.

Sull'origine storica di quest'ultimo corollario si avrà modo di tornare nel prosieguo<sup>(67)</sup>, ma già sin d'ora è opportuno rilevare come il principio di terzietà e imparzialità del giudice sia stato così messo in particolare relazione con gli istituti dell'astensione e della ricusazione del giudice<sup>(68)</sup>. In tali ambiti, tuttavia, la sfera etica e deontologica del magistrato verrebbe in rilievo non tanto nei casi di astensione obbligatoria (ai sensi degli artt. 51, comma 1, e 73 cod. proc. civ. e artt. 34 ss. cod. proc. pen.), la cui inosservanza ingenera responsabilità disciplinare ai sensi dell'art. 2, lett. c, del decreto legislativo n. 109 del 2006<sup>(69)</sup>. Dunque, a venire in

<sup>(65)</sup> In questo senso, si veda anche di recente M. FASAN, *Essere o apparire?*, cit., p. 1657 ss., spec. p. 1661 s.

<sup>(66)</sup> Sul punto, cfr. M. FASAN, *Essere o apparire?*, cit., p. 1659.

<sup>(67)</sup> Si rimanda, in proposito, al § 7 della parte II, dove si darà conto dell'affermarsi, in senso alla judicial ethics statunitense, del principio della «*appearance of propriety*».

<sup>(68)</sup> L'osservazione non dovrebbe richiedere riferimenti, ma si vedano per tutti M. FASAN, *Essere o apparire?*, cit., p. 1664; nonché A. CARESTIA, *La violazione del dovere del giudice di essere e apparire imparziale*, in «Questione giustizia», 2024, p. 179 ss., spec. 181.

<sup>(69)</sup> Peraltra, sempre in riferimento all'imparzialità, la condotta del giudice è destinata a rilevare sotto il profilo disciplinare anche ai sensi dell'art. 2, lett. a), d.lgs. n. 109/2006: vale a dire quando il giudice, violando il dovere di imparzialità, arrechi ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti.

rilievo in materia di deontologia giudiziaria è invece l'astensione c.d. facoltativa – ma che in realtà andrebbe detta discrezionale<sup>(70)</sup> – nel caso di riscontrate «gravi ragioni di convenienza» *ex art.* 51, comma 2, cod. proc. civ. o 52 cod. proc. pen., la quale – si è affermato – dovrebbe avere «una collocazione particolare per la sua ampia potenzialità applicativa, sì che tali ragioni acquisiscono rilievo solo se dichiarate dal magistrato»<sup>(71)</sup>.

Altra norma costituzionale dalla quale possono essere tratte indicazioni in materia deontologica è quella dell'*art. 107, comma 3, Cost.*, ai sensi della quale «i magistrati si distinguono soltanto per diversità di funzioni». Da essa si è ricavato, in primo luogo, il rifiuto per ogni ordine gerarchico tra i magistrati (tra differenti gradi di giudizio ed anche all'interno del medesimo ufficio giudiziario) che possa incidere sull'autonomia professionale, etica e deontologica di ogni singolo giudice, rafforzandone dunque l'in-

<sup>(70)</sup> In tal senso, v. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 13<sup>a</sup> ed. Torino, 2023, vol. I, p. 654.

<sup>(71)</sup> Così C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., vol. I, p. 654, il quale – tuttavia – mette in guardia dal rischio che, anche in caso di astensione meramente discrezionale, un eventuale comportamento non imparziale del giudice – evidentemente per «gravi ragioni di convenienza» sottaciute non dichiarate – potrà avere sicuro rilievo deontologico (ai sensi degli artt. 1, 8, 9 e 13 del codice etico, sui quali v. *infra*, § 5) se non anche disciplinare (ai sensi dell'*art. 2, lett. a, d.lgs. n. 109/2006*). Di qui, proprio per prevenire tale rischio, sembra doversi leggere l'osservazione secondo cui anche l'astensione discrezionale per il magistrato «potrebbe costituire, dal punto di vista deontologico, non diversamente dai casi di astensione obbligatoria, un vero e proprio dovere»: così G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 6<sup>a</sup> ed., Bari, 2023, vol. I, p. 153. Nella stessa direzione peraltro, ancorché in riferimento all'astensione facoltativa del pubblico ministero nel processo penale, Cass. civ., sez. un., 26 marzo 2021, n. 8563, secondo le quali la facoltà di astensione del pubblico ministero per gravi ragioni di convenienza, va interpretato alla luce dell'*art. 323 cod. pen.*, ove la ricorrenza di «un interesse proprio o di un prossimo congiunto» è posta a base del generale dovere di astensione, in coerenza con il principio di imparzialità dei pubblici ufficiali *ex art. 97 Cost.*, occorrendo altresì equiparare il trattamento del magistrato del pubblico ministero – il cui statuto costituzionale partecipa dell'indipendenza del giudice – al trattamento del giudice penale, obbligato ad astenersi per gravi ragioni di convenienza ai sensi dell'*art. 36 cod. proc. pen.*

dipendenza interna all'ordine giudiziario. In secondo luogo, da tale norma si è tratto anche un rifiuto del carrierismo e di tutte le norme e le prassi che lo possano alimentare, a cominciare dalle valutazioni di professionalità al momento degli avanzamenti nello *status* dei magistrati<sup>(72)</sup>.

L'art. 107, comma 3, Cost., tuttavia consente anche una lettura in positivo, nel senso che sia possibile e legittimo distinguere i magistrati per funzioni, ciò che importerebbe la necessità di adottare criteri obiettivi nell'assegnazione delle funzioni per individuare il magistrato più adeguato ad esercitarle: ambito nel quale il discorso etico e deontologico non può in alcun modo considerarsi irrilevante.

Peraltro, il riferimento all'assegnazione della funzione non può non richiamare alla mente il principio del giudice naturale precostituito sancito dall'art. 25 Cost., il quale viene in particolare rilievo – per la materia qui trattata – come strumento per garantire imparzialità. La norma va letta sullo sfondo di una presunzione di assoluta parzialità di un giudice che fosse scelto con violazione degli ordinari e previamente fissati<sup>(73)</sup> criteri di assegnazione delle controversie<sup>(74)</sup>. A venire in rilievo in tale contesto è, in particolare, la disciplina relativa all'assegnazione degli affari giudiziari attraverso il c.d. sistema tabellare<sup>(75)</sup>, i cui meccanismi e le cui

<sup>(72)</sup> In questo senso L. FERRAJOLI, *Dieci regole di deontologia giudiziaria*, cit., p. 33.

<sup>(73)</sup> Cfr. Corte cost. 23 dicembre 1998, n. 419, al punto n. 2 del considerato in diritto, secondo cui il principio del giudice naturale concorre a garantire che «la competenza degli organi giudiziari [sia] sottratta ad ogni possibilità di arbitrio», escludendo, proprio al fine di assicurarne l'imparzialità, «che il giudice possa essere designato tanto dal legislatore con norme singolari che deroghino a regole generali quanto da altri soggetti con atti loro rimessi, dopo che la controversia è insorta».

<sup>(74)</sup> La sentenza della Corte cost., 23 dicembre 1998, n. 419, cit., al punto n. 5 del considerato in diritto, ha riconosciuto che l'individuazione dell'organo giudicante deve rispondere a «regole e criteri che escludano la possibilità di arbitrio anche nella specificazione dell'articolazione interna dell'ufficio cui sia rimesso il giudizio, giacché pure nell'organizzazione della giurisdizione deve essere manifesta la garanzia di imparzialità».

<sup>(75)</sup> Il sistema tabellare è disciplinato dagli artt. 7-bis e 7-ter ord. giud. di cui al regio decreto n. 12 del 1941, introdotti dall'art. 3, comma 1, del d.P.R.

eventuali violazioni risultano tuttavia difficili da vigilare e sanzionare: di qui l'individuazione di un ulteriore spazio di operatività delle regole deontologiche<sup>(76)</sup>.

Un ultimo accenno – che non potrà essere qui integralmente svolto, ma costituirà il punto terminale di una specifica riflessione<sup>(77)</sup> – deve essere dedicato al rilievo costituzionale della responsabilità disciplinare dei magistrati e alla riserva di legge ivi prevista (artt. 105 e 107, comma 2, Cost.). Trattandosi di materia contigua a quella della responsabilità etica e deontologica dei magistrati, ci si è interrogati sulle rispettive aree di competenza e dell'interrogativo – che sin d'ora si pone – se sia data la possibilità di intravedere una latente sovrapposizione delle stesse.

La riflessione relativa allo statuto costituzionale e deontologico della magistratura si è inoltre estesa alla questione relativa a quanto i diritti fondamentali di cui gode il magistrato alla pari di ogni altro cittadino – si pensi alla libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost.)<sup>(78)</sup>, alla libertà di associazione

n. 449 del 1988. Per l'importanza della sua istituzione anche da un punto di vista storico, si rinvia a A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, Bologna, 2012, p. 325 s.; nonché E. BRUTI LIBERATI, *La magistratura dall'attuazione della Costituzione agli anni '90*, in *Storia dell'Italia repubblicana*, vol. 3, II, Torino, 1997, pp. 141-240.

