

# ETICA E GIUSTIZIA

Rivista di cultura giuridica

1 | 2025

*diretta da Marco Gradi*

EDITORIALE SCIENTIFICA

# ETICA E GIUSTIZIA

Rivista di cultura giuridica

*diretta da Marco Gradi*

1 | 2025

EDITORIALE SCIENTIFICA

# *Etica e giustizia: rivista di cultura giuridica*

## anno I, numero 1 (giugno 2025)

*Direttore responsabile*

Marco GRADI (Università di Messina)

### *Comitato scientifico*

Francesco ARCARIA (Università di Catania); Luigi BALESTRA (Università di Bologna); Ermanno CALZOLAIO (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 FEMIA (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. LUISSO (Università di Pisa); Luca LUPARLA 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); Nicolò TROCKER (Università di Firenze); Giuseppe TROPEA (Università di Reggio Calabria); Isabel TRUJILLO (Università di Palermo).

### *Consiglio internazionale*

Teresa ARRUDA ALVIM (Pontificia Universidade 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 PEREZGUA (Universidad de Zaragoza); Cristoph A. KERN (Universität Heidelberg); David J. LUBAN (Georgetown University); Séverine MENÉTRY (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 FABBI (Università di Catania); Beatrice FICCARIELLI (Università di Firenze); Elisabetta FUSAR POLI (Università di Brescia); Tommaso GAZZOLO (Università di Sassari); Paola LICCI (Università di Roma Tor Vergata); Francesca LOCATELLI (Università di Bergamo); Fabio MACIOCE (LUMSA Roma); Alberto MARCHESI (Università di Messina); Concetta MARINO (Università di Catania); Elena MATTEVI (Università di Trento); Serena QUATTROGOLO (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 FAZZIO (Università di Messina), con funzioni di capo-redattrice; Valentina BERTOLDI (Università di Roma Sapienza); Luigi DE PROPRIIS (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 BRIGUGLIO (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); Damiano MICALI (Università di Messina); Ruggero 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  
eticaejustizia@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: in corso di acquisizione

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 1 | 2025

### EDITORIALE

MARCO GRADI <i>Etica giuridica</i> .....	5
---	---

### SAGGI

GIUSEPPE RUFFINI <i>Lealtà e verità nella vita dell'avvocato</i> .....	15
---	----

TERESA ARRUDA ALVIM <i>Il difensore pubblico e l'accesso alla giustizia</i> .....	39
--	----

ISABEL TRUJILLO <i>Fedeltà dell'avvocato e «rule of law»</i> .....	71
---	----

SILVANA DALLA BONTÀ <i>La funzione sociale dell'avvocato</i> .....	89
---	----

LUIGI LOMBARDO <i>Il contributo dell'avvocato alla giustizia della sentenza: tra obbligo di lealtà e obbligo di verità</i> .....	145
---	-----

GIUSEPPE TOSCANO <i>Il «delitto di difesa»: il rischio penale dell'avvocato nei rapporti con il cliente</i> .....	163
--	-----

## ESPERIENZA GIURIDICA

PIERGIUSEPPE LAI <i>«Relazioni pericolose» fra il giudice e l'avvocato (commento alla sentenza del Consiglio superiore della magistratura, 28 luglio 2022, n. 143) .....</i>	193
PAOLA LICCI <i>La registrazione dell'udienza: da illecito deontologico (quando occulta) a opportunità mancata (commento alla sentenza del Consiglio nazionale forense, 7 marzo 2023, n. 32) .....</i>	231

## VISIONI

ANGELO DONDI <i>L'avvio di una nuova prospettiva e i suoi basici referenti nelle culture giuridiche straniere .....</i>	253
--	-----

## ECHI

JOAN PICÓ I JUNOY <i>Ideologia e processo: la buona fede processuale e i poteri istruttori del giudice .....</i>	259
---	-----

## STUDI E RICERCHE

GIULIA DI FAZZIO <i>Gli studi sull'etica forense in Italia .....</i>	293
RAFFAELLA BIANCHI RIVA <i>Doveri dell'avvocato e doveri del cliente (recensione del libro di Massimiliano Bina, La felicità dell'avvocato: diritto forense e processo civile, Torino, 2024) .....</i>	343

### ETICA GIURIDICA

*Etica e giustizia* nasce dall'idea che, soprattutto in questo momento storico, lo sviluppo del diritto dipenda dall'adozione di una visione culturale capace di valorizzare i principi etici e la relazione fra le persone. Sebbene sia stata spesso predicata la separazione fra i due campi, in realtà il legame fra l'etica e il diritto è inscindibile: il diritto è il farsi dell'esperienza, che dipende dai comportamenti umani e dalle scelte morali degli individui.

Non ci sarebbe bisogno di molte leggi se la società fosse più equa e giusta, se le persone si comportassero in modo conforme ai principi etici. La legge morale dentro di noi potrebbe essere l'unica regola, basterebbe insomma un solo precetto: «comportati in modo giusto». Come è stato icasticamente osservato, in Paradiso, dove gli uomini sono tutti buoni, non c'è alcun bisogno di leggi né di tribunali, mentre al contrario all'Inferno non vi è altro che diritto e le garanzie processuali vengono scrupolosamente osservate <sup>(1)</sup>.

L'etica riveste però un ruolo fondamentale anche in un sistema fondato su norme giuridiche puntali e dettagliate. Senza un orientamento etico, infatti, quelle regole rischiano di essere solo formalmente rispettate, ma in concreto svuotate nel loro significato sostanziale. Questo fenomeno emerge in modo evidente nel contesto del processo giudiziario, dove le leggi processuali,

<sup>(1)</sup> Questo rilievo si trova in G. GILMORE, *The Ages of American Law*, New York-London, 1977, p. 111 (disponibile anche nella trad. it., *Le grandi epoche del diritto americano*, Milano, 1988, p. 104): «*The better the society, the less law there will be. In Heaven there will be no law, and lion will lie down with lamb. The values of an unjust society will reflect themselves in an unjust law. The worse the society, the more law there will be. In Hell there will be nothing but law, and due process will be meticulously observed*».

anche le più accurate, sono spesso distorte dalla realtà del costume forense <sup>(2)</sup>. Ma lo stesso vale anche nel campo dei rapporti sostanziali regolati dal diritto privato o dal diritto pubblico, ad esempio nell'adempimento delle obbligazioni o nell'esercizio dei poteri amministrativi, la cui concreta attuazione dipende sempre dal comportamento umano <sup>(3)</sup>.

Ne risulta, in conclusione, che l'etica è in ogni caso fondamentale per la vita del diritto, per il corretto funzionamento dell'ordinamento giuridico e, quindi, per la realizzazione della giustizia. Tuttavia, è un dato della comune esperienza quello secondo il quale non sempre le persone si comportano correttamente: ogni regola può essere infranta, il conflitto fra gli uomini è inevitabile, così come il conflitto nel conflitto. L'etica nel mondo del diritto potrebbe dunque apparire come un'utopia, come qualcosa di alato e sfuggente, di difficile attuazione, confinata nel limbo di sognatori e idealisti.

Tale constatazione ci induce allora ad azzardare un'inconsueta metafora con l'immagine metafisica della nostalgia dell'infinito di Giorgio De Chirico. Questo magnetico dipinto rappresenta l'uomo di fronte alla vastità della conoscenza: le due piccole figure sotto l'imponente e altissima torre del sapere sembrano ricordarci che quest'ultimo è sconfinato e non può essere dominato pienamente dall'uomo, effimero e inadeguato. L'infinito gli sfugge, ma al tempo stesso lo desidera e lo brama, ponendolo al centro della sua vita intellettuale e, di conseguenza, della sua esperienza.

<sup>(2)</sup> Come ha osservato, con saggezza e realismo, P. CALAMANDREI, *Diritto processuale e costume giudiziario*, in ID., *Processo e democrazia*, Padova, 1954, ripubblicato in ID., *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, 1960, p. 625 ss., spec. p. 631 ss., la pratica è in grado di trasformare il volto di tutte le leggi processuali.

<sup>(3)</sup> Non è un caso che gli interpreti abbiano cercato di porre rimedio all'utilizzo distorto degli strumenti giuridici mediante il ricorso a figure come l'abuso del diritto e l'eccezione di dolo generale: in proposito, con profondità di vedute, v. T. DALLA MASSARA, *Abuso del diritto e dolo generale: un confronto tra modelli concettuali*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2016, p. 1169 ss.



GIORGIO DE CHIRICO, *Nostalgia dell'infinito*, 1913-1914 (datato 1911)  
The Museum of Modern Art, New York | Scala, Firenze

Ecco, l'etica rappresenta qualcosa di simile. Inseguire l'etica nel diritto significa indubbiamente vagheggiare qualcosa che appare irraggiungibile, qualcosa di nobile e poetico, di troppo grande rispetto alle bassezze di cui l'uomo è capace: eppure, al tempo stesso, si tratta di un affascinante mistero di cui tutti abbiamo un disperato bisogno. Dobbiamo affidarci agli altri, abbiamo bisogno della relazione con gli altri, di instaurare rapporti di fiducia basati sulla lealtà, per condurre pienamente le nostre esistenze <sup>(4)</sup>: non

<sup>(4)</sup> Per l'importanza di questa prospettiva, anche nel mondo del diritto, v.

possiamo quindi rinunciare all'etica come ideale regolativo della vita e del diritto.

\* \* \*

«Etica» è una parola potente e pericolosa, perché la sua introduzione nel discorso giuridico aggiunge un elemento di elasticità, che può portare alla discrezionalità e all'arbitrio: da qui all'incertezza del diritto, al rischio di prevaricazione da parte di chi detiene il potere politico o giudiziario. Come ha insegnato la storia del mondo, l'etica può essere manipolata, invocata per giustificare atti mostruosi, trasformata in slancio moralistico per soffocare le libertà individuali. Ciò è accaduto – e potrebbe ancora accadere – quando lo Stato si fa difensore della morale, assumendo i contorni inquietanti dello Stato etico.

È questo il lato oscuro dell'etica, che può essere strumentalizzata per nuocere. Si tratta però di un'obiezione che non può ipotecare il dibattito, che non può condurre a ripudiare in modo assoluto una visione etica del diritto: spetta ai giuristi il compito di smascherarne le derive, agli intellettuali di difendere l'etica autentica fondata sul principio di libertà, sulla tutela dell'individuo, sul valore della relazione.

Non c'è peraltro una sola etica, immutabile e unitaria, valida in eterno e dappertutto. Fra gli uomini ci sono diverse scale di valori, pluralità di etiche e ideologie, differenti concezioni del mondo e idee della giustizia: gli uomini concordano certamente sul valore della giustizia come principio supremo, ma poi litigano eternamente su cosa in concreto sia giusto o ingiusto <sup>(5)</sup>.

Si pensi all'eterno dilemma del ruolo dell'avvocato, figura centrale per la realizzazione dell'ordinamento giuridico. L'avvocato deve tutelare l'interesse del suo cliente, ma deve anche agire ai fini della giustizia, come echeggia nella sapiente ed enigmatica formu-

soprattutto T. GRECO, *La legge della fiducia: alle radici del diritto*, Bari, 2021, p. 88 ss.