<sup>(76)</sup> Non può infatti sembrare un caso che l'art. 14, comma 8, del codice etico dei magistrati attribuisce al magistrato dirigente il dovere deontologico di curare «l'attuazione del principio del giudice naturale».

<sup>(77)</sup> Si rinvia, in particolare, ai §§ 9 e 10 della parte II del presente saggio.

<sup>(78)</sup> Cfr. Corte cost., 7 maggio 1981, n. 101: «I magistrati, per dettato costituzionale (artt. 101, comma secondo, e 104, comma primo, Cost.), debbono essere imparziali e indipendenti e tali valori vanno tutelati non solo con specifico riferimento al concreto esercizio delle funzioni giurisdizionali ma anche come regola deontologica da osservarsi in ogni comportamento al fine di evitare che possa fondatamente dubitarsi della loro indipendenza ed imparzialità nell'adempimento del loro compito. I principi anzidetti sono quindi volti a tutelare anche la considerazione di cui il magistrato deve godere presso la pubblica opinione; assicurano, nel contempo, quella dignità dell'intero ordine giudiziario, che la norma denunziata qualifica prestigio e che si concreta nella fiducia dei cittadini verso la funzione giudiziaria e nella credibilità di essa. (...) Gli anzidetti rilievi consentono di affermare la piena compatibilità tra libera manifestazione del pensiero e tutela della dignità del singolo magistrato e dell'in-

riconosciuta dall'art. 18 Cost. e alla libertà di partecipazione alla vita politica della Repubblica ai sensi degli artt. 49 e 51 Cost.<sup>(79)</sup> – siano suscettibili di essere compresi non solo dalla legge, ma anche dall'esigenza deontologica di garantire l'imparzialità del giudice, portando gli interpreti ad interrogarsi sul limite costituzionalmente tollerabile di tali restrizioni<sup>(80)</sup>.

Si tratta di ambiti della sfera di libertà dei singoli magistrati che richiederebbero, ciascuno presso singolarmente, un esame specifico, impossibile da svolgere in questa sede, e sui quali grava la necessità di considerare norme costituzionali specifiche, ad esempio, per quanto riguarda il diritto di iscriversi a partiti politici, l'art. 98, comma 3, Cost.; più in generale, l'art. 54, comma 2, Cost. stabilisce che i cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina ed onore<sup>(81)</sup>.

terò ordine giudiziario; l'equilibrato bilanciamento degli interessi tutelati non comprime il diritto alla libertà di manifestare le proprie opinioni ma ne vieta soltanto l'esercizio anomalo e cioè l'abuso, che viene ad esistenza ove risultino lesi gli altri valori sopra menzionati».

<sup>(79)</sup> Cfr. sul punto Corte cost., 17 luglio 2009, n. 224, che ha riconosciuto costituzionalmente legittima la legge che configura quale illecito disciplinare per i magistrati l'iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici, affermando nello specifico che «Non è ravvisabile (...) alcuna violazione dei parametri costituzionali invocati dal giudice rimettente, perché, nel disegno costituzionale, l'estraneità del magistrato alla politica dei partiti e dei suoi metodi è un valore di particolare rilievo e mira a salvaguardare l'indipendente ed imparziale esercizio delle funzioni giudiziarie, dovendo il cittadino essere rassicurato sul fatto che l'attività del magistrato, sia esso giudice o pubblico ministero, non sia guidata dal desiderio di far prevalere una parte politica».

<sup>(80)</sup> Cfr., in generale, Corte cost., 7 maggio 1981, n. 101, cit., secondo la quale «deve riconoscersi – e non sono possibili dubbi in proposito – che i magistrati debbono godere degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni altro cittadino ma deve del pari ammettersi che le funzioni esercitate e la qualifica da essi rivestita non sono indifferenti e prive di effetto per l'ordinamento costituzionale».

<sup>(81)</sup> Sull'interpretazione dell'art. 54, comma 2, Cost., si veda M. LUCIANI, *L'etica responsabile del magistrato*, cit., p. 19, secondo il quale andrebbe «escluso che il richiamo alla disciplina possa implicare l'assoggettamento ai convincimenti o agli stili di vita maggioritari, mentre quello all'onore serve a chiarire che, come per tutti i pubblici dipendenti, anche per i magistrati l'esercizio delle attribuzioni di competenza deve essere in armonia con la funzione, anche nello

In conclusione, la Costituzione, ancorché sia muta in materia etica e nulla di definitivo dica in proposito, mostra ampi margini entro cui può legittimamente svolgersi il dibattito in materia di deontologia giudiziaria, in relazione alle varie tematiche e ambiti da questa prese in considerazione. È evidente, tuttavia, che il compromesso tra le contrapposte istanze e principi costituzionali non può essere rinvenuto nella Costituzione stessa ma dovrebbe essere affidato alla stessa magistratura proprio in ossequio al principio di separazione dei poteri (art. 104 Cost.).

*4. L'evoluzione della magistratura nell'età repubblicana e i primi studi pionieristici in Italia in materia di etica giudiziaria.* — Qualsiasi indagine sull'etica giudiziaria in Italia risulterebbe incompleta se non offrisse, almeno, un profilo della figura del giudice nel contesto dello sviluppo storico della magistratura italiana in età repubblicana. Per quanto qui interessa<sup>(82)</sup>, le ricerche storiche condotte sull'evoluzione dell'ordine giudiziario hanno messo in luce il nesso profondo tra la progressiva attuazione delle garanzie costituzionali e il lento abbandono dell'impronta burocratica della cultura giudiziaria.

All'indomani della Liberazione, il sistema giudiziario italiano presentava forti elementi di continuità con il passato: la mancata epurazione dei vertici compromessi con il fascismo e la sopravvivenza delle strutture gerarchiche del Ministero di Grazia e Giustizia determinarono una sostanziale inerzia istitu-

stile». Peraltro, secondo G. ONDEI, *Etica, deontologia, funzioni giudicanti e requirenti: tra efficienza, percezione ed effettività*, in *L'etica giudiziaria*, a cura di G. Lattanzi, A. Ciriello, F. Di Marzio, G. Grasso e S. Lembo, cit., p. 88, «l'art. 54 della Costituzione italiana in qualche modo introduce il rilievo dell'etica nello svolgimento delle funzioni pubbliche». In proposito, v. anche l'ampia disamina di A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2013, p. 95 ss.

<sup>(82)</sup> La finalità del presente lavoro non consente di soffermarsi diffusamente sulla storia della magistratura italiana, che, del resto, rileva in questa sede solo in termini generali. Per un approfondimento sull'argomento, si rinvia alle opere di A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, cit.; e di E. BRUTI LIBERATI, *Magistratura e società nell'Italia repubblicana*, Bari, 2018.

zionale e culturale<sup>(83)</sup>. In quegli anni cruciali per la storia del paese la magistratura si ritrovò di fatto a passare da un regime, quello fascista, allo Stato repubblicano, democratico e costituzionale, senza praticamente alcuna forma o momento di discontinuità<sup>(84)</sup>.

Le garanzie costituzionali rimasero per lungo tempo inattuate o interpretate in modo restrittivo. Le disposizioni transitorie che mantenne in vigore l'ordinamento giudiziario del 1941, insieme al ritardo nell'istituzione della Corte costituzionale (nel 1956) e del Consiglio superiore della magistratura (nel 1958), produssero un effetto di «congelamento costituzionale» che rese tardiva l'attuazione del nuovo modello di giudice repubblicano<sup>(85)</sup>.

In questo contesto, la cultura professionale della magistratura rimase, in un primo momento, ancorata al paradigma del giudice-funzionario, concepito come mera «bocca della legge», privo di reali margini di discrezionalità e di una piena consapevolezza del proprio ruolo istituzionale e sociale. Tale atteggiamento rifletteva la formazione liberale e l'impostazione positivistica delle generazioni di magistrati formatesi durante il regime, per i quali la fedeltà alla norma – anche quando espressione di un ordine autoritario – era ritenuta garanzia di neutralità e professionalità<sup>(86)</sup>.

Si è individuata negli anni Cinquanta una fase di apparente stabilità, segnata dalla creazione del Consiglio superiore della magistratura, ma anche dalla sua iniziale configurazione come organo meramente amministrativo, dominato dai vertici della Cassazione

<sup>(83)</sup> Cfr. A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, cit., p. 247 ss.

<sup>(84)</sup> In questo senso M. D'AMICO, *La continuità tra regime fascista e avvento della Costituzione repubblicana*, in *L'Italia ai tempi del ventennio fascista: a ottant'anni dalle leggi antiebraiche. Tra storia e diritto*, a cura di M. D'Amico, A. De Francesco e C. Siccardi, Milano, 2019, p. 219 ss.

<sup>(85)</sup> Come noto, la paternità della formula «congelamento costituzionale» è di P. CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, in *Dieci anni dopo, 1945-1955: saggi sulla vita democratica italiana*, Bari, 1955, p. 209 ss.

<sup>(86)</sup> M. D'AMICO, *Storia della magistratura italiana: capitale sociale, principi costituzionali e recenti vicende storiche*, in *Storia della magistratura*, a cura di C. Consolo, F. De Marzio e G. Grasso, Roma, 2022, p. 181 ss.

e privo di reale autonomia decisionale<sup>(87)</sup>. Parallelamente, si è evidenziato come la magistratura italiana faticò a comprendere la portata precettiva della Costituzione, rimanendo per oltre un decennio ancorata a un'applicazione formalistica delle leggi anteriori al 1948. Tale atteggiamento trovava giustificazione nella presunta natura «programmatica» delle norme costituzionali, concepite come meri enunciati rivolti al legislatore, e non come criteri immediatamente vincolanti per il giudice<sup>(88)</sup>.

Soltanto agli inizi degli anni Sessanta cominciò a delinearsi, all'interno della magistratura, un nuovo orientamento culturale, fondato su una diversa concezione del ruolo sociale del giudice, chiamato a valorizzare il richiamo diretto ai principi costituzionali e a prestare una crescente attenzione alla tutela dei diritti sociali<sup>(89)</sup>. Con il XII Congresso nazionale dell'Associazione nazionale magistrati, tenutosi a Gardone nel 1965, maturò la consapevolezza che il giudice dovesse garantire «un'applicazione della norma conforme alle finalità fondamentali volute dalla Costituzione»<sup>(90)</sup>.

L'adesione effettiva al modello costituzionale si accompagnò a un processo di democratizzazione interna dell'ordine giudiziario.

<sup>(87)</sup> Cfr. A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, cit., p. 287 ss.

<sup>(88)</sup> M. D'AMICO, *Storia della magistratura italiana*, cit., p. 5.

<sup>(89)</sup> In tale contesto non può non ricordarsi il volume *Magistrati o funzionari?* Atti del Symposium su *Ordinamento giudiziario e indipendenza della magistratura*, a cura di G. Maranini, Milano, 1962: cfr. inoltre A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, cit., p. 310 ss.

<sup>(90)</sup> Si veda il volume degli atti del convegno, curato dall'Associazione nazionale magistrati, dal titolo *Atti e commenti: XII Congresso nazionale (Brescia-Gardone, 25-28 settembre 1965)*, Roma, 1966, pp. 309-310. La mozione finale del Congresso di Gardone afferma «che spetta (...) al giudice, in posizione di imparzialità ed indipendenza nei confronti di ogni organizzazione politica e di ogni centro di potere: 1) applicare direttamente le norme della Costituzione quando ciò sia tecnicamente possibile in relazione al fatto concreto controverso; 2) rinviare all'esame della Corte costituzionale, anche d'ufficio, le leggi che non si prestino ad essere ricondotte, nel momento interpretativo, al dettato costituzionale; 3) interpretare tutte le leggi in conformità ai principi contenuti nella Costituzione, che rappresentano i nuovi principi fondamentali dell'ordinamento giuridico statuale».

Il superamento della gerarchia tradizionale, l'ammissione delle donne al concorso in magistratura, l'introduzione del principio dei «ruoli aperti» e la nascita delle correnti associative all'interno dell'Associazione nazionale magistrati contribuirono a ridefinire l'identità collettiva di una magistratura sempre più consapevole del proprio ruolo sociale e non di semplice corpo tecnico-amministrativo<sup>(91)</sup>. Tale trasformazione, tuttavia, non è rimasta indenne da ambiguità: se da un lato l'associazionismo favorì la partecipazione e il pluralismo, dall'altro esso divenne progressivamente terreno di competizione interna, di carrierismo e di politicizzazione dell'autogoverno, anticipando le degenerazioni correntizie che sarebbero esplose nei decenni successivi<sup>(92)</sup>.

Non è casuale che, proprio nello stesso periodo in cui si era andato realizzando lo «scongelamento istituzionale» della figura del giudice ereditato dalla tradizione, sia emerso per la prima volta in Italia interesse per il tema dell'etica giudiziaria. In particolare, l'evoluzione del modello di giudice è stato oggetto della riflessione condotta da Uberto Scarpelli, impegnato ad affrontare il problema del ruolo di quest'ultimo nello Stato moderno<sup>(93)</sup>.

Scarpelli evidenzia come i modelli di giudici perpetrati dalla tradizione – in particolare, quello illuminista del giudice quale «bocca della legge»<sup>(94)</sup> e quello del giudice quale «funzionario»

<sup>(91)</sup> Su tutti questi temi, per una più ampia e approfondita esposizione, si rimanda a A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, cit., p. 311 ss.

<sup>(92)</sup> Sul punto, di recente, M. VOLPI, *Le correnti della magistratura: origini, ragioni ideali, degenerazioni*, in «Rivista AIC», 2020, n. 2, p. 355 ss.

<sup>(93)</sup> L'attenzione per la ricerca condotta da questo autore è stata di recente rivitalizzata dalla pubblicazione di uno scritto inedito di U. SCARPELLI, *Modelli di giudice*, in «Lo Stato», 2023, p. 195 ss., che costituiva il frutto della relazione svolta al Convegno sul tema *La istituzione giudiziaria nel XXV anniversario dell'entrata in funzione del Consiglio superiore della magistratura: esperienze e Prospettive*, svoltosi presso l'Università di Parma dal 6 al 9 giugno 1984. Il testo, come si vedrà, è volto a comprendere quali ragioni debbano fondare il giudizio e la decisione significa riconoscere che ogni forma di giurisdizione riflette una scelta politica e culturale.

<sup>(94)</sup> Il modello di matrice illuministica, secondo Scarpelli, affonda le radici nel pensiero di Hobbes, Montesquieu, Beccaria e Rousseau e si fonda sull'idea che la legge, espressione della volontà generale, rappresenti l'unico criterio le-

del *code Napoléon* (95) – corrispondono a diverse concezioni di politica del diritto, entrate in crisi nel Novecento a causa degli imponenti fenomeni della decodificazione, della moltiplicazione delle fonti, della pluralità degli ordinamenti, nonché per effetto della costituzionalizzazione del diritto, che hanno dissolto l'unità sistematica della legge, sostituendo la certezza normativa con la centralità dei principi (96).

In tale direzione, Scarpelli mostra di rifiutare la dicotomia, diffusa nella seconda metà del Novecento, tra giudice tecnico e giudice politico, sostenendo che il giudicare non può mai essere neutrale: anche l'applicazione più rigorosa della legge implica una visione del diritto e del suo rapporto con la società (97).

La riflessione scarpelliana può essere letta come un tentativo di analisi (e, allo stesso tempo, un portato) delle cause dell'evoluzione del modello di magistrato nel Novecento e, indirettamente, come un contributo implicito alla deontolo-

gittimo del giudizio. Il giudice, ridotto a «bocca della legge», deve applicarla nella sua lettera, rinunciando a ogni potere creativo o discrezionale (U. SCARPELLI, *Modelli di giudice*, cit., p. 196 ss.). Il sillogismo giudiziario descritto da Beccaria ne è la rappresentazione ideale: la certezza del diritto e la sicurezza dei cittadini dipendono dall'adesione alla norma e dal rifiuto di interpretazioni soggettive (U. SCARPELLI, *Modelli di giudice*, cit., p. 200 ss.). Tale modello, che unisce formalismo e razionalità, fonda un'etica della legalità e dell'imparzialità, in cui la neutralità del giudice costituisce garanzia di libertà.

(95) Il secondo modello, codicistico, si realizza con la codificazione ottocentesca, in particolare con il *code Napoléon*, che traduce l'ideale della chiarezza normativa in un sistema coerente e autosufficiente. Il giudice vi assume la funzione di tecnico del diritto, garante della certezza e dell'uniformità dell'ordinamento (U. SCARPELLI, *Modelli di giudice*, cit., p. 205 ss.). Ne deriva una deontologia fondata sulla competenza e sulla fedeltà alla legge, ma anche il rischio di un riduzionismo burocratico che appiattisce la giurisdizione su un esercizio puramente amministrativo della legalità.

(96) Cfr. U. SCARPELLI, *Modelli di giudice*, cit., p. 221 ss.: un'attenzione peculiare è dedicata da Scarpelli all'ermeneutica contemporanea e alla filosofia del linguaggio, che hanno inoltre reso problematica l'idea di un significato univoco della norma, spingendo verso una visione più creativa dell'interpretazione.