<sup>(5)</sup> Questa osservazione è sapientemente formulata da Socrate nel dialogo di PLATONE, *Eutifrone*, 8c-9a.

la del giuramento forense. Si è molto discusso sulla possibilità di conciliare questi due obblighi di fedeltà, che all'apparenza sembrerebbero nettamente contrapposti.

La chiave di volta per superare il possibile stallo del sistema è pensare che in ogni ordinamento giuridico non esistono soltanto diritti, ma anche obblighi, e che l'obbligo ha la funzione di limitare la libertà dell'uno per tutelare la libertà dell'altro. Ecco allora che l'imposizione di limiti all'attuazione del diritto di difesa – quello del quale si cura l'avvocato – serve proprio a consentire che anche gli altri possano esercitare un equivalente diritto. Il problema è dunque quello di trovare la giusta misura della relazione, il punto di equilibrio che consenta di rispettare il rapporto fra i soggetti che esprimono interessi diversi.

Comportarsi in modo etico nel mondo del diritto non significa però consegnarsi all'altro senza filtri o riserve. Dalla vita non deve certamente essere bandita l'astuzia; né tantomeno deve essere biasimato il sano perseguimento dei propri interessi: rinunciarvi equivarrebbe a negare la nostra stessa esistenza. Tuttavia, la ricerca del vantaggio personale incontra dei limiti ragionevoli, che disegnano il nostro stare nel mondo. L'etica è dunque l'arte del limite, della fedeltà a sé stessi e agli altri: essa esprime un'esigenza che, allo stesso tempo, è individuale e collettiva, privata e pubblica.

\* \* \*

Studiare il rapporto fra etica e diritto pone questioni di notevole complessità, al confine fra diversi saperi e diverse sensibilità, per la cui comprensione è necessario il contributo di molti studiosi, provenienti dalle più ampie aree della ricerca. Non si tratta infatti di un tema riservato ai filosofi morali e ai filosofi del diritto, ma di una missione che coinvolge i giuristi positivi di tutte le aree, così come gli storici del diritto e gli studiosi del diritto comparato. Il suo fruttuoso perseguimento richiede una ricerca collettiva che può trarre notevole giovamento dall'adozione di un metodo interdisciplinare.

Attualmente, gli studi sul rapporto fra etica e diritto sono già molto ampi e variegati, carichi di fascino e di promesse, ma manca

ancora uno spazio collettivo dedicato esclusivamente alle riflessioni dei giuristi. Questo compito viene adesso raccolto dalla Rivista. A spingerci in questa direzione c'è una profonda inquietudine: la convinzione che il diritto non può funzionare da solo, che senza un approccio etico non è possibile realizzare un ordinamento giusto ed equilibrato.

Ovviamente, fra etica e diritto non c'è – e non ci sarà mai – una perfetta coincidenza: ci sono comportamenti etici che non possono essere ritenuti obbligatori secondo il diritto. Tuttavia, fra i due campi non c'è nemmeno una totale separazione, perché il diritto non può porsi in contrasto con l'etica: una legge contraria ai valori etici conduce a risultati ingiusti, che non possono essere accettati sul piano giuridico. L'etica è dunque più ampia del diritto, ma il diritto ha necessariamente un fondamento etico.

In questa prospettiva, la Rivista si pone l'obiettivo di indagare il ruolo dei principi etici nella formazione e nell'interpretazione delle norme di diritto, ossia di riflettere sull'importanza dell'etica per la giusta soluzione delle questioni giuridiche. Non si tratta soltanto di un obiettivo teorico, ma anche di una questione pratica, capace di incidere in modo significativo sull'esperienza giuridica: per raggiungere questo risultato, occorre interrogarsi sul modo in cui l'etica possa trasformare il diritto al suo interno.

L'etica entra nel diritto soprattutto per il tramite delle clausole generali, quali la buona fede, la lealtà e la correttezza, così come in forza dei principi costituzionali, come quello di uguaglianza e di solidarietà. Le leggi non possono disciplinare in modo esaustivo ogni aspetto dell'esperienza umana, per cui ricorrono spesso a norme indeterminate che introducono nel diritto un elemento valoriale: è in tale spazio che etica e diritto si incontrano.

Il compito che la Rivista si assume non è però quello di esortare gli uomini ad agire correttamente attraverso un richiamo velitario e moralistico ai doveri etici. Si tratta, al contrario, di utilizzare l'etica in modo diverso, di impiegarla per risolvere questioni giuridiche, per orientare il diritto verso soluzioni giuste. Si pensi al problema dell'obbligo di rinegoziazione delle condizioni contrattuali in caso di emergenza pandemica, che pone una questione di giustizia del contratto, la cui soluzione può essere fondata

sull'obbligo di buona fede e sul dovere di solidarietà. O ancora, nel campo del processo, alla questione dell'obbligo delle parti di dire la verità, che in modo analogo solleva una questione di giustizia processuale, la quale può trovare una soluzione nell'obbligo di lealtà e nel principio di uguaglianza, opportunamente distinguendo fra processo civile e processo penale.

Questi esempi mostrano come le questioni etiche possano diventare questioni giuridiche, che richiedono una presa di posizione dell'ordinamento a prescindere dal modo in cui ciascun individuo intende comportarsi in concreto: riguardano, in altre parole, la determinazione della regola di condotta che appare più giusta secondo il diritto. Ciò richiede necessariamente una riflessione sulla sua dimensione valoriale, sulle modalità attraverso cui l'etica può incidere sul ragionamento giuridico.

Potremmo parlare al riguardo di «etica giuridica», proprio per definire l'apporto che l'etica può dare al diritto. Più precisamente, l'etica giuridica può essere concepita come una disciplina che si occupa di studiare i principi e i valori etici che guidano i giuristi nell'interpretazione della legge al fine di determinare il canone di comportamento obbligatorio secondo il diritto. Ciò implica la costruzione di una teoria giuridica dei valori, in forza della quale sia possibile adattare la legge alla complessità della vita.

Nel mondo anglosassone è diffusa l'espressione «*legal ethics*», alla quale tuttavia la tradizione attribuisce un significato molto più circoscritto: con tale concetto si allude infatti quasi esclusivamente all'etica dell'avvocato, ossia alle norme di comportamento che regolano la professione forense <sup>(6)</sup>, talvolta estendendone il campo di applicazione all'etica del giudice <sup>(7)</sup>. Eppure, l'etica le-

<sup>(6)</sup> Sul tema si vedano, in particolare, i fondamentali studi di D. LUBAN, *Lawyers and Justice: an Ethical Study*, Princeton, 1988; G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal ethics: a comparative study*, Stanford, 2004, disponibile anche nella trad. it., *Etiche della professione legale: un approccio comparato*, Bologna, 2005; W.B. WENDEL, *Lawyers and Fidelity to Law*, Princeton, 2010; A. SOUTHWORTH, C.L. FISK, *The Legal Profession: Ethics in Contemporary Practice*, 3<sup>a</sup> ed., St. Paul (Minn.), 2024.

<sup>(7)</sup> In questa prospettiva, v. ad esempio A. DONDI, *Qualche rapida impressione sul Giudiziario statunitense in prospettiva di legal ethics*, in «DPCE onli-

gale racchiude in sé un ambito concettuale potenzialmente ben più vasto, equivalente a quello – qui proposto – di etica giuridica. Suggestendo di adoperare la locuzione «etica giuridica» si auspica quindi, semplicemente, di ampliare la portata del concetto, per sfruttarne appieno tutte le possibili implicazioni.

Per riferirsi in modo specifico all'etica dell'avvocato, evitando qualsiasi equivoco lessicale, è invece possibile utilizzare l'espressione «etica forense», che a sua volta appare più ampia di «deontologia forense», la quale può a sua volta essere intesa come il sottoinsieme delle norme dettate dall'autogoverno della categoria professionale, che non esauriscono certamente il quadro normativo che disciplina le condotte degli avvocati. In modo analogo, si può parlare di «etica giudiziaria» per riferirsi alle regole di comportamento dei giudici e di «deontologia giudiziaria» per alludere al complesso delle norme di condotta elaborate dagli organi associativi della magistratura.

L'etica giuridica non deve essere necessariamente limitata all'etica professionale dell'avvocato e del giudice. Essa si presta a ricomprendere anche l'etica degli altri soggetti del processo, quali il pubblico ministero, gli ausiliari del giudice, il consulente tecnico, e soprattutto le parti, così come l'etica di coloro che svolgono il loro ufficio nell'ambito dei procedimenti di giustizia consensuale, fra i quali in particolare il mediatore. L'insieme delle regole di condotta operanti nell'ambito del processo può essere definita come «etica processuale», mentre le norme che concernono la negoziazione, la stipulazione e l'esecuzione dei contratti possono essere indicate come «etica contrattuale».

Le forme dell'etica giuridica si estendono ancora oltre l'ambito del contratto e dei mezzi di soluzione delle controversie. Basti pensare, a titolo esemplificativo, alle ulteriori etiche professiona-

ne», 2023, p. 3221 ss., secondo il quale tanto l'etica dell'avvocato («*lawyers' legal ethics*») quanto l'etica del giudice («*judicial legal ethics*») compongono la *legal ethics* in senso più ampio. Secondo C.G. GEYH, *The Architecture of Judicial Ethics*, in «*University of Pennsylvania Law Review*», 2021, vol. 169, p. 2352, l'etica del giudice («*judicial ethics*») e l'etica dell'avvocato («*legal ethics*») farebbero invece parte del campo della responsabilità professionale («*professional responsibility*»).

li, come quella dei medici o degli psicologi, all'etica d'impresa, all'etica finanziaria, all'etica fiscale, all'etica dei pubblici dipendenti, all'etica politica e a quella che governa le relazioni tra gli Stati. Si pensi altresì alle questioni etiche nell'uso delle tecnologie e dell'intelligenza artificiale, all'etica climatica, all'etica dell'insegnamento e della ricerca scientifica.

In realtà, ogni campo del diritto può essere ripensato in una dimensione etica. Rimeditare le tradizionali categorie giuridiche in tale prospettiva è un compito tutt'altro che facile, ma al tempo stesso indispensabile per garantire che il sistema giuridico funzioni in modo giusto ed equo: non c'è giustizia senza etica, e non c'è diritto senza giustizia.

Nell'intraprendere questo cammino, la Rivista si propone di costituire un luogo di confronto aperto tra il mondo accademico e quello professionale, destinato a indagare le molteplici dimensioni del rapporto tra etica, diritto e giustizia. Lo sguardo sarà rivolto tanto alle riflessioni teoriche quanto alla pratica dell'esperienza giuridica, includendo prospettive comparate e contaminazioni interdisciplinari, in particolare con la filosofia e la sociologia del diritto. L'intento è di promuovere, mediante il contributo di tutti i protagonisti del dibattito, una cultura giuridica che riconosca la centralità della dimensione etica e sia orientata alla costruzione di un sistema giuridico capace di dare risposte adeguate ai bisogni concreti delle persone.

MARCO GRADI



# SAGGI

---

GIUSEPPE RUFFINI

*Professore ordinario nell'Università di Roma Tre*

## LEALTÀ E VERITÀ NELLA VITA DELL'AVVOCATO

SOMMARIO: 1. Vita professionale e vita privata dell'avvocato. – 2. Codice deontologico e dovere di probità. – 3. La lealtà nei confronti dei colleghi. – 4. La lealtà nei confronti del cliente. – 5. La lealtà nella vita privata dell'avvocato. – 6. Specialità della professione forense ai fini della realizzazione della giustizia. – 7. Il collegamento inscindibile fra la giustizia e la verità. – 8. Il dovere di verità dell'avvocato. – 9. Sanzioni dirette a carico dell'avvocato. – 10. Il dovere di richiamare il cliente al rispetto dei suoi doveri. – 11. L'autentica missione dell'avvocato. – 12. L'avvocato innamorato.

1. *Vita professionale e vita privata dell'avvocato.* — Il tema della lealtà e della verità nella vita dell'avvocato ha una portata assai ampia e coinvolgente <sup>(1)</sup>: non si tratta soltanto di parlare del dovere di lealtà e probità che deve caratterizzare il compor-

<sup>(1)</sup> Sul tema, v. innanzitutto F. CIPRIANI, *L'avvocato e la verità*, in «La previdenza forense», 2003, p. 222 ss.; R. DANOVÌ, *Deontologia e giustizia*, Milano, 2003, p. 68 ss.; A. MARIANI MARINI, *Probabilmente vero: avvocato, giudice, verità*, in *Processo e verità*, a cura di A. Mariani Marini, Pisa, 2005, p. 17 ss.; F. GIANARIA, A. MITTONE, *L'avvocato necessario*, Torino, 2007, p. 45 ss.; A. PISANI MASSAMORMILE, *L'avvocato nella dialettica tra realtà, verità e processo*, in «Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni», 2010, p. 331 ss.; P. DENARO, *Il dovere di lealtà*, in «Sociologia del diritto», 2010, p. 61 ss.; E. RANDAZZO, *L'avvocato e la verità*, Palermo, 2015, p. 75 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La Giustizia come professione*, Torino, 2021, p. 105 s.; M. BINA, *Il dovere di verità dell'avvocato nel processo civile*, in «Rivista di diritto processuale», 2021, p. 514 ss.; I. TRUJILLO, *Virtù e professioni giuridiche: i limiti della deontologia*, in «Ars interpretandi», 2022, p. 87 ss.

tamento degli avvocati nei procedimenti di giustizia consensuale e nei procedimenti giurisdizionali, così come dei doveri di lealtà e probità inerenti la vita professionale dell'avvocato anche al di fuori di questi procedimenti, ad esempio ai fini dell'acquisizione della clientela o nella gestione del rapporto con il cliente; si tratta invece di parlare della verità e della lealtà anche nella vita privata dell'avvocato <sup>(2)</sup>.

Certamente, considerati i ritmi sempre più incalzanti della professione forense, sarebbe facile rispondere che spesso l'avvocato, assorbito dai doveri della professione, rischia di non avere una vita privata, finendo per dedicare tutto il suo tempo alla soluzione dei problemi altrui. Infatti, come ammoniva Piero Calamandrei, in una frase che ho sempre ricordato ai laureati desiderosi di accostarsi alla professione forense, gli avvocati sono chiamati a lavorare disperatamente, «fino all'ultimo respiro, per servire gli altri, per aprire la strada agli altri», al punto di arrivare «alla morte senza aver potuto fare quello che li riguardava personalmente, e... che per tutta la vita hanno dovuto rimandare a domani» <sup>(3)</sup>.

Non può negarsi, tuttavia, che è proprio il ruolo che gli avvocati sono chiamati a svolgere nella loro vita professionale a legittimare, anche con riferimento ai comportamenti che ci si aspetta che gli avvocati tengano al di fuori della stessa, una riflessione

<sup>(2)</sup> Sulla vita dell'avvocato rinvio innanzitutto alle celebri pagine di P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, 4<sup>a</sup> ed., Firenze, 1959, nella rist., Milano, 2005, spec. cap. VI (*Di certe relazioni tra gli avvocati e la verità, ovvero della doverosa parzialità del difensore*), p. 115 ss., e cap. XVIII (*Di certe tristezze ed eroismi della vita degli avvocati*), p. 363 ss.; sulla vocazione e sulla missione dell'avvocato, v. anche il pensoso volume di F. CARNELUTTI, *Vita di avvocato: colloqui*, Torino, 1961, ripubblicato a cura di F. Cipriani nel volume *Vita di avvocato - Mio fratello Daniele - In difesa di uno sconosciuto*, Milano, 2006, spec. p. 11 ss.

<sup>(3)</sup> Questa frase è attribuita a Piero Calamandrei da F. GALGANO, F. GRANDE STEVENS, *Manualetto forense: ordinamento, previdenza, deontologia e formazione forense*, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 1997, p. 76, che la inseriscono nei «consigli ad un giovane avvocato»; sul punto, v. anche M. MALBERBA, *La deontologia dell'avvocato e la tutela dei diritti*, in «La pazienza: rassegna dell'Ordine degli Avvocati di Torino», 2018, n. 3, p. 14.

sul contenuto dei doveri di verità e di lealtà e sul rapporto tra gli stessi.

2. *Codice deontologico e dovere di probità.* — L'obbligo di lealtà e l'obbligo di verità svolgono indubbiamente un ruolo fondamentale nei procedimenti contenziosi e in quelli di giustizia consensuale. Il loro corso è influenzato sia dal contenuto di tali doveri che incombono sugli avvocati, sia dal rapporto fra tali doveri, perché spesso il dovere di lealtà e quello di verità coincidono, ma a volte possono essere in conflitto. La lealtà e la verità incidono però anche sui comportamenti che gli avvocati devono tenere al di fuori di questi procedimenti e, in genere, della loro vita professionale.

In ordine al rapporto fra la verità e la lealtà dell'avvocato vanno preliminarmente ricordate due norme del codice deontologico forense: innanzitutto, l'art. 2, comma 1°, a norma del quale le regole deontologiche che disciplinano il comportamento degli avvocati nella loro vita professionale e nei rapporti con i terzi «si applicano anche ai comportamenti tenuti nella vita privata quando ne risulti compromessa la reputazione professionale o l'immagine della professione forense» (4).

Viene inoltre in rilievo l'art. 9, comma 2°, cod. deont. for., il quale stabilisce che, anche al di fuori dell'attività professionale, l'avvocato «deve osservare i doveri di probità, dignità e decoro, ai fini della salvaguardia della propria reputazione e della immagine della professione forense» (5). Al di là dell'improprio acco-

(4) Al riguardo, v. in particolare R. DANOVÌ, *Il diritto degli altri: storia della deontologia*, Milano, 2022, p. 304.

(5) Come ha affermato Cons. naz. for., 25 maggio 2018, n. 52: «Deve ritenersi disciplinarmente responsabile l'avvocato per le condotte che, pur non riguardando *stricto sensu* l'esercizio della professione, ledano comunque gli elementari doveri di probità, dignità e decoro (...) e, riflettendosi negativamente sull'attività professionale, compromettono l'immagine dell'avvocatura quale entità astratta con contestuale perdita di credibilità della categoria». Nello stesso senso, v. inoltre Cons. naz. for., 23 gennaio 2017, n. 2; Cons. naz. for., 23 dicembre 2017, n. 230; Cons. naz. for., 26 febbraio 2018, n. 1; Cons. naz. for., 24 giugno 2020, n. 77. Questo orientamento è stato avallato, già sotto il

stamento della probità alla dignità e al decoro – alla cui base sta forse la confusione fra l’etica e l’estetica, tra l’etica e il galateo – è indubbio che la probità non si limiti alla forma, ma investa anche il contenuto delle azioni.

In ogni caso, in queste norme deontologiche abbiamo un esplicito riferimento alla vita privata dell’avvocato: possiamo dunque affermare che il comportamento degli avvocati, che deve necessariamente ispirarsi alla probità, interessa non soltanto il piano professionale, ma anche la loro vita personale.

3. *La lealtà nei confronti dei colleghi.* — Nel dovere di probità dell’avvocato rientra sicuramente l’obbligo di lealtà nell’esercizio dell’attività professionale. Tale obbligo opera innanzitutto nei confronti dell’avversario, così come nei confronti dell’avvocato della controparte <sup>(6)</sup>. Non c’è dubbio che il comportamento sleale dell’avvocato nella lotta processuale non risponda ai canoni della probità: non è infatti *probo* né *retto*, non si comporta secondo giustizia l’avvocato che alteri la struttura dialogica dei procedimenti finalizzati alla soluzione delle controversie.

Nel dovere di probità dell’avvocato rientra anche l’obbligo di lealtà nei confronti degli altri colleghi <sup>(7)</sup>, anche laddove questi non rappresentino una parte avversaria nell’ambito di un procedimento di giustizia. Ciò impone all’avvocato, ad esempio, il divieto di accaparramento della clientela: gli vieta cioè la possibilità di sottrarre un cliente ad un altro avvocato, o di parlare male di un collega nella speranza di essergli preferito nell’affidamento di un mandato professionale.

L’obbligo di lealtà regola altresì i rapporti fra l’avvocato e i

vigore del codice deontologico previgente (art. 5), anche da Cass. civ., sez. un., 2 marzo 2018, n. 4994.

<sup>(6)</sup> In tal senso, v. puntualmente Cons. naz. for., 28 dicembre 2017, n. 247, la quale ha affermato che l’avvocato «deve svolgere la propria attività con lealtà e correttezza non solo nei confronti della parte assistita, ma anche verso i terzi in genere e verso la controparte».

<sup>(7)</sup> Il titolo III del codice deontologico forense è interamente dedicato a disciplinare i «rapporti con i colleghi»: in proposito, v. R. DANOVI, *Ordinamento forense e deontologia*, Milano, 2025, p. 140 ss.

suoi collaboratori <sup>(8)</sup>. Ad esempio, è sicuramente sleale pubblicare un annuncio sul sito dello studio, celebrando un successo professionale senza menzionare alcuni degli avvocati che hanno curato la pratica. Lo stesso vale nel rapporto fra l'avvocato e i suoi praticanti, poiché coloro che desiderano intraprendere la bellissima professione dell'avvocatura si aspettano che il titolare dello studio abbia nei loro confronti un comportamento leale e trasparente, che sia disposto a insegnare e a trasmettere i valori e i segreti della professione, e non soltanto a riconoscere loro, dopo il primo semestre di pratica, un compenso adeguato alle capacità acquisite e al lavoro svolto <sup>(9)</sup>.

4. *La lealtà nei confronti del cliente.* — Anche nei confronti del cliente l'avvocato è tenuto a rispettare una serie di doveri, che sono declinati negli artt. 23 ss. cod. deont. for. <sup>(10)</sup>, ma che sono tutti riconducibili all'obbligo di lealtà: mi riferisco al dovere di fedeltà al mandato ricevuto, al dovere di diligenza nello svolgimento dell'incarico, al dovere di segretezza e riservatezza, nonché al dovere di competenza.

Quest'ultimo dovere impone all'avvocato di possedere una preparazione giuridica adeguata al caso da affrontare <sup>(11)</sup>: il dove-

<sup>(8)</sup> L'art. 39 cod. deont. for. dispone infatti che l'avvocato «deve consentire ai propri collaboratori di migliorare la loro preparazione professionale e non impedire od ostacolare la loro crescita formativa, compensandone in maniera adeguata la collaborazione, tenuto conto dell'utilizzo dei servizi e delle strutture dello studio».