(97) U. SCARPELLI, *Modelli di giudice*, cit., p. 196, dove l'autore dichiara di voler «mostrare (...) quanto sia errato mettere di fronte, riguardo all'istituzione giudiziaria, il diritto (da una parte) e la politica (dall'altra parte)».

gia giudiziaria: essa delinea un modello di giudice consapevole dell'intrinseca politicità della propria funzione, ma capace di contenerla entro i limiti del linguaggio giuridico e della razionalità istituzionale<sup>(98)</sup>.

È in questa stessa atmosfera culturale che si colloca il contributo – definito dallo stesso autore come – «pionieristico» offerto da Piero Pajardi agli studi in materia di etica giudiziaria, soprattutto per l'ampiezza con cui l'autore ha saputo intrecciare la dimensione personale, professionale e sociale dell'impegno del magistrato, non disgiunto da una tensione verso il trascendente<sup>(99)</sup>. Quello dell'autore è infatti il (primo) «tentativo di codificare, in termini motivati quanto sintetici e precisi, una tematica deontologica professionale del magistrato» non limitata ad una prospettiva operativa, ma estesa ad «un'etica totale», che investe «l'intero modo di essere dell'uomo magistrato in tutti i motivi che arricchiscono la sua personalità, culturali, ideologici, etici, professionali, operativi, ed ancora, sociali e costituzionali»<sup>(100)</sup>.

Il cuore della proposta pajardiana è l'elaborazione di un'etica del magistrato, profondamente inserito in una società di persone, che tenta di perseguire quel bene comune «che contrasta coll'eゴismo degli individui ma che si armonizza col bene individuale» e che «consiste in quelle condizioni esterne che sono necessarie all'insieme ed ai singoli individui per lo sviluppo delle loro virtù morali e delle loro attitudini, della loro vita materiale, spirituale, intellettuale e religiosa»<sup>(101)</sup>.

<sup>(98)</sup> U. SCARPELLI, *Modelli di giudice*, cit., p. 216 ss.

<sup>(99)</sup> Al riguardo, corre l'onere di precisare che P. PAJARDI, *L'etica del magistrato*, cit., p. 267, mette sin da subito in chiaro che la prospettiva dalla quale si pone nell'approcciarsi al tema dell'etica giudiziaria è propriamente quella della magistratura cattolica. Tuttavia emerge in alcuni passaggi come l'aperta confessione dell'autore sia mossa da ragioni di pura onestà intellettuale (più che confessionali) di esplicitare il fondamento trascendente della propria etica: «l'esperienza storica – scrive al riguardo – mostra che la deontologia frana (...) quando non ancorata in qualche modo ad una fede religiosa capace di educare al gusto e al senso del trascendente, in vista del quale, *sub specie aeternitatis*, trova più intensa giustificazione un impegnativo ed oneroso regolamento della vita umana».

<sup>(100)</sup> P. PAJARDI, *L'etica del magistrato*, cit., p. 267.

<sup>(101)</sup> P. PAJARDI, *L'etica del magistrato*, cit., p. 269.

In tale prospettiva si colloca anche il lavoro del magistrato, il cui frutto ultimo – la sentenza – acquista validità e diviene atto della collettività proprio nella misura in cui «nella sua forma, nella sua metodologia, nel suo contenuto normativo, persegua, raggiunga e realizzi il bene comune»<sup>(102)</sup>. È su tali premesse che Pajardi delinea un’etica giudiziaria che, articolandosi in una serie di canoni, risulta capace di toccare tutte le multiformi dimensioni del vivere sociale nel quale il magistrato è inserito.

Nell’etica della carità (o della solidarietà per i non credenti) umana viene radicato l’ideale – cui il magistrato deve tendere – di giustizia, disancorata da una concezione burocratica quale «mero adempimento di diritti o doveri sulla base di una norma codificata», ma intesa come «un ordine razionale, oggettivo e universale che prende alla base la dignità dell’uomo»<sup>(103)</sup>. Nell’etica della funzione (o della dedizione) trovano fondamento i singoli adempimenti tecnico-professionali che costituiscono per il magistrato lo strumento per veicolare quel tremendo potere pubblico del quale è investito proprio in vista del raggiungimento del bene comune: il rendere giustizia<sup>(104)</sup>.

Il passaggio più delicato dell’etica giudiziaria pajardiana è tuttavia quello dell’etica della vita privata del magistrato, per il quale l’autore reputa «valida la pretesa che egli giudichi se stesso come giudica i soggetti che a lui ricorrono o che a lui vengono sottoposti»<sup>(105)</sup>.

Quanto alle virtù da coltivare nell’esercizio delle funzioni, più ancora dell’equilibrio<sup>(106)</sup>, è nella libertà che Pajardi individua «la piattaforma indispensabile per l’attività del giudicare», dal momento che «un giudice non equilibrato è un cattivo giudice, ma

<sup>(102)</sup> P. PAJARDI, *L’etica del magistrato*, cit., p. 270.

<sup>(103)</sup> P. PAJARDI, *L’etica del magistrato*, cit., p. 272.

<sup>(104)</sup> P. PAJARDI, *L’etica del magistrato*, cit., p. 276 s.: è in questa sede che l’autore, precorrendo i tempi, si interroga sul limite quantitativo del dovere del magistrato, suggerendo di ancorarlo – anche qui dimostrandosi lungimirante – alla produttività media dei colleghi, al carico di lavoro che gli è imposto, oltre che alla voce genuina della propria coscienza.

<sup>(105)</sup> P. PAJARDI, *L’etica del magistrato*, cit., p. 280.

<sup>(106)</sup> P. PAJARDI, *L’etica del magistrato*, cit., p. 283.

un giudice non libero non è neppure un giudice»<sup>(107)</sup>. Peraltra, questa etica della libertà richiama immediatamente la sua stessa nemesi, vale a dire la responsabilità del magistrato<sup>(108)</sup>: ed è qui in che lo studioso tocca in profondità il vero dilemma dell'etica giudiziaria, quando ammette che «non si è riusciti ancora a trovare una formula che garantisca la responsabilità ed insieme la libertà e l'indipendenza del magistrato»<sup>(109)</sup>.

È tuttavia nelle sezioni terminali del saggio che emerge con piena evidenza quanto il modello di magistrato che si vuol delineare sia profondamente ancorato al contesto storico e politico dell'Italia della fine degli anni Settanta. Pajardi infatti, constatato come la «Costituzione ha enormemente aumentato e significativamente qualificato le responsabilità morali e sociali del magistrato», giunge a postulare «un'etica costituzionale del magistrato» che «reclama un adeguamento del giudicare e del come giudicare». Questo compito – secondo Pajardi – «è dettato [al magistrato] dalla stessa società la quale pretende da lui che per il suo tramite l'ordinamento giuridico viva e si sviluppi, si evolva insomma, con essa società, nei limiti massimi in cui la norma consente di essere interpretata evolutivamente»<sup>(110)</sup>. Oltre tali limiti al magistrato non è ovviamente consentito spingersi; ma quando la frattura tra norma e coscienza popolare divenga apprezzabile sul piano costituzionale, egli dovrà «affermare la sua indipendenza di giudizio

<sup>(107)</sup> P. PAJARDI, *L'etica del magistrato*, cit., p. 287. Questa etica della libertà di cui parla lo studioso non va tuttavia confusa con l'indipendenza, la quale – secondo l'autore – «è concetto più ridotto. Occorre che il magistrato compia un passo più coraggioso ed accetti di riconoscere che la prima libertà [ma anche la più faticosa] si conquista dentro di sé: la libertà da se stessi, dalle proprie passioni umane, dalle proprie debolezze». Risulta interessante notare che, con tale riferimento alla libertà interiore, Pajardi sembra anticipare il concetto di *innere Unabhängigkeit* che verrà sviluppato a quarant'anni di distanza dalla *Richterethik* tedesca: cfr. il § 6 della parte II.

<sup>(108)</sup> Se è vero che la *sponsio* è una delle forme più antiche di *obligatio*: cfr. C. PELLOSO, *Il concetto di actio alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio*, in *Actio in rem e actio in personam: in ricordo di Mario Talamanca*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2011, p. 129 ss.

<sup>(109)</sup> P. PAJARDI, *L'etica del magistrato*, cit., p. 289.

<sup>(110)</sup> P. PAJARDI, *L'etica del magistrato*, cit., p. 291.

persino di fronte alla legge e al legislatore e denunciare la legge stessa alla Corte costituzionale»<sup>(111)</sup>.

È in questi termini che Pajardi arriva a riconoscere «la funzione politica» del magistrato<sup>(112)</sup>, che si concreta nell'attività «di interpretazione, cioè di attuazione della volontà popolare, ossia della coscienza comune attraverso il diaframma della norma giuridica, e di perfezionamento della tutela degli interessi da tale volontà denunciati»<sup>(113)</sup>.