<sup>(9)</sup> Il primo comma dell'art. 40 cod. deont. for. prevede infatti che l'avvocato «deve assicurare al praticante l'effettività e la proficuità della pratica forense, al fine di consentirgli un'adeguata formazione». Al secondo comma della citata disposizione è inoltre previsto che l'avvocato «deve fornire al praticante un idoneo ambiente di lavoro e, fermo l'obbligo del rimborso delle spese, riconoscerli, dopo il primo semestre di pratica, un compenso adeguato, tenuto conto dell'utilizzo dei servizi e delle strutture dello studio».

<sup>(10)</sup> Sul rapporto fra l'avvocato e il cliente, v. G. COSÌ, *L'avvocato e il suo cliente: appunti storici e sociologici sulla professione legale*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1986, p. 3 ss.; M. BINA, *La felicità dell'avvocato: diritto forense e processo civile*, Torino, 2024, p. 111 ss.

<sup>(11)</sup> Nella giurisprudenza disciplinare, v. di recente Cons. naz. for., 23 feb-

re di lealtà impone quindi al professionista di comunicare al potenziale cliente che le questioni da affrontare non rientrano nelle proprie competenze o capacità, oppure che non rientrano fra i propri interessi professionali. In tal caso, è possibile consigliare al cliente un altro collega, maggiormente competente in materia e quindi più capace di rispondere alle sue aspettative.

Il dovere di indipendenza sta invece alla base del divieto di accettare incarichi in conflitto di interessi <sup>(12)</sup>. È fondamentale che l'avvocato mantenga la propria indipendenza nel momento dell'accettazione dell'incarico, così come nel corso del suo intero svolgimento. L'avvocato è pertanto costretto a rifiutare quegli incarichi professionali, pur se interessanti ed economicamente redditizi, in conflitto con gli interessi di un altro cliente del quale ha già accettato il mandato.

Pertanto, non è leale nei confronti del cliente l'avvocato che accetti un incarico sapendo di non avere la competenza per espletarlo, oppure che si trovi in una posizione di conflitto di interessi con gli interessi della parte da assistere. In entrambi i casi, la slealtà consiste nel far credere qualcosa che non è, cioè di avere la preparazione adeguata o di trovarsi nella necessaria posizione di indipendenza per l'accettazione dell'incarico.

È sleale nei confronti del cliente anche l'avvocato che, pur avendo una solida competenza professionale, renda una prestazione scadente, disattendendo le sue legittime aspettative. Ciò costituisce un tradimento dell'incarico professionale, con il quale l'avvocato promette implicitamente al cliente di mettergli a disposizione tutte le sue energie.

È altresì sleale l'avvocato che non osservi il segreto professionale o che riveli a terzi fatti dei quali è venuto a conoscenza

braio 2024, n. 23, secondo la quale costituisce illecito deontologico «il comportamento dell'avvocato che assuma incarichi senza averne l'adeguata competenza tecnica».

<sup>(12)</sup> Al riguardo, v. L. CROTTI, *Il conflitto di interessi nell'attività dell'avvocato*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2021, p. 203 ss., spec. p. 215 ss.; v. inoltre F. RUSSO, *Il conflitto di interessi del difensore costituito per più parti*, in «Rivista di diritto processuale», 2007, p. 387 ss.

nell'attività di rappresentanza e di difesa in giudizio<sup>(13)</sup>. Anche in questo caso, l'avvocato tradisce la fiducia che il cliente ha riposto in lui, nel momento in cui gli ha affidato l'incarico professionale.

Il dovere di lealtà nei confronti del proprio cliente impone infine all'avvocato la fedeltà al mandato ricevuto, che deve essere espletato nell'interesse del cliente. Occorre tuttavia rammentare che la funzione dell'avvocato è pur sempre quella di contribuire della realizzazione della giustizia<sup>(14)</sup>. Questo rilievo ci impone allora un'ulteriore considerazione con riguardo alle controversie civili, perché in tale ambito l'avvocato ha anche il dovere, proprio per motivi di lealtà, di avvertire il cliente dell'eventuale infondatezza della sua pretesa o della sua contestazione. È proprio la lealtà nei confronti della parte che assiste a far sorgere un tale dovere a carico dell'avvocato, a imporgli di avvertirla e anche di dissuaderla dall'intentare cause manifestamente prive di fondamento o di resistere in modo palesemente ingiustificato alle altrui pretese<sup>(15)</sup>.

<sup>(13)</sup> In argomento, v. P. GIANNITI, *Principi di deontologia forense*, Padova, 1992, p. 159 ss.; D. BORGHESI, *Il segreto nella professione legale*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, Napoli, 2010, p. 331 ss.

<sup>(14)</sup> Sul problema della c.d. «doppia fedeltà» dell'avvocato, nei confronti del proprio cliente e nei confronti dell'ordinamento giuridico, v. S. PELLEGRINI, *Professione giustizia: giuristi tra etica professionale e responsabilità di ruolo*, Padova, 2013, p. 77 ss.; I. TRUJILLO, *Etica delle professioni legali*, Bologna, 2013, p. 115 ss.; in una prospettiva comparata, v. inoltre G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal ethics: a comparative study*, Stanford, 2004, nella trad. it., *Etiche della professione legale: un approccio comparato*, Bologna, 2005, p. 241 ss.; si consulti anche l'ampio studio di A. ROMEO, *Il buon avvocato: teorie dell'avvocatura tra storia e filosofia del diritto*, Napoli, 2022, p. 99 ss.

<sup>(15)</sup> Sul dovere di dissuasione dell'avvocato nei confronti del cliente, v. 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. 431 ss., al quale si rinvia anche per i riferimenti giurisprudenziali; un tale dovere può ovviamente essere concepito soltanto nei limiti delle azioni o delle difese manifestamente infondate, essendo ragionevole il rilievo di V. ANDRIOLI, *L'avvocato e la legge*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1966, p. 1450 ss., spec. p. 1453, secondo il quale «giudice e difensore occupano una diversa posizione innanzi alla legge». Sul problema, in prospettiva storica, v. le indagini di R. BIANCHI RIVA, *L'avvocato non difenda cause ingiuste: ricerche sulla deontologia*

Allo stesso modo, l'avvocato ha il dovere di non assumere un incarico il cui espletamento implichi l'utilizzazione di prove false o anche la semplice affermazione di fatti contrari al vero. Tale canone di comportamento va ricondotto, ancor prima che al dovere di verità nei confronti dell'avvocato della controparte o della controparte stessa, al dovere di lealtà nei confronti del proprio cliente: l'avvocato dovrebbe rifiutarsi di accettare un incarico di questo genere proprio perché, essendo tenuto al rispetto del dovere di verità ai sensi dell'art. 50 cod. deont. for., non sarebbe in grado di svolgerlo in modo adeguato <sup>(16)</sup>.

5. *La lealtà nella vita privata dell'avvocato.* — Abbiamo finora parlato di doveri di lealtà e verità relativi all'attività professionale dell'avvocato, ma – come si è già rilevato – l'avvocato è tenuto a rispettare questi doveri anche nell'ambito della sua vita privata: ciò in ragione del rilievo sociale della sua funzione, del discredito che la violazione di questi doveri potrebbe portare non soltanto alla sua reputazione personale, ma anche all'immagine dell'intera classe forense, e alle conseguenze pregiudizievoli che potrebbero derivarne in ordine alla realizzazione della giustizia <sup>(17)</sup>.

Da questo punto di vista, il codice deontologico forense men-

*forense in età medievale e moderna*, vol. I, Milano, 2012, *passim*, spec. p. 225 ss.; ID., *La coscienza dell'avvocato: la deontologia forense fra diritto ed etica in età moderna*, Milano, 2015, p. 231 ss.

<sup>(16)</sup> La conclusione sostenuta nel testo con riferimento al processo civile si presenta in modo indubbiamente diverso e più complesso nel contesto del processo penale, nel quale l'imputato è un soggetto colpito nei suoi interessi vitali dall'accusatore pubblico: sul punto, v. la celebre presa di posizione di G. TARELLO, *Due interventi in tema di deontologia*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1982, p. 207 ss., spec. p. 210, secondo il quale la difesa penale non potrebbe essere rifiutata e dovrebbe «essere condotta nel modo più efficace, sia sotto il profilo tecnico-giuridico, sia sotto il profilo attinente alle situazioni di fatto, senza alcuna concessione alle convinzioni soggettive dell'avvocato o alle sue idee e opinioni»; in modo conforme, v. M. LA TORRE, *Il giudice, l'avvocato, e il concetto di diritto*, Soveria Mannelli, 2002, p. 139 ss.

<sup>(17)</sup> In analoga prospettiva, v. già C. LEGA, *Deontologia forense*, Milano, 1975, p. 102 ss.; più di recente, v. l'ampia disamina di F. DE SANTIS, *Appunti di deontologia forense*, Pisa, 2024, p. 75 ss.

zione in particolare soltanto alcuni doveri: i doveri di adempimento fiscale, previdenziale, assicurativo e contributivo. La violazione di questi doveri costituisce un illecito disciplinare per l'avvocato, ma anche in questo caso si tratta di una declinazione del dovere di probità.

È infatti sicuramente sleale, perché non agisce secondo giustizia, violando le regole della solidarietà al cui rispetto tutti siamo tenuti, l'avvocato che non adempia i doveri fiscali o previdenziali, oppure l'avvocato che, al fine di aggirare l'adempimento di questi doveri, renda dichiarazioni false in merito agli incarichi ricevuti o ai compensi percepiti, infrangendo anche il dovere di verità.

Non c'è dubbio che comportamenti di questo genere, ad esempio la mancata fatturazione di prestazioni professionali al fine di eludere il pagamento delle imposte e dei contributi previdenziali, siano totalmente da disapprovare <sup>(18)</sup>. Se l'avvocato, inoltre, raggiungesse con il proprio cliente – e cioè con chi si è rivolto a lui per ottenere giustizia – un accordo finalizzato a frodare il fisco o la cassa previdenziale forense, o addirittura gli proponesse un tale accordo, finirebbe per trasmettere al cliente un'immagine distorta del proprio lavoro. Un avvocato che si comportasse in tal modo perderebbe infatti la necessaria autorevolezza nei confronti del cliente, il quale dovrebbe invece essere reso consapevole del fatto che l'avvocato, al di là del perseguimento della tutela dell'interesse della parte assistita, lavora soprattutto in funzione della realizzazione della giustizia.

Le fattispecie indicate dal codice deontologico forense rappresentano, tuttavia, una soltanto delle possibili declinazioni del dovere di lealtà e probità dell'avvocato nella sua vita privata. Sono infatti convinto che ledano la reputazione del singolo avvocato e l'immagine dell'intera classe forense anche le condotte, contrarie alla lealtà e alla verità, poste in essere dall'avvocato nell'ambito privato.

Ad esempio, è scorretto l'avvocato che non paghi l'assegno di mantenimento dovuto al coniuge o all'altro genitore dei suoi

<sup>(18)</sup> Rinvio a E.M. RUFFINI, *L'evasione spiegata a un evasore: anche a quello dentro di noi*, Roma, 2013, p. 21 ss.

figli. Tale avvocato non restituisce una buona immagine della classe forense, alimentando l'assimilazione dell'avvocato ad un furbo faccendiere e lasciando nella rassegnazione e nella desolazione il *quisque de populo*, che così perde fiducia nella funzione sociale e più nobile dell'avvocatura. Tale funzione, che è quella di contribuire alla realizzazione della giustizia, è infatti intimamente connessa al rispetto del dovere di probità; se non ci si può fidare delle persone che dovrebbero realizzare la giustizia, si incrina la coesione sociale, con tutte le gravi conseguenze che ne seguono.