In conclusione del saggio – quasi a volerne condensare in una *summa* il senso ultimo – Pajardi contrappone all'etica del magistrato positivista, che «tende ad essere coerente con la fede nella giustizia della legge in senso formale, qualunque essa sia, e solo per il fatto che è emanazione del potere costituito», l'etica del magistrato che «creda nel trascendente»<sup>(114)</sup>. Quest'ultimo, infatti, «non può misconoscere l'esistenza di un diritto naturale variamente inteso», vale a dire di «una visione universale di valori immutabili dell'uomo», alla quale, come magistrato, «dovrà adeguare l'interpretazione e l'applicazione della legge». Fino a teorizzare quel «limite di rottura» tra il diritto positivo e la coscienza del singolo magistrato: quando, cioè, di fronte a una legge indi-

<sup>(111)</sup> V. ancora P. PAJARDI, *L'etica del magistrato*, cit., p. 291, dove fra l'altro l'autore arriva a incoraggiare il magistrato a «usare con larghezza del potere di rimessione, affinché la società sia più sicuramente garantita, di fronte al legislatore ordinario, attraverso frequenti ed estese verifiche».

<sup>(112)</sup> Peraltro, il pensiero di Pajardi si sofferma anche sull'altro senso – quello palese – della politicità del magistrato in quanto cittadino, giudicando «quanto meno ingenuo pensare di impedirgli la formale iscrizione ad un partito politico pretendendo con ciò di spegnere la denuncia delle sue scelte, come se, tra l'altro, non fosse più esiziale un giudice non iscritto ma che, ugualmente e ben più, opera nei sensi indicati da un partito»: P. PAJARDI, *L'etica del magistrato*, cit., p. 292. Si tratta probabilmente del commento più *tranchant* che si potrebbe fare in chiosa all'attuale art. 3, lett. h, d.lgs. n. 109/2006, il quale considera illecito disciplinare del magistrato «l'iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici».

<sup>(113)</sup> P. PAJARDI, *L'etica del magistrato*, cit., p. 291: il passo dovrebbe essere confrontato con quanto si è visto scriverà quasi mezzo secolo dopo M. LUCIANI, *L'etica responsabile del magistrato*, cit., p. 17, in una prospettiva positivistica.

<sup>(114)</sup> P. PAJARDI, *L'etica del magistrato*, cit., p. 295.

scutibilmente ingiusta, quest'ultimo «deve, e non soltanto può, abbandonare la sua funzione»<sup>(115)</sup>.

Il modello di magistrato disegnato da Piero Pajardi si colloca decisamente al termine di quel processo di trasformazione etico-culturale attraversato dalla magistratura italiana e culminato all'inizio degli Ottanta, quando quest'ultima ha dovuto far fronte alle emergenze rappresentate dai fenomeni dell'eversione, del terrorismo, della criminalità organizzata, e della corruzione<sup>(116)</sup>.

Tutto ciò ha coinciso con un indiscusso aumento di visibilità mediatica della magistratura, in concomitanza con la crisi del sistema politico della c.d. prima Repubblica, che aveva retto il Paese sin dal secondo dopoguerra. A questo punto, la narrazione storica cede il passo alla cronaca, segnata da tensioni ancora vive tra la politica e la giustizia e da vicende fin troppo note per essere qui ricordate che hanno coinvolto protagonisti di entrambe.

5. *Il codice etico del 1994.* — In tale contesto storico, politico e istituzionale si è giunti alla redazione della prima versione del codice etico dei magistrati italiani. L'occasione è stata offerta dall'introduzione nell'originario testo normativo sul pubblico impiego, il decreto legislativo n. 29 del 1993, dell'art. 58-bis ad opera del decreto legislativo n. 546 del 1993<sup>(117)</sup>, in attuazione della delega

<sup>(115)</sup> V. ancora P. PAJARDI, *L'etica del magistrato*, cit., p. 295.

<sup>(116)</sup> In proposito, v. A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, cit., p. 341 ss.; è in tale contesto che si registra un nuovo profondo mutamento nella tipologia del lavoro giudiziario, «aprendosi al lavoro d'équipe e superando il tradizionale modulo organizzativo del giudice dedito isolatamente al proprio fascicolo, con una netta prevalenza del peso specifico della giustizia penale rispetto a quella civile».

<sup>(117)</sup> Tale articolo prevedeva, nei primi tre commi, la definizione da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri, nell'articolazione del Dipartimento della funzione pubblica, previo parere delle Confederazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale, di un codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, destinato alle pubblicazioni sulla Gazzetta ufficiale, ad essere consegnato a ciascun pubblico dipendente all'atto dell'assunzione e ad essere recepito nei contratti collettivi per il pubblico impiego. Il resoconto dei passaggi che hanno portato all'adozione del codice etico

originariamente conferita al governo dalla legge n. 421 del 1992 per la razionalizzazione del pubblico impiego.

In particolare, il quarto comma dell'art. 58-*bis* d.lgs. n. 29/1993 stabiliva che per ciascuna magistratura e per l'Avvocatura dello Stato, gli organi delle associazioni di categoria avrebbero dovuto adottare, entro il termine di centoventi giorni dalla data di entrata in vigore del decreto, un codice etico da sottoporre all'adesione degli appartenenti alla magistratura interessata. Si prevedeva inoltre che, decorso inutilmente tale termine, il codice sarebbe stato adottato dall'organo di autogoverno<sup>(118)</sup>.

L'Associazione nazionale magistrati si è attivata tempestivamente per l'adozione di tale codice etico<sup>(119)</sup>, quantomeno nell'intento di evitare l'intervento sostitutivo del Consiglio superiore della magistratura, pur nutrendo dubbi sulla costituzionalità dell'art. 58-*bis*, comma 4, d.lgs. 23/1993, sia per eccesso di delega che per violazione della riserva assoluta di legge in materia di ordinamento giudiziario<sup>(120)</sup>.

Si nutriva inoltre la preoccupazione che, in assenza di una tipizzazione dell'illecito disciplinare sotto la vigenza dell'art. 18 del regio decreto n. 511 del 1946<sup>(121)</sup>, le regole adottate nel co-

dei magistrati italiani è riportato nella delibera del Consiglio superiore della magistratura del 12 luglio 1994.

<sup>(118)</sup> Analoga disposizione è oggi contenuta all'art. 54, comma 4, del decreto legislativo n. 165 del 2001.

<sup>(119)</sup> Una retrospettiva sull'elaborazione della prima versione del codice etico dei magistrati italiani a dieci anni di distanza è offerta da N. Rossi, *L'elaborazione del codice etico dell'Anm*, in *Deontologia giudiziaria: il codice etico alla prova dei primi dieci anni*, a cura di L. Aschettino, D. Bifulco, H. Épineuse e R. Sabato, cit., p. 205 ss.

<sup>(120)</sup> Sul punto, N. Rossi, *L'elaborazione del codice etico*, cit., p. 205 s., riferisce di come «l'incarico di redigere il codice non era considerato di particolare rilievo», che l'Associazione nazionale magistrati «non nascose le sue perplessità e perfino un certo fastidio verso l'onere che la legge o meglio un decreto legislativo le accollava». In senso analogo, a distanza di anni, si esprimerà A. PIZZORUSSO, *Il «codice etico» dei magistrati italiani*, in *Deontologia giudiziaria: il codice etico alla prova dei primi dieci anni*, a cura di L. Aschettino, D. Bifulco, H. Épineuse e R. Sabato, cit., p. 51 ss., spec. p. 53.

<sup>(121)</sup> L'art. 18 del r.d. n. 511 del 1946 all'epoca in vigore stabiliva che il ma-

dice etico «potessero subire una torsione ed essere interpretate *tout court* come altrettante fattispecie di illecito disciplinare»<sup>(122)</sup>). Sembra opportuno precisare sin d'ora come tali perplessità hanno trovato piena espressione nella stessa premessa del codice etico del 1994.

Nel mese di marzo veniva diffusa tra i magistrati una bozza di documento, predisposta da una commissione nominata dagli organi dirigenti dell'Associazione nazionale magistrati, affinché venisse discussa nelle assemblee locali e l'esito di tale discussione fosse poi comunicato alla Giunta esecutiva centrale dell'Associazione in modo che ne potesse tener conto all'atto dell'adozione. Quest'ultima è intervenuta nel termine imposto dal d.lgs. n. 23/1993, a seguito di deliberazione del suo Comitato direttivo centrale, il quale – pur con le riserve sopra indicate – aveva ribadito di voler dare attuazione al decreto «considerando comunque opportuna l'individuazione delle regole etiche cui, secondo il comune sentire dei magistrati, deve ispirarsi il loro comportamento».

L'Associazione nazionale magistrati tuttavia riteneva che la raccolta dell'adesione dei singoli magistrati non fosse di sua competenza, soprattutto per quanto riguardava i non iscritti: di qui la decisione di trasmettere il testo del codice al Consiglio superiore della magistratura con nota del 19 maggio 1994, invitando a individuare le modalità per raccoglierne l'adesione<sup>(123)</sup>.

gistrato che avesse mancato ai suoi doveri, o tenuto in ufficio o fuori una condotta tale da renderlo immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere, o che avesse compromesso il prestigio dell'ordine giudiziario, era soggetto a sanzioni disciplinari. Sulla diversa incidenza che i sistemi dell'atipicità e, rispettivamente, della tipicità dell'illecito disciplinare esercitano rispetto ai precetti del codice etico, nonché sulla maggiore propensione dell'Associazione nazionale magistrati a intervenire sul codice etico una volta introdotta la tipizzazione, si tornerà nei §§ 8 e 9 della parte II del presente scritto.

<sup>(122)</sup> Così N. Rossi, *L'elaborazione del codice etico*, cit., p. 206.

<sup>(123)</sup> In tale nota si richiedeva al Consiglio superiore della magistratura di «individuare i modi e le forme della prescritta adesione dei singoli magistrati», sulla base dell'idea che non competesse all'Associazione, «cui partecipano in grandissimo numero, ma non tutti, i magistrati ordinari, sottoporre il testo del codice alla prevista adesione degli appartenenti alla magistratura interessata».

Dal canto suo, il Consiglio superiore della magistratura, con delibera del 12 luglio 1994, rese un parere sul procedimento seguito dall'Associazione nazionale magistrati nell'elaborazione del codice etico e nella successiva presentazione dello stesso agli iscritti per la raccolta delle adesioni, sostanzialmente approvandone *ex post* l'operato ed evidenziando come, in tal modo, fosse già stata data piena attuazione al disposto dell'art. 58-bis del d.lgs. n. 29/1993. Tale parere del Consiglio superiore della magistratura costituisce un documento di particolare rilievo, in quanto consente di cogliere alcuni aspetti significativi del procedimento di redazione del codice etico che meritano di essere evidenziati.

In primo luogo, il Consiglio superiore della magistratura sottolineava la legittimazione primaria attribuita alle associazioni professionali dei magistrati nella redazione del codice, con l'obiettivo di garantire un'effettiva partecipazione della categoria e assicurare che il documento riflettesse il «comune sentire etico» dei magistrati<sup>(124)</sup>. Anche successivamente – ed anche, come si vedrà, da un punto di vista comparato<sup>(125)</sup> – nei commenti che hanno seguito l'adozione del codice etico del 1994<sup>(126)</sup>, la scelta

<sup>(124)</sup> L'art. 58-bis d.lgs. n. 23/1993 infatti distingueva la procedura prevista per la magistratura (prevista al comma 4) da quella applicabile ai dipendenti pubblici, nei confronti dei quali il codice di comportamento era definito dal Dipartimento della funzione pubblica, mentre i sindacati esercitavano un ruolo meramente consultivo (commi 1, 2 e 3).

<sup>(125)</sup> Nel 1994, infatti, non esistevano ancora precedenti tra i paesi europei in fatto di elaborazione di regole deontologiche della magistratura.

<sup>(126)</sup> Senza pretesa di completezza, sul codice etico dei magistrati italiani del 1994 si segnalano i seguenti commenti: E. DI PALMA, *Un codice etico per la magistratura*, in «La magistratura», 1993, n. 4, p. 26 ss.; P. GIORDANO, *Il codice etico: un adempimento solo formale?*, in «Giustizia», 1994, p. 27 ss.; S. CASSESE, *I codici di condotta*, cit., p. 1372 ss.; R. MAGI, *Deontologia, processo, sistema: riflessioni sul codice etico della magistratura*, in «Questione giustizia», 1994, p. 766 ss.; L. DE RUGGIERO, G. ICHINO, *Il codice etico dei magistrati: una prima riflessione in tema di deontologia*, in «Questione giustizia», 1994, p. 17 ss.; A. CERRI, *La bozza di «codice etico» del magistrato*, in «Critica del diritto», 1994, n. 2, p. 43 ss.; M. CICALA, *Leggi e ordinamento giudiziario: interrogativi sul codice etico*, in «Corriere giuridico», 1994, p. 525 ss.; G. BARBAGALLO, *I codici etici delle magistrature*, in «Il foro italiano», 1996, III, c. 36 ss.; G. IZZO, *Sulla crisi applicativa del codice etico dei magistrati*, in «Documenti giustizia», 1996, n. 1, p.

di attribuire all'Associazione nazionale magistrati il potere di autoregolamentazione dei magistrati dal punto di vista deontologico è stata valorizzata, in primo luogo, come riconoscimento del ruolo svolto dall'Associazione<sup>(127)</sup> e, in secondo luogo, alla luce della considerazione che le regole stilate avrebbero avuto maggiore forza persuasiva se adottate da una associazione – per quanto, o forse proprio perché – privata cui aderiscono la stragrande maggioranza dei magistrati italiani<sup>(128)</sup>. Peraltro, si sottolineava come la provenienza dall'Associazione nazionale magistrati non esclude la vincolatività di tale codice, anche per coloro che non siano iscritti all'associazione<sup>(129)</sup>.

Nel parere, inoltre, il Consiglio superiore della magistratura rilevava il carattere partecipativo del procedimento: il codice sarebbe dovuto scaturire da una ricognizione dei valori e delle rego-

2207 ss.; M. SAPIGNOLI, F. ZANNOTTI, *I codici etici delle magistrature italiane*, in *Le fonti di autodisciplina: tutela del consumatore, del risparmiatore, dell'utente*, a cura di P. Zatti, Padova, 1996, p. 247 ss.; V. MELE, *Codice etico per i magistrati: comportamenti e indipendenza*, in «Documenti giustizia», 1997, p. 1237 ss.; N. ROSSI, *Prime riflessioni sul codice etico della magistratura*, in «Questione giustizia», 1993, p. 804 ss.; Id., *L'elaborazione del codice etico dell'Anm*, cit., p. 205 ss.

<sup>(127)</sup> Sul punto, cfr. N. ROSSI, *L'elaborazione del codice etico dell'Anm*, cit., p. 207, che nel 2006 criticherà la poca lungimiranza iniziale dell'Associazione nazionale magistrati, riconoscendo come «l'attribuzione all'Associazione del compito di redigere il codice etico era ed è un significativo riconoscimento istituzionale ed un rilevante fattore di legittimazione del suo ruolo e della sua funzione. Il legislatore ha preso atto che l'associazione – in forza della sua cultura e del suo patrimonio di riflessione sulla collocazione e sulla funzione della magistratura nella società e nelle istituzioni – è la naturale depositaria e l'interprete di un'etica professionale molto complessa come è quella del magistrato ed è l'unico soggetto in grado di enucleare ed aggiornare i valori e le regole di questa etica. Vi è qui il riconoscimento – meditato – di una funzione sociale ed istituzionale e del ruolo storico dell'associazionismo italiano».

<sup>(128)</sup> In questo senso, G. LUCCIOLI, *Etica e deontologia nella professione del magistrato*, in <giustiziainsieme.it>, 31 gennaio 2025, rileverà come «lo stesso legislatore considerava l'autodisciplina come lo strumento più idoneo a garantire l'indipendenza del corpo dei magistrati e ad assicurare la maggior efficacia delle norme autonomamente adottate, promuovendo la maturazione di un'autocoscienza professionale».

<sup>(129)</sup> Cfr. sempre G. LUCCIOLI, *Etica e deontologia nella professione del magistrato*, cit.

le condivisi nella pratica giurisdizionale quotidiana, identificando principi etici generalmente accettati dalla magistratura. Anche in questa prospettiva, l'Associazione nazionale magistrati era ritenuta il soggetto più idoneo a verificare l'esistenza di un diffuso consenso tra i magistrati, promuovendo la consultazione iniziale e, successivamente, una ulteriore adesione da parte dell'intera categoria, anche di coloro che non facevano parte dell'associazione. La modalità concreta della consultazione (assemblee, referendum, o altre forme) sarebbe stata rimessa all'autonomia organizzativa dell'Associazione nazionale magistrati.

Infine, il parere del Consiglio superiore della magistratura chiariva il carattere sussidiario e solo eventuale del proprio intervento: l'organo di autogoverno sarebbe dovuto entrare in gioco solo in caso di inerzia da parte dell'Associazione nazionale magistrati nella predisposizione o nella raccolta delle adesioni. Quest'ultima, al contrario, aveva correttamente avviato e portato a conclusione il procedimento di adozione-adesione, rendendo l'intervento sostitutivo del Consiglio non necessario. Il Consiglio superiore della magistratura evidenziava quindi che l'iter partecipativo era stato rispettato e che il completamento del procedimento spettava primariamente all'Associazione, assicurando così la piena legittimazione e rappresentatività del codice tra i magistrati.

Vedeva in questo modo la luce – tra diffidenze e resistenze – la prima versione del «codice etico dei magistrati italiani» elaborato dall'Associazione nazionale magistrati: il primo testo deontologico della magistratura in ambito europeo<sup>(130)</sup>. Il codice etico è un testo breve che, nella versione del 1994, si componeva solo di 14 articoli suddivisi in tre sezioni, compendiando una *summa* di regole fondate su valori fondamentali e condivisi che hanno riguardo a comportamenti dei giudici, dei pubblici ministeri, e dei capi degli uffici.