Per fare un altro esempio, è sicuramente scorretto il mancato pagamento delle retribuzioni ai propri dipendenti o in genere l'inadempimento delle obbligazioni <sup>(19)</sup>: se posto in essere da un avvocato, però, il comportamento appare ancor più riprovevole. In generale, è sempre scorretto il mancato adempimento delle proprie obbligazioni: l'uomo giusto non deve mai mettere il proprio creditore nelle condizioni di dover chiedere l'adempimento delle sue obbligazioni, dopo la loro scadenza; nessuno dovrebbe mettere il proprio debitore nella situazione di dover chiedere l'esecuzione di una prestazione che costituisce l'oggetto di una obbligazione già scaduta. Ma, laddove tenuta da un avvocato, tale condotta nuoce sicuramente anche all'immagine dell'intera classe forense, alla quale ciascun singolo avvocato ha l'onore di appartenere, e alla fiducia dei consociati nella giustizia.

<sup>(19)</sup> Sulla rilevanza deontologica dell'inadempimento dell'avvocato rispetto alle proprie obbligazioni personali, v. Cons. naz. for., 13 settembre 2017, n. 125, secondo la quale commette «illecito deontologico l'avvocato che non provveda al puntuale adempimento delle proprie obbligazioni nei confronti dei terzi e ciò indipendentemente dalla natura privata o meno del debito»; v. inoltre Cons. naz. for., 3 luglio 2017, n. 80, la quale opera un *distinguo* fra l'inadempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio della professione forense, che configura automaticamente l'illecito disciplinare, e l'inadempimento delle obbligazioni estranee all'esercizio della professione, che assume carattere di illecito disciplinare soltanto quando, per modalità o gravità, sia tale da compromettere la fiducia dei terzi nella capacità dell'avvocato di assolvere ai propri doveri professionali.

6. *Specialità della professione forense ai fini della realizzazione della giustizia.* — Lo standard di correttezza richiesto agli avvocati non si applica a tutte le categorie professionali. Per l'avvocato si tratta di una questione cruciale in ragione del ruolo che lo stesso svolge ai fini della realizzazione della giustizia, nonché in considerazione del profondo legame fra la giustizia e la verità. Questo rilievo è assolutamente fondamentale per comprendere l'importanza del dovere di lealtà e verità non solo nella vita professionale, ma anche nella vita privata dell'avvocato.

Di norma siamo ragionevolmente portati a escludere che la violazione del dovere di verità o di lealtà nella vita privata di un esercente un'altra professione possa in qualche modo ledere la sua reputazione come professionista o l'immagine dell'intera categoria alla quale appartiene. Nessuno, infatti, potrebbe pensare che l'inosservanza di doveri attinenti esclusivamente alla vita privata di un idraulico possa avere una qualche rilevanza sul lavoro svolto dallo stesso o da altri idraulici. A nessuno, quindi, interesserebbe chiedersi come si comporti nella sua vita privata una persona che, avendo le necessarie competenze, svolga o intenda svolgere l'attività di idraulico.

Al contrario, è lecito chiedersi se una persona si comporta in modo leale e probò nella sua vita privata qualora intenda svolgere la funzione di avvocato. Ci sono insomma alcune virtù intrinseche al tipo di lavoro che si è chiamati a svolgere, che debbono necessariamente essere esercitate anche nella vita privata di coloro che svolgono o intendono svolgere determinate professioni.

Se andassimo in libreria in cerca di un libro dal titolo *Lealtà e verità nella vita dell'idraulico*, molto probabilmente lo cercheremmo nel reparto dei libri umoristici, sperando magari di trovare una raccolta di scritti analoga a quella contenuta nell'opera di Achille Campanile dal titolo *Gli asparagi e l'immortalità dell'anima*: questo volume contiene una dissertazione surreale, nella quale l'autore si interroga sul rapporto tra il comune ortaggio e la questione dell'immortalità dell'anima, analizzandolo da molteplici punti di vista, per concludere che fra le due tematiche non c'è alcun collegamento <sup>(20)</sup>.

<sup>(20)</sup> Mi riferisco al volume di A. CAMPANILE, *Gli asparagi e l'immortalità*

Lo stesso può dirsi anche in ordine al rapporto fra il principio di lealtà e verità, da un lato, e la vita dell'idraulico, dall'altro: anche a seguito di un'indagine approfondita, non riusciremo a trovare alcun punto di contatto. Per gli avvocati, invece, le cose stanno ben diversamente: per loro la questione della lealtà e della verità è molto seria. C'è infatti un intimo collegamento fra la lealtà e la verità, ma anche fra la verità e la giustizia: e ciò ha a che fare con la vita professionale dell'avvocato, ma anche con la sua vita privata.

7. *Il collegamento inscindibile fra la giustizia e la verità.* — Spesso, parlando della professione forense, si sente evocare in toni dispregiativi il dottore Azzecagarbugli, di manzoniana memoria, che nell'immaginario collettivo è l'archetipo dell'avvocato che si presta a intrighi e sotterfugi per mascherare la verità e aggirare la legge <sup>(21)</sup>.

Anche all'Azzecagarbugli era ben chiaro l'indissolubile rapporto esistente tra la conoscenza della verità e la funzione dell'avvocato, sebbene lo stesso pretendesse che i fatti gli fossero raccontati chiaramente dai propri assistiti al solo fine di ingarbugliarli, non essendo in alcun modo interessato alla realizzazione della giustizia, ma semmai ai modi per evitarla. Nell'incalzare Renzo, l'Azzecagarbugli ammoniva: «All'avvocato bisogna raccontare le cose chiare: a noi tocca poi a imbrogliarle. Se volete che io v'aiuti bisogna dirmi tutto, dall'a fino alla zeta, col cuore in mano, come al confessore» <sup>(22)</sup>.

L'avvocato probo e leale, invece, consapevole della propria funzione sociale, vuol conoscere i fatti al fine di fare ottenere al proprio assistito ciò che è giusto. Da un lato, infatti, la verità fattuale è un indispensabile strumento di lavoro per l'avvocato, sen-

*dell'anima*, Milano, 1974, il quale contiene il saggio, quasi omonimo, dal titolo *Asparagi e immortalità dell'anima*.

<sup>(21)</sup> Tale memorabile personaggio appare, come è noto, in A. MANZONI, *I promessi sposi*, Milano, 1827, cap. III.

<sup>(22)</sup> Sull'immagine negativa della figura dell'avvocato nell'opinione pubblica e nella letteratura, v. anche R. DANOVI, *L'immagine dell'avvocato: slogan e realtà*, in «Responsabilità civile e previdenza», 1993, p. 456 ss., spec. p. 463 ss.

za il quale non gli è possibile aiutare chi si rivolge a lui; dall'altro lato, lo scopo del processo giurisdizionale, così come dei procedimenti di giustizia consensuale, è sempre la realizzazione di una giusta composizione della controversia <sup>(23)</sup>.

Ciò giustifica le previsioni del codice di procedura civile e del codice deontologico forense secondo le quali la condotta delle parti e degli avvocati nell'ambito di questi procedimenti non è assolutamente libera. Occorre rispettare i canoni di lealtà e probità e sono quindi banditi l'imbroglio e la malafede. La giustizia è, infatti, indissolubilmente congiunta alla verità: sicché sarebbe contraddittorio postulare la giustizia cercando di trarre in inganno la controparte o il giudice.

Entrambe le parti possono legittimamente sottolineare gli aspetti fattuali della controversia al fine di soppesare le rispettive ragioni in vista di una soluzione consensuale della stessa. Ed entrambi gli avvocati possono e debbono contribuire alla ricostruzione e interpretazione dei fatti, mettendone in luce gli aspetti utili a supportare le richieste dei rispettivi assistiti al fine di consentire al giudice di cogliere nella loro complessità i fatti sui quali occorre formulare il giudizio ai fini della decisione.

L'avvocato non può essere considerato sleale perché sta rischiando soltanto gli aspetti della vicenda utili a far emergere le ragioni del suo assistito: è quello il suo compito, posto che la sua opera deve necessariamente essere completata da quella dell'avvocato avversario. Il fatto è complesso e spesso deve essere illuminato da diversi punti di vista. Nel processo giurisdizionale, il compito degli avvocati è proprio quello di aiutare il giudice a decidere: grazie all'opera contrapposta degli avvocati, nel contraddittorio, il giudice può comprendere le ragioni di entrambe le parti in lite ai fini di una giusta decisione della controversia. Questa attività, che gli avvocati possono svolgere in perfetta buona fede, è assolutamente necessaria ai fini della giustizia <sup>(24)</sup>.

<sup>(23)</sup> Mi permetto di rinviare a G. RUFFINI, *Giustizia, giurisdizione, processo*, in *Diritto processuale civile*, a cura di G. Ruffini, vol. I, *La giustizia civile*, Bologna, 2023, p. 17 ss.

<sup>(24)</sup> Notava acutamente F. CARNELUTTI, *Miseria e grandezza dell'avvocatura*,

Del tutto diverso sarebbe, tuttavia, servirsi di affermazioni o prove false per fare prevalere le ragioni di una delle parti a dispetto della verità e quindi della giustizia. L'avvocato che tenesse una tale condotta, facendo credere il falso all'avversario e al giudice, tradirebbe in modo flagrante il suo mandato, che deve essere svolto nell'interesse della parte assistita, ma in funzione della giustizia<sup>(25)</sup>, la quale «vuole che ogni soggetto sia riconosciuto e trattato da ogni altro come assoluto principio dei propri atti»<sup>(26)</sup>.

8. *Il dovere di verità dell'avvocato.* — Occorre a questo punto fare un'importante precisazione nella quale ho sempre creduto, ma che di recente è stata messa a fuoco da Marco Gradi in una fondamentale monografia<sup>(27)</sup>. Nel processo civile sussiste un obbligo di verità a carico dei litiganti, che vieta a ciascuna delle parti di mentire a danno dell'altra: anche il semplice mendacio, benché non supportato dall'uso di prove false, costituisce una violazione

in ID., *Discorsi intorno al diritto*, vol. II, Padova, 1953, p. 231 ss., spec. 237 s.: «Tanto è difficile, anzi superiore alle forze umane codesto camparsi tra due altri a guisa d'un arco per colmare la loro separazione, che uno solo di noi non basta alla bisogna: qui si scopre la profonda ragione per cui mentre il giudice può anzi deve essere uno, onde se i giudici sono più nel collegio *vertunt in unum*, gli avvocati debbono essere due; la necessità del duello tra di loro, ch'è la posizione drammatica del dubbio, attraverso il quale soltanto si concepisce la verità, esprime l'insufficienza di ciascuno di noi a un'opera, ch'è veramente superiore alle forze di un uomo».

<sup>(25)</sup> Come ha osservato P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, 4<sup>a</sup> ed., cit., p. 117 ss., spec. p. 124, «l'avvocato, come lo storico, tradirebbe il suo ufficio se alterasse la verità col raccontare fatti inventati: non lo tradisce, finché si limita a cogliere e a coordinare della grezza realtà quei soli aspetti che giovano alla sua tesi».

<sup>(26)</sup> Così G. DEL VECCHIO, *La giustizia*, Roma, 1951, p. 119.