La prima sezione è dedicata alle regole generali (artt. 1-7) e definisce i valori fondamentali cui il magistrato deve ispirare la sua

<sup>(130)</sup> A distanza di alcuni anni sarà il *Consultative Council of European Judges* (Consiglio consultivo dei giudici europei) a censire tale primato nel Parere n. 3: sul punto si rimanda al § 8 della parte II.

condotta: si tratta dei doveri di dignità, correttezza, indipendenza e imparzialità (art. 1) <sup>(131)</sup>, il rispetto della personalità e della dignità altrui, nonché il rifiuto di pressioni o indebite influenze (art. 2) <sup>(132)</sup>. Inoltre, è ricorrente nel codice il riferimento al disinteresse personale quale fondamento del prerequisito di ogni comportamento corretto nella vita professionale e sociale.

Emerge dunque l'aspettativa che tali valori vengano osservati sia nell'esercizio delle sue funzioni nei rapporti con il cittadino e con altri operatori di giustizia, sia nella vita sociale, nel presupposto che sia impossibile effettuare una netta cesura tra vita professionale e vita sociale.

Si evince, inoltre, come il grado di genericità che connota alcune prescrizioni del codice etico appaia funzionale a ricomprendere tutti quei comportamenti suscettibili di provocare una reazione negativa nell'opinione pubblica. Resta tuttavia evidente il rischio che tale intento si traduca in un esercizio meramente declamatorio, qualora i relativi precetti non vengano profondamente interiorizzati dalla magistratura.

Il codice sottolinea l'obbligo di operosità, diligenza e aggiornamento professionale (art. 3) <sup>(133)</sup>, nonché la necessità di assumere un uso appropriato delle risorse amministrative ed evitare

<sup>(131)</sup> L'art. 1, rubricato «Valori e principi fondamentali», recita: «1. Nella vita sociale il magistrato si comporta con dignità, correttezza, sensibilità all'interesse pubblico. 2. Nello svolgimento delle sue funzioni ed in ogni comportamento professionale il magistrato si ispira a valori di disinteresse personale, di indipendenza e di imparzialità».

<sup>(132)</sup> L'art. 2, rubricato «Rapporti con i cittadini e con gli utenti della giustizia», dispone: «1. Nei rapporti con i cittadini e con gli utenti della giustizia il magistrato tiene un comportamento disponibile e rispettoso della personalità e della dignità altrui e respinge ogni pressione, segnalazione o sollecitazione comunque diretta ad influire indebitamente sui tempi e sui modi di amministrazione della giustizia. 2. Nelle relazioni sociali ed istituzionali il magistrato non utilizza la sua qualifica al fine di trarne vantaggi personali».

<sup>(133)</sup> L'art. 3, rubricato «Doveri di operosità e di aggiornamento professionale», prevede: «1. Il magistrato svolge le sue funzioni con diligenza ed operosità. 2. Conserva ed accresce il suo patrimonio professionale impegnandosi nell'aggiornamento e approfondimento delle sue conoscenze nei settori in cui svolge la propria attività».

sprechi (art. 4) <sup>(134)</sup>. Vengono regolamentati anche l'utilizzo delle informazioni di ufficio (art. 5) <sup>(135)</sup>, i rapporti con la stampa e con altri mezzi di comunicazione (art. 6) <sup>(136)</sup>, e l'adesione ad associazioni, privilegiando trasparenza e assenza di obblighi di fedeltà personali (art. 7) <sup>(137)</sup>.

Dall'impostazione del codice emerge dunque la tendenza non solo a tutelare valori generali e astratti, ma anche a garantire, attraverso il rispetto di tali valori, il buon andamento, l'efficienza e l'effettività del servizio reso alla collettività, secondo un approccio teso a concepire la giurisdizione come servizio pubblico e che si orienta alla piena effettività della tutela dei diritti <sup>(138)</sup>.

<sup>(134)</sup> Secondo l'art. 4, rubricato «Modalità di impiego delle risorse dell'amministrazione», è stabilito: «1. Il magistrato cura che i mezzi, le dotazioni e le risorse d'ufficio siano impiegati secondo la loro destinazione istituzionale, evitando ogni forma di spreco o di cattiva utilizzazione, nel perseguitamento di obiettivi di efficienza del servizio giudiziario».

<sup>(135)</sup> Ai sensi dell'art. 5, rubricato «Informazioni di ufficio», è previsto: «Divieto di utilizzazione a fini non istituzionali. 1. Il magistrato non utilizza indebitamente le informazioni di cui dispone per ragioni d'ufficio e non fornisce o richiede informazioni confidenziali su processi in corso, né effettua segnalazioni dirette ad influire sullo svolgimento o sull'esito di essi».

<sup>(136)</sup> L'art. 6, rubricato «Rapporti con la stampa e con gli altri mezzi di comunicazione di massa», stabilisce: «1. Nei contatti con la stampa e con gli altri mezzi di comunicazione il magistrato non sollecita la pubblicità di notizie attinenti alla propria attività di ufficio. 2. Quando non è tenuto al segreto o alla riservatezza su informazioni conosciute per ragioni del suo ufficio e ritiene di dover fornire notizie sull'attività giudiziaria, al fine di garantire la corretta informazione dei cittadini e l'esercizio del diritto di cronaca, ovvero di tutelare l'onore e la reputazione dei cittadini, evita la costituzione o l'utilizzazione di canali informativi personali riservati o privilegiati. 3. Fermo il principio di piena libertà di manifestazione del pensiero, il magistrato si ispira a criteri di equilibrio e misura nel rilasciare dichiarazioni ed interviste ai giornali ed agli altri mezzi di comunicazione di massa».

<sup>(137)</sup> L'art. 7, rubricato «Adesione ad associazioni», dispone: «Il magistrato non aderisce ad associazioni che richiedono la prestazione di promesse di fedeltà o che non assicurano la piena trasparenza sulla partecipazione degli associati».

<sup>(138)</sup> Sul tema dell'efficienza e dell'effettività nella deontologia giudiziale, si rimanda in particolare a G. ONDEI, *Etica, deontologia, funzioni giudicanti e requirenti: tra efficienza, percezione ed effettività*, cit., p. 87 ss.

Il codice etico dedica autonomo spazio ai valori della indipendenza, della imparzialità e della correttezza, assumendoli come fondamentali criteri integratori della condotta del magistrato. Ad essi è dedicata la seconda sezione (artt. 8-10), che enfatizza il ruolo dell'indipendenza del magistrato nella necessità di evitare influenze esterne e l'assunzione di incarichi che possano comprometterla (art. 8) <sup>(139)</sup>; mentre l'imparzialità viene intesa come rispetto dei diritti di tutti senza discriminazioni e superamento dei pregiudizi culturali (art. 9) <sup>(140)</sup>. Il codice prescrive inoltre obblighi di correttezza nella gestione di incarichi, promozioni e rapporti con colleghi e collaboratori, evitando comportamenti volti a ottenere vantaggi impropri (art. 10) <sup>(141)</sup>.

<sup>(139)</sup> Ai sensi dell'art. 8, rubricato «L'indipendenza del magistrato», è previsto: «1. Il magistrato garantisce e difende l'indipendente esercizio delle proprie funzioni e mantiene una immagine di imparzialità e di indipendenza. 2. Evita qualsiasi coinvolgimento in centri di potere partitici o affaristici che possano condizionare l'esercizio delle sue funzioni o comunque appannarne l'immagine. 3. Non accetta incarichi né espleta attività che ostacolino il pieno e corretto svolgimento della propria funzione o che per la natura, la fonte e le modalità del conferimento, possano comunque condizionarne l'indipendenza».

<sup>(140)</sup> L'art. 9, rubricato «L'imparzialità del magistrato», dispone: «1. Il magistrato rispetta la dignità di ogni persona, senza discriminazioni e pregiudizi di sesso, di cultura, di ideologia, di razza, di religione. 2. Nell'esercizio delle funzioni opera per rendere effettivo il valore dell'imparzialità impegnandosi a superare i pregiudizi culturali che possono incidere sulla comprensione e valutazione dei fatti e sull'interpretazione ed applicazione delle norme. 3. Assicura che nell'esercizio delle funzioni la sua immagine di imparzialità sia sempre pienamente garantita. A tal fine valuta con il massimo rigore la ricorrenza di situazioni di possibile astensione per gravi ragioni di opportunità».

<sup>(141)</sup> L'art. 10, rubricato «Obblighi di correttezza del magistrato», prevede: «1. Il magistrato non si serve del suo ruolo per ottenere benefici o privilegi. 2. Il magistrato che aspiri a promozioni, a trasferimenti, ad assegnazioni di sede e ad incarichi di ogni natura non si adopera al fine di influire impropriamente sulla relativa decisione, ne accetta che altri lo facciano in suo favore. 3. Il magistrato si astiene da ogni intervento che non corrisponda ad esigenze istituzionali sulle decisioni concernenti promozioni, trasferimenti, assegnazioni di sede e conferimento di incarichi. 4. Si comporta sempre con educazione e correttezza; mantiene rapporti formali rispettosi della diversità del ruolo da ciascuno svolto; rispetta e riconosce il ruolo del personale amministrativo e di tutti i collaboratori».

Infine, la terza ed ultima sezione (artt. 11-14) definisce regole specifiche per «la condotta nell'esercizio delle funzioni». Il primo articolo è dedicato al magistrato in generale, il quale osserva puntualmente orari e modalità di udienza, rispetta la dignità degli altri operatori del processo e ne garantisce esiti giusti e proporzionati (art. 11) <sup>(142)</sup>. Seguono tre articoli che analizzano distintamente le tre diverse funzioni all'interno della magistratura: il primo è dedicato al giudice in senso stretto, chiamato a mantenere riserbo, segretezza e imparzialità, motivando con rigore le decisioni collegiali (art. 12) <sup>(143)</sup>.

L'articolo seguente è dedicato al pubblico ministero, il quale deve svolgere le indagini con imparzialità, assicurando anche la considerazione degli elementi a favore dell'indagato e astenendosi

<sup>(142)</sup> L'art. 11, rubricato «La condotta nel processo», stabilisce: «1. Nell'esercizio delle sue funzioni, il magistrato, consapevole del servizio da rendere alla collettività, osserva gli orari delle udienze e delle altre attività di ufficio, evitando inutili disagi ai cittadini e ai difensori e fornendo loro ogni chiarimento eventualmente necessario. 2. Svolge il proprio ruolo con pieno rispetto di quello altrui ed agisce riconoscendo la pari dignità delle funzioni degli altri protagonisti del processo assicurando loro le condizioni per esplicarle al meglio. 3. Cura di raggiungere, nell'osservanza delle leggi, esiti di giustizia per tutte le parti. Agisce con il massimo scrupolo, soprattutto quando sia in questione la libertà e la reputazione delle persone».

<sup>(143)</sup> L'art. 12, rubricato «La condotta del giudice», recita: «1. Il giudice garantisce alle parti la possibilità di pienamente svolgere il proprio ruolo, anche prendendo in considerazione le loro esigenze pratiche. 2. Si comporta sempre con riserbo e garantisce la segretezza delle camere di consiglio, nonché l'ordinato e sereno svolgimento dei giudizi. Nell'esercizio delle sue funzioni ascolta le altrui opinioni, in modo da sottoporre a continua verifica le proprie convinzioni e da trarre dalla dialettica occasione di arricchimento professionale e personale. Nel redigere la motivazione dei provvedimenti collegiali espone fedelmente le ragioni della decisione, elaborate nella camera di consiglio ed esamina adeguatamente i fatti e gli argomenti prospettati dalle parti. Non sollecita né riceve notizie informali nei procedimenti da lui trattati. 3. Nelle motivazioni dei suoi provvedimenti e nella conduzione dell'udienza evita di pronunciarsi su fatti o persone estranei all'oggetto della causa, di emettere giudizi o valutazioni sulla capacità professionale di altri magistrati o dei difensori, ovvero - quando non siano indispensabili ai fini della decisione sui soggetti coinvolti nel processo».

da pressioni informali sul giudice (art. 13) <sup>(144)</sup>. Infine, l'ultimo articolo contiene una previsione specifica per il magistrato dirigente, tenuto a garantire l'organizzazione efficiente dell'ufficio, la trasparenza, la serenità del lavoro e la vigilanza sul comportamento di magistrati e personale, assicurando equità e correttezza nelle relazioni interne ed esterne (art. 14) <sup>(145)</sup>.

Da questa trama di precetti emerge la figura di un giudice diligente e operoso, equidistante e puntuale, che ascolta le parti, rispetta il contraddittorio, si mostra disponibile a rivedere i propri convincimenti personali, coltiva il valore del dubbio senza esserne

<sup>(144)</sup> L'art. 13, rubricato «La condotta del Pubblico Ministero», dispone: «1. Il pubblico ministero si comporta con imparzialità nello svolgimento del suo ruolo. 2. Indirizza la sua indagine alla ricerca della verità acquisendo anche gli elementi di prova a favore dell'indagato e non tace al giudice l'esistenza di fatti a vantaggio dell'indagato o dell'imputato. 3. Evita di esprimere valutazioni sulle persone delle parti o dei testi, che non siano conferenti rispetto alla decisione del giudice e si astiene da critiche o apprezzamenti sulla professionalità del giudice e dei difensori. 4. Non chiede al giudice anticipazioni sulle sue decisioni, né gli comunica in via informale conoscenze sul processo in corso».

<sup>(145)</sup> L'art. 14, rubricato «I doveri del dirigente», prevede: «1. Il magistrato dirigente dell'ufficio giudiziario cura l'organizzazione e l'utilizzo delle risorse personali e materiali disponibili in modo da ottenere il miglior risultato possibile in vista del servizio pubblico che l'ufficio deve garantire. Assicura la migliore collaborazione con gli altri uffici pubblici nel rispetto delle specifiche competenze di ciascuna istituzione. Garantisce l'indipendenza dei magistrati e la serenità del lavoro di tutti gli addetti all'ufficio assicurando trasparenza ed equanimità nella gestione dell'ufficio e respingendo ogni interferenza esterna. 2. Cura di essere a conoscenza di ciò che si verifica nell'ambito dell'ufficio, in modo da poterne assumere la responsabilità e spiegarne le ragioni. Esamina le lagnanze provenienti dai cittadini, dagli avvocati e dagli altri uffici giudiziari o amministrativi, vagliandone la fondatezza e assumendo i provvedimenti necessari ad evitare disservizi. Anche a tal fine deve essere disponibile in ufficio. 3. Vigila sul comportamento dei magistrati e del personale amministrativo intervenendo, nell'esercizio dei suoi poteri, per impedire comportamenti scorretti. 4. Redige con serenità, completezza e oggettività i pareri e le relazioni sui magistrati dell'ufficio, così lealmente collaborando con coloro cui è rimessa la vigilanza sui magistrati, con il Consiglio giudiziario e con il Csm. 5. Sollecita pareri sulle questioni dell'ufficio da parte di tutti i magistrati, del personale amministrativo e, se del caso, degli avvocati. Cura l'attuazione del principio del giudice naturale».

sopraffatto<sup>(146)</sup>, garantisce la riservatezza della camera di consiglio ma, al tempo stesso, nella motivazione riflette i contributi emersi in quella sede, e che considera l'aggiornamento professionale un dovere imprescindibile.

Il codice etico italiano è stato considerato una sorta di patto tra i magistrati e i cittadini<sup>(147)</sup> ed è stato interpretato in una duplice prospettiva: da un lato, esso si sarebbe dovuto rivolgere ai cittadini, informandoli circa la condotta che i magistrati sono tenuti ad adottare e ponendoli così nelle condizioni di esercitare un controllo sull'operato di questi ultimi; dall'altro lato, si rivolge ai magistrati stessi, ai quali prescrive regole di comportamento da seguire e rafforzando il legame con l'avvocatura.

Dunque, in estrema sintesi, il codice etico del 1994 intendeva fornire un quadro sistematico di principi deontologici e comportamentali, finalizzati a rafforzare l'indipendenza, l'imparzialità e l'integrità della magistratura, promuovendo la fiducia della collettività nel sistema giudiziario. Tuttavia, per apprezzare pienamente le scelte operate nel 1994 dai magistrati italiani in materia di etica giudiziaria, sembra opportuno ampliare l'orizzonte dell'indagine e descrivere le esperienze successive registrate in altri paesi europei: il raffronto comparativo dovrebbe così permettere di suggerire anche ulteriori linee di sviluppo per il futuro<sup>(148)</sup>.

<sup>(146)</sup> Sull'importanza per il magistrato di coltivare un'etica del dubbio, cfr. in particolare L. FERRAJOLI, *Dieci regole di deontologia giudiziaria*, cit., p. 26 ss., che pone, quale seconda regola deontologica, «la consapevolezza epistemologica del carattere solo relativo della verità processuale, e perciò l'etica del dubbio quale elemento essenziale della deontologia giudiziaria».

<sup>(147)</sup> Così L. NATOLI, D. BIFULCO, *Il codice etico dei magistrati tra effettività, prassi e tempo*, in «Giustizia insieme», 2010, p. 27 ss., spec. p. 28.

<sup>(148)</sup> Tale indagine sarà svolta nella parte II del presente saggio, dal titolo *Prospettive comparate e sviluppi futuri*, che sarà pubblicata nel prossimo fascicolo della *Rivista*.



Finito di stampare nel mese di dicembre 2025  
dalla - Napoli