<sup>(27)</sup> Mi riferisco al volume di M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018. Per alcuni scritti più recenti sul tema, v. ID., *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.; ID., *La bellezza della giustizia: in difesa dell'obbligo di verità delle parti*, in *Quid est veritas? La dialettica tra verità e certezza nell'esperienza giuridica*, Atti del 73° Convegno nazionale dell'Unione dei giuristi cattolici italiani, Roma, 2025, p. 219 ss.

di tale canone di comportamento <sup>(28)</sup>, che ha un indubbio riflesso sul piano della deontologia forense.

Allo stesso modo, infatti, l'avvocato non può affermare cose che sappia essere false né può negare cose che sappia essere vere <sup>(29)</sup>. Una tale condotta disonesta non può essere giustificata sulla base del dovere di fedeltà al cliente, ossia nella prospettiva dell'adempimento del mandato professionale <sup>(30)</sup>, perché la giustizia non si può basare sulla menzogna. Questo mi sembra assolutamente evidente, perché – tutto sommato – l'avvocato non renderebbe un buon servizio al suo cliente se riuscisse a fargli vincere una causa assecondando le sue menzogne.

Da un lato, infatti, come diceva Carlo Collodi, le bugie hanno le gambe corte <sup>(31)</sup>, così che potrebbero in seguito essere scoperte, rendendo quella vittoria del tutto effimera. Ma soprattutto, dall'altro lato, con una vittoria basata su tale fondamento, il cliente non soddisferà il bisogno di pace e di giustizia che l'ha spinto a chiedere l'aiuto di un avvocato <sup>(32)</sup>.

<sup>(28)</sup> Per l'esistenza di un divieto di menzogna delle parti nel processo civile, v. anche M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria dell'utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Milano, 1962, vol. I, p. 377 ss.; A. CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, II, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2014, p. 491 ss.

<sup>(29)</sup> A favore dell'idea «che gli avvocati non abbiano alcun diritto di mentire e/o d'imbrogliare le carte», v. anche F. CIPRIANI, *L'avvocato e la verità*, cit., p. 222. Diversa è invece la posizione di G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 2013, p. 471 ss., il quale esclude l'esistenza di un dovere di verità a carico della parte e del suo difensore.

<sup>(30)</sup> Un tentativo di giustificare la tesi secondo cui l'avvocato sarebbe sciolto dall'obbligo di verità è, ad esempio, compiuto da R.G. ALOISIO, *L'avvocato tra verità e segreto*, in «Nuova giurisprudenza civile commentata», 2010, II, p. 501, il quale rivendica «l'obbligo del segreto, che è un caposaldo della nostra professione e deve essere qualificato come valore».

<sup>(31)</sup> Tale celebre ed iconico monito si trova in C. COLLODI, *Le avventure di Pinocchio: storia di un burattino*, Firenze, 1883, cap. XVII, nel quale la Fata turchina spiega al burattino: «Le bugie, ragazzo mio, si riconoscono subito, perché ve ne sono di due specie: vi sono le bugie che hanno le gambe corte, e le bugie che hanno il naso lungo».

<sup>(32)</sup> Per lo sviluppo di questo discorso, v. *infra*, § 11.

Non credo che questa conclusione sul dovere di verità del difensore possa essere impedita dall'art. 50 cod. deont. for., il quale si limita a stabilire che l'avvocato «non deve introdurre nel procedimento prove, elementi di prova o documenti che sappia essere falsi» né «utilizzare nel procedimento prove, elementi di prova o documenti prodotti o provenienti dalla parte assistita che sappia o apprenda essere falsi»<sup>(33)</sup>, aggiungendo soltanto che lo stesso non deve «impegnare di fronte al giudice la propria parola sulla verità dei fatti esposti in giudizio», né «rendere false dichiarazioni sull'esistenza o inesistenza di fatti di cui abbia diretta conoscenza»<sup>(34)</sup>.

Se si legge l'art. 50 cod. deont. for. in modo frettoloso, si può essere indotti a pensare che l'avvocato sia legittimato a mentire al giudice su fatti dei quali non abbia diretta conoscenza, cioè – nella sostanza – che il suo obbligo di verità riguardi soltanto i fatti processuali<sup>(35)</sup>. In questa prospettiva, l'avvocato non potrebbe certamente mentire sul contenuto degli atti processuali dallo stesso compiuti o al cui compimento ha assistito (ad esempio, sugli atti depositati nel fascicolo della causa, sul contenuto della sentenza, sulle affermazioni rese in udienza, sugli aspetti della notificazio-

<sup>(33)</sup> Sul divieto di utilizzare prove false, la cui violazione è sanzionata anche dalla legge penale, v. P. PISA, *Amministrazione della giustizia (delitti contro la)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. III, Milano, 2015, p. 25 ss.; sotto il profilo deontologico, la giurisprudenza disciplinare è costante nel sanzionare le condotte scorrette dell'avvocato che si avvalga di prove false in giudizio: v., ad esempio, Cons. naz. for., 3 maggio 2016, n. 116; Cons. naz. for., 15 dicembre 2022, n. 250; Cons. naz. for., 15 novembre 2024, n. 422.

<sup>(34)</sup> Su tale disposizione, v. ampiamente M. BINA, *Il dovere di verità dell'avvocato nel processo civile*, cit., p. 525 ss.; in passato, il dovere di verità dell'avvocato era disciplinato dall'art. 14 del previgente codice deontologico, sul quale v. L.P. COMOGLIO, *Regole deontologiche e doveri di verità nel processo*, in «Nuova giurisprudenza civile commentata», 1998, II, p. 128 ss., spec. p. 135 s.; G. ROMUALDI, *Dall'abuso del processo all'abuso del sistema giustizia*, Torino, 2013, p. 85 ss.

<sup>(35)</sup> Per una lettura restrittiva del dovere di verità dell'avvocato, limitato ai soli fatti conosciuti personalmente e direttamente dall'avvocato, con esclusione di quelli appresi o riferiti dal cliente, v. ad esempio U. PERFETTI, *Ordinamento e deontologia forensi*, Padova, 2011, p. 172.

ne eseguita). Tuttavia, secondo questa logica limitativa, l'avvocato avrebbe una sorta di immunità in relazione ai fatti conosciuti indirettamente, cioè in ordine ai fatti comunicatigli dalla parte, per i quali potrebbe limitarsi a non impegnare la sua parola.

A mio avviso, invece, l'art. 50 cod. deont. for. va inteso alla luce di tutte le norme e dello spirito del codice deontologico, ma anche e soprattutto alla luce dell'art. 96 cod. proc. civ., il quale vieta alla parte, che nel processo è rappresentata dall'avvocato, di agire e di resistere in giudizio in malafede<sup>(36)</sup>. Questa disposizione vieta sicuramente all'avvocato di introdurre o di utilizzare nel processo prove false, quando queste provengono dal proprio assistito, come ribadisce anche il codice deontologico. Tuttavia, ben oltre il tenore letterale dell'art. 50 cod. deont. for., dall'art. 96 cod. proc. civ. si ricava che all'avvocato è vietata anche l'utilizzazione di prove false che non provengono dal proprio assistito, ossia delle prove false introdotte nel processo dall'avversario o da un litisconsorte, qualora l'avvocato sia consapevole della loro falsità.

Da un'interpretazione sistematica del complesso normativo si ricava inoltre, a mio avviso, che per l'avvocato non è legittima nemmeno la dichiarazione di circostanze false, quando la loro falsità sia stata conosciuta indirettamente per essergli stata riferita dal proprio cliente. In questo caso, l'avvocato non deve assecondare le ingiuste richieste del proprio assistito, non deve rendere tali affermazioni nel processo<sup>(37)</sup>. L'avvocato deve cer-

<sup>(36)</sup> Sulla malafede come presupposto della responsabilità processuale aggravata della parte, v. G. BONGIORNO, *Responsabilità aggravata*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXVI, Roma, 1991, p. 1 ss.; R. BEGHINI, *Comportamento processuale e risarcimento del danno*, Padova, 2003, p. 146 ss.; P. COMOGLIO, *Responsabilità aggravata*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani e R. Vaccarella, vol. I, Torino, 2012, p. 1256 ss.

<sup>(37)</sup> In analoga prospettiva, v. A. CANDIAN, *Avvocatura*, Milano, 1949, p. 73, il quale così consiglia il giovane avvocato che si accinge ad intraprendere la professione forense: «Rifiuterai pertanto di secondare il cliente quando pretende che tu traduca nella difesa le sue affermazioni, difforni dal vero. Egli non ha diritto a simili complicità»; nonché C. PUNZI, *La difesa nel processo civile e l'assetto dell'avvocatura in Italia*, in «Rivista di diritto processuale», 2006, p. 813 s.s., spec. 817, il quale sottolinea che il difensore deve «tutelare il proprio

care di tutelare gli interessi del proprio cliente, ma a tal fine non può affermare il falso: così facendo, tradirebbe infatti il mandato ricevuto.

9. *Sanzioni dirette a carico dell'avvocato.* — Nel processo civile, la menzogna dell'avvocato ha come conseguenza una sanzione economica a carico della parte assistita, tanto in termini di condanna al pagamento delle spese giudiziali e al risarcimento dei danni processuali, quanto in termini di comminazione delle sanzioni pecuniarie di cui all'art. 96 cod. proc. civ. <sup>(38)</sup>. Sono tuttavia convinto che anche nei confronti dell'avvocato mendace possano essere previste sanzioni di tipo processuale, che si aggiungono a quelle deontologiche.

A mio avviso, infatti, l'art. 94 cod. proc. civ. consente al giudice di condannare personalmente, insieme alle parti, anche i loro rappresentanti, eventualmente in solido con la parte, al pagamento delle spese dell'intero processo o di singoli atti, quando ricorrono gravi motivi. Anche se so che questa è una tesi impopolare tra gli avvocati e avversata dalla dottrina <sup>(39)</sup>, secondo me la disposizione in esame è applicabile anche al difensore, perché il difensore è, innegabilmente, un rappresentante della parte <sup>(40)</sup>.

Quando il difensore si sia reso responsabile della violazione del dovere di lealtà e di verità, il giudice ben potrebbe condannarlo alle spese causate dalla sua scorrettezza. Un'applicazione più coraggiosa da parte della magistratura dell'art. 94 cod. proc. civ. avrebbe infatti la funzione di scoraggiare possibili comportamenti disonesti degli avvocati <sup>(41)</sup>.

cliente solo ed esclusivamente nella misura in cui tale difesa può essere assicurata con correttezza e lealtà».

<sup>(38)</sup> In tal senso, v. già M. GRADI, *Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile*, in «Lo sguardo: rivista di filosofia», 2012, vol. VIII, *Etica della responsabilità: applicazioni e problemi*, p. 95 ss.

<sup>(39)</sup> V., per tutti, S. SATTA, C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, 13<sup>a</sup> ed., Padova, 2000, p. 124.

<sup>(40)</sup> È questa l'opinione da me già espressa in G. RUFFINI, *Le parti*, in *Diritto processuale civile*, a cura di G. Ruffini, vol. I, cit., p. 310.

<sup>(41)</sup> Per una apertura in tal senso, v. Trib. Udine, 25 giugno 2011, in «Giuri-

Allo stato dell'attuale normativa, è invece più difficile immaginare una condanna al risarcimento dei danni processuali o al pagamento delle pene pecuniarie di cui all'art. 96 cod. proc. civ. a carico degli avvocati in caso di condotte in malafede. Tuttavia, pur non essendo possibile una applicazione estensiva di tale norma ai difensori, non pare da escludere la possibilità di un'azione risarcitoria della parte nei confronti del proprio avvocato nel caso in cui, per una condotta di quest'ultimo, sia incorsa nelle conseguenze di cui all'art. 96 cod. proc. civ.

10. *Il dovere di richiamare il cliente al rispetto dei suoi doveri.* — Resta da precisare che l'obbligo di verità a carico dell'avvocato nel processo civile non si estende al punto da obbligarlo a rivelare in giudizio i fatti sfavorevoli alla parte assistita, né tantomeno si estende al punto da imporgli di produrre in giudizio documenti sfavorevoli al proprio cliente. Tali obblighi processuali gravano, entro certi limiti, sulla parte, a titolo di obbligo di completezza e di obbligo di chiarificazione <sup>(42)</sup>, mentre a carico dell'avvocato non sussistono doveri di questo genere: purché l'avvocato non menta, non è tenuto a riferire un fatto che non è oggetto del dibattito processuale. Tali doveri, di non omettere fatti decisivi per le sorti del giudizio e di esibire i documenti in caso di ordine impartito dal giudice, rientrano soltanto nell'alveo della responsabilità processuale della parte assistita.

sprudenza italiana», 2012, p. 1395 ss., con osservazioni adesive di T. FICARELLI; e, in precedenza, Trib. Reggio Emilia, 12 luglio 2007, in «Giurisprudenza italiana», 2009, p. 153 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.*, la quale condivisibilmente osserva: «Il coinvolgimento del professionista nelle sorti processuali del cliente, sia pure limitatamente alle spese di lite, è una leva sensibile che è in grado di contribuire a ridefinire il ruolo dell'avvocato nel processo e nella società». Va peraltro segnalato che quest'ultima sentenza è stata cassata da Cass. civ., sez. III, 13 maggio 2014, n. 10332, in «Repertorio del Foro italiano», 2014, voce *Spese giudiziali civili*, n. 24, con motivazione nella quale la Suprema Corte si limita peraltro a richiamare precedenti giurisprudenziali a mio avviso inconferenti.

<sup>(42)</sup> Rinvio, in particolare, a M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 318 ss.

L'avvocato ha tuttavia il dovere morale e giuridico di richiamare il proprio cliente al rispetto degli obblighi sullo stesso gravanti. L'avvocato deve essere fedele al proprio cliente, quindi – purché non sia chiamato ad affermare il falso o a negare il vero – non è tenuto a tradire la fiducia della parte assistita sostituendosi ad essa, ma ha il dovere etico di rammentare al proprio cliente quali siano i suoi obblighi <sup>(43)</sup>.

11. *L'autentica missione dell'avvocato.* — Per procedere nel nostro discorso occorre soffermarsi sulla missione dell'avvocato e sul bisogno di pace cui abbiamo sopra accennato <sup>(44)</sup>. Il termine «avvocato» viene dal latino «*advocatus*», ossia «*vocatus ad*»: avvocato è colui che viene chiamato per aiutare una parte che ha bisogno, per sostenere le sue ragioni in un procedimento finalizzato alla realizzazione della giustizia.

Utilizzo questo termine in senso volutamente generico, perché sia chiaro che non mi sto riferendo esclusivamente ai procedimenti giurisdizionali, ma anche ai procedimenti che possiamo definire di giustizia consensuale, utilizzando un concetto recentemente approfondito in dottrina grazie alla meritoria iniziativa di Silvana Dalla Bontà e Paola Lucarelli, che hanno dedicato allo stesso una recente ma ormai prestigiosa rivista <sup>(45)</sup>.

Si tratta di una sfida tanto affascinante quanto cruciale per il funzionamento dell'ordinamento giuridico, al punto che nel manuale che ho di recente avuto la fortuna di curare, al quale hanno contribuito molti colleghi, ho sentito l'esigenza di intitolare il secondo volume *La giustizia consensuale e il processo di cognizione*,

<sup>(43)</sup> La questione si pone ovviamente in termini del tutto diversi nel processo penale, dove all'indagato e all'imputato sono garantiti il diritto al silenzio e il diritto a non collaborare all'accertamento dei fatti: sul punto, v. L. FERRAJOLI, *Sulla deontologia professionale degli avvocati*, in «Questione giustizia», 2011, n. 6, p. 90 ss., spec. p. 95, il quale osserva: «benché all'avvocato non sia consentito di dichiarare personalmente il falso, certamente egli non ha il dovere di dichiarare il vero di cui sia, per ipotesi, a conoscenza».

<sup>(44)</sup> V. *supra*, § 8.

<sup>(45)</sup> Si veda in particolare il manifesto della menzionata rivista: S. DALLA BONTÀ, *Giustizia consensuale*, in «Giustizia consensuale», 2021, p. 3 ss.

proprio per sottolineare l'importanza delle forme di soluzione consensuale della controversia <sup>(46)</sup>.

Come aveva intuito l'ultimo Carnelutti, colui che si trova in lite con un suo simile, e che chiama l'avvocato, anche se crede di aver bisogno di vincere, ha in realtà bisogno di pace e della giustizia che alla pace è indissolubilmente legata <sup>(47)</sup>.

Chiama l'avvocato per fare la guerra al suo avversario e ha quindi bisogno di un amico, di un alleato. Ma questo amico, questo alleato, ha un compito ben più nobile di quello di fare la guerra all'avversario: ha invece innanzitutto il compito di cercare di riallacciare il dialogo tra il proprio cliente e il suo avversario, dialogando con l'avvocato di quest'ultimo e mediando in tal modo il colloquio tra le parti alla ricerca di una giusta composizione della controversia. La parola mediazione, in questo significato, la si deve proprio a Carnelutti: è l'avvocato che media, insieme all'altro avvocato, il colloquio che le parti non riescono più a proseguire. Il tutto con l'obiettivo di cercare una giusta composizione della controversia.

È la giustizia, infatti, che consente di ristabilire la pace e in questa ricerca della giustizia, e quindi della pace, è la funzione più nobile degli avvocati, pur costretti a rimettersi alla decisione del giudice ogniqualvolta la lite non possa essere composta sul piano dell'autonomia negoziale, attribuendo a ciascuno il suo, ossia ciò che gli spetta.

Ciascun avvocato, infatti, ha innanzitutto il compito di cercare di comporre la lite, offrendo, in un leale contraddittorio, una visione dei fatti parziale ma veritiera, tale da poter contribuire ad offrire, unitamente alla visione altrettanto parziale offerta dall'avvocato dell'altra parte, un quadro completo, utile ai fini di un'auspicabile soluzione consensuale della controversia.

Laddove l'accordo non possa essere raggiunto, in ragione della natura della controversia o dell'incapacità delle parti, sarà il

<sup>(46)</sup> Il riferimento è a *Diritto processuale civile*, a cura di G. Ruffini, vol. II, *La giustizia consensuale e il processo di cognizione*, Bologna, 2024, alla cui stesura hanno contribuito anche V. Bertoldi, M. Gradi, E. Odorisio, G.G. Poli, e N. Sotgiu.

<sup>(47)</sup> F. CARNELUTTI, *Vita di avvocato*, cit., p. 17 ss.

giudice a dovere decidere, troncando la lite con quella spada che spesso troviamo nelle raffigurazioni allegoriche della giustizia assieme alla bilancia, che il giudice deve prima usare per soppesare le ragioni dei litiganti; quindi compito di entrambi gli avvocati sarà quello di tentare di convincere il giudice sia in ordine alla ricostruzione dei fatti che in ordine alla loro interpretazione e all'individuazione della norma di diritto più idonea ad una giusta composizione della controversia.

Spero fermamente che, in futuro, i meccanismi di giustizia consensuale acquistino sempre maggiore spazio rispetto al sistema della giustizia contenziosa, somministrata dai giudici <sup>(48)</sup>. Nell'ambito delle controversie giudiziarie, occorre peraltro ribadire che la giustizia ha necessariamente a che vedere con la verità. Ciò è talmente evidente che, per giustificare la stabilità delle decisioni del giudice non più impugnabili con i mezzi ordinari, la tradizione ha creato quella finzione formidabile secondo la quale il giudicato «*pro veritate accipitur*» <sup>(49)</sup>: in altre parole, dobbiamo fingere che la *res judicata* sia la verità.

A un certo punto, dobbiamo accontentarci, per ragioni di pace sociale, che quella accertata con la sentenza passata in giudicato sia la verità. Se non pensassimo che quella sia la verità, raggiunta al termine di un giusto e leale processo, non potremmo in alcun modo realizzare la pace. Mai, ad esempio, potremmo chiedere a una persona di accontentarsi di una decisione fondata su prove

<sup>(48)</sup> Per l'importanza dei mezzi consensuali di soluzione delle controversie come strumenti per la migliore realizzazione dell'ordinamento giuridico, v. F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2004, p. 1201 ss.; F. DANOVI, *Il tramonto della logica autoritativa del processo, ma non del nucleo essenziale dei suoi principi*, in *I patti pre-conflittuali*, Torino, 2019, p. 1 ss., spec. p. 14 ss.; P. LUCARELLI, *Mediazione dei conflitti: una spinta generosa verso il cambiamento*, in «Giustizia consensuale», 2021, p. 15 ss.; L. QUERZOLA, *Processo in tribunale vs strumenti conciliativi: un approccio di antropologia culturale*, in «Archivio giuridico», 2023, p. 969 ss., spec. p. 989 ss.

<sup>(49)</sup> Sulla funzione della cosa giudicata, v. in particolare S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2002, p. 7 ss.; R. TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, Torino, 2009, p. 5 ss.; L. PICCININNI, *L'eccezione di giudicato nel processo civile*, Napoli, 2016, p. 14 ss.; M. GRADI, *Il contrasto teorico fra giudicati*, Bari, 2020, p. 25 ss.

false, o che sia il frutto del dolo dell'altra parte. Ciò è tanto vero che, in tali casi, è prevista la possibilità della revocazione della sentenza, ancorché passata in giudicato <sup>(50)</sup>.

L'istituto della cosa giudicata è dunque alla base dell'idea che la giustizia si fonda sulla verità e sulla lealtà. Ne consegue che, violando i doveri di lealtà e di verità, l'avvocato si mostra del tutto inadatto a svolgere le sue funzioni.

12. *L'avvocato innamorato.* — Appare evidente quindi che, per la funzione stessa che è chiamato a svolgere al fine della realizzazione della pace e quindi della giustizia, lealtà e verità siano connotati essenziali del comportamento che l'avvocato deve tenere non soltanto nell'ambito dei procedimenti giurisdizionali o di giustizia consensuale, ma anche al di fuori della sua attività professionale, nella sua vita privata.

La violazione di tali doveri morali, intrinsecamente legati all'attività stessa dell'avvocato, mina in radice la stessa credibilità dell'avvocato e spegne il sacro fuoco della sua missione. Il cliente desideroso di giustizia non potrà trovare in lui l'amico con il quale confidarsi e al quale chiedere di far valere e proprie ragioni. L'avvocato della controparte non potrà trovare in lui l'amico con il quale riallacciare il dialogo interrotto tra le parti, mediando il colloquio tra le stesse alla ricerca di una giusta composizione della controversia. Il giudice sarà più difficilmente disposto a dargli credito, con evidente detrimento per la parte da esso rappresentata.

Il tradimento della verità e della lealtà è dunque incompatibile con la missione dell'avvocato e finisce per farci scordare le motivazioni più profonde che ci hanno spinto ad abbracciare e ad amare questa professione. Come nella vita affettiva, l'importante non è innamorarsi del proprio lavoro: è rimanerne innamorati.

<sup>(50)</sup> Sui motivi di revocazione della sentenza civile, v. G. DE STEFANO, *La revocazione*, Milano, 1957, p. 117 ss.; A. ATTARDI, *La revocazione*, Padova, 1959, p. 124 ss.; E. FAZZALARI, *Revocazione (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XL, Milano, 1989, p. 294 ss.; A. CERINO CANOVA, G. TOMBARI FABBRINI, *Revocazione (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXVII, Roma, 1991, p. 1 ss.; M. RUSSO, *Della revocazione*, vol. del *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Roma-Bologna, 2018, p. 29 ss.

## Abstract

Il saggio offre un'analisi sistematica dei doveri di probità, lealtà e verità dell'avvocato, considerati non solo nella dimensione strettamente professionale, ma anche nella sfera privata. L'indagine prende avvio dalle disposizioni del codice deontologico forense, che impongono al difensore condotte improntate alla correttezza nei rapporti con colleghi, clienti e terzi, vietando comportamenti sleali, situazioni di conflitto di interessi e l'impiego di prove false. Un'attenzione particolare è riservata al rapporto strutturale tra verità e giustizia, individuato quale fondamento della funzione sociale dell'avvocato, chiamato ad agire come mediatore e garante della fiducia collettiva nel sistema giuridico. L'autore analizza, inoltre, le ricadute disciplinari e processuali derivanti da condotte difformi, soffermandosi sul dovere dell'avvocato di orientare il cliente al rispetto dei suoi obblighi giuridici. Lo studio si conclude evidenziando come la violazione di tali principi comprometta in modo irreparabile la credibilità della professione forense e svuoti di significato la sua missione essenziale: contribuire, in modo leale e trasparente, alla realizzazione della giustizia.

*The essay deals with the lawyer's duties of honesty, loyalty, and truthfulness, examined not only within the strictly professional domain but also extending to the private sphere. The inquiry begins with the provisions of the Italian Code of Lawyer's Ethics, which require the lawyer to maintain conduct marked by integrity in dealings with colleagues, clients, and third parties, prohibiting disloyal behavior, conflicts of interest, and the use of false evidence. Particular attention is devoted to the structural relationship between truth and justice, identified as the foundation of the lawyer's social role, which calls upon the practitioner to act as both mediator and guarantor of collective trust in the legal system. The author further examines the disciplinary and procedural consequences of deviant conduct, focusing on the lawyer's duty to guide the client toward compliance with legal obligations. The study concludes by emphasizing that the violation of these principles irreparably undermines the credibility of the legal profession and voids its essential mission of meaning: to contribute, in a loyal and transparent manner, to the realization of justice.*

TERESA ARRUDA ALVIM

*Professoressa nella Pontificia Università Cattolica di São Paulo*

## IL DIFENSORE PUBBLICO E L'ACCESSO ALLA GIUSTIZIA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La funzione costituzionale degli avvocati. – 3. Le azioni collettive in Brasile. – 4. L'ufficio della «Defensoria pública». – 5. Il caso del matrimonio collettivo degli indigeni. – 6. Il caso dei «flutuantes». – 7. Il caso «Viver melhor I e II». – 8. Il sistema italiano di assistenza legale per le persone non abbienti. – 9. Il dibattito sul numero degli avvocati in Italia. – 10. La situazione attuale dell'avvocatura in Brasile. – 11. Il problema della «litigância predatória».

1. *Introduzione.* — Il sistema giuridico brasiliano conosce due strumenti formidabili, la cui combinazione consente di rafforzare in modo significativo l'accesso alla giustizia per i cittadini. Mi riferisco all'Ufficio della *Defensoria pública* <sup>(1)</sup> e all'istituto delle azioni collettive <sup>(2)</sup>, che in Brasile sono disciplinati in modo profondamente diverso e originale rispetto ad altri paesi.

<sup>(1)</sup> Al riguardo, rinvio a G. PEÑA DE MORAES, *Instituições da Defensoria pública*, São Paulo, 1999; L.E. MOTTA, *Da assistência judiciária a Defensoria pública: a institucionalização do acesso à justiça no Brasil*, in «Quaestio juris», 2006, n. 2, p. 127 ss.; D.E. DEPINÉ Filho, *O acesso à justiça e a Defensoria pública: breves notas sobre a evolução institucional*, in «Revista da Procuradoria geral do Estado do São Paulo», 2016, p. 145 ss.; F. BHERON ROCHA, *Amicus democratiae: acesso à justiça e Defensoria pública*, Sao Paulo, 2022, p. 71 ss.; T. ALBUQUERQUE RODRIGUES, *A Defensoria pública como importante ator social no aperfeiçoamento de políticas públicas*, in «Revista da Defensoria pública da União», 2023, p. 111 ss.

<sup>(2)</sup> In proposito, v. innanzitutto A. PELLEGRINI GRINOVER, *Le azioni collet-*

In questa prospettiva, la mia intenzione è quella di analizzare il ruolo degli avvocati ai fini della realizzazione dell'ordinamento giuridico, prendendo in considerazione non solo l'apporto degli avvocati privati del libero foro, ma anche di quella particolare specie di avvocato pubblico che esiste in Brasile: il difensore pubblico. Imprescindibile, in tale contesto, è anche l'approccio alle azioni collettive brasiliane, proprio al fine di trattare dei *defensores públicos*, che possono avvalersi delle forme di tutela collettiva per migliorare l'accesso alla giustizia per i più vulnerabili.

Affronterò quindi il potere di iniziativa processuale della *Defensoria pública*, citando alcuni esempi interessantissimi, in cui tale organo ha svolto il proprio ruolo in modo molto lodevole. Dovrò però anche menzionare il numero eccessivo degli avvocati presenti in Brasile, così come alcune delle conseguenze nefaste di tale situazione, che possono condurre a forme di abuso del processo.

2. *La funzione costituzionale degli avvocati.* — Nel diritto brasiliano, secondo la Costituzione federale del 1988, l'avvocato è considerato indispensabile per l'amministrazione della giustizia, essendo la sua attività protetta, nell'esercizio della professione, nei termini di legge. Gli avvocati possono essere privati, ossia liberi professionisti, incaricati dai loro clienti, persone fisiche o giuridiche, oppure possono essere avvocati pubblici.

Negli ultimi tempi, in Brasile, si è parlato intensamente della «giustizia multi-porte» <sup>(3)</sup>. Come si sa, si tratta di una tendenza salutare, nel senso che è dovere dell'avvocato, sia di quello privato

*tive ibero-americanas: nuove questioni sulla legittimazione e la cosa giudicata*, in «Rivista di diritto processuale», 2003, p. 10 ss.; S. CRUZ ARENHART, *O processo coletivo no direito brasileiro atual*, in *Procesos colectivos - Class Actions*, Buenos Aires, 2012, p. 479 ss.; P. CALMON, *Ação civil pública no direito brasileiro*, Brasília, 2022, p. 9 ss.

<sup>(3)</sup> Sul tema, v. ampiamente A. DO PASSO CABRAL, *Meios adequados e integrados de solução de controvérsias: notas sobre o sistema de justiça multiportas*, in «Revista de processo», 2024, vol. 348, p. 453 ss.; F. DIDIER JR., L. FERNANDEZ, *Introdução à justiça multiportas: sistema de solução de problemas jurídicos e o perfil do acesso à justiça no Brasil*, 2<sup>a</sup> ed., Salvador, 2025.

che di quello pubblico, indirizzare il cliente verso la via più adeguata affinché il suo problema venga efficacemente risolto. L'avvocato privato o pubblico, così come il pubblico ministero, ha il dovere di indirizzare colui che si rivolge a lui verso la mediazione, la conciliazione e la negoziazione, beninteso se le peculiarità del caso lo consigliano. Da qualche decennio a questa parte, litigare di fronte all'autorità giudiziaria non è più visto come l'unico modo per risolvere i conflitti giuridici.

Anche secondo il diritto italiano, la figura dell'avvocato è considerata imprescindibile. È l'unica professione a cui la Costituzione italiana fa riferimento <sup>(4)</sup>. Si ritiene che la partecipazione dell'avvocato nei processi sia essenziale per le necessità della difesa tecnica. Si osserva che il contraddittorio garantito dall'art. 111 della Costituzione italiana, che è inscindibilmente legato al diritto di difesa previsto nell'art. 24 della Costituzione, è un aspetto sostanziale della difesa tecnica. Il diritto di difesa è inviolabile e il corollario di questa inviolabilità è l'irrinunciabilità della presenza dell'avvocato <sup>(5)</sup>.

La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana è carica di riferimenti alla necessità della presenza dell'avvocato <sup>(6)</sup>. Si tratta,

<sup>(4)</sup> Sul rapporto fra l'avvocato e i valori costituzionali, v. F. GALGANO, F. GRANDE STEVENS, *Manualetto forense: ordinamento, previdenza, deontologia e formazione forensi*, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 1997, p. 93 s.; G. ALPA, *La professione forense, oggi*, in «Contratto e impresa», 2012, p. 958; C. COCUZZA, *Il ruolo dell'avvocato: il quadro di riferimento costituzionale italiano ed europeo*, in <www.scuolaforensemilano.it>, 12 aprile 2018; G. COMAZZETTO, F. DONÀ, *L'avvocato e il diritto di difesa nella Costituzione e nella Cedu*, in *Etica, deontologia e tecnica dell'avvocato*, a cura di G. Bergonzini, L. Locatelli e G. Tieghi, Milano, 2023, p. 71 ss.

<sup>(5)</sup> In tal senso, v. la presa di posizione ufficiale del Consiglio nazionale forense, *L'avvocatura e la Costituzione*, in <www.consiglionazionaleforense.it>, 9 febbraio 2018, § 1.

<sup>(6)</sup> Si vedano, ad esempio: Corte cost., 18 marzo 1957, n. 46, la quale ha affermato che il diritto di difesa «deve essere inteso come potestà effettiva della assistenza tecnica e professionale nello svolgimento di qualsiasi processo»; Corte cost., 6 luglio 1972, n. 120, secondo la quale «le prestazioni del procuratore legale sono dall'ordinamento considerate servizio di pubblica necessità e costituiscono, normalmente, strumento necessario per l'esercizio del diritto

ovviamente, di un principio costituzionale che non può intendersi in modo assoluto. Il legislatore, entro i limiti della ragionevolezza, può infatti dispensare le parti dall'obbligo di assistenza e rappresentanza dell'avvocato, permettendo l'autodifesa nel processo, proprio come avviene in Brasile. L'assistenza e la rappresentanza dell'avvocato sono però sicuramente un diritto inviolabile di ciascuna delle parti.

Se ne ricava che il diritto di essere assistiti da un avvocato costituisce una garanzia per le parti che non può essere modificata, nemmeno nel caso di un'eventuale revisione della Costituzione. Il legislatore costituzionale non può insomma sopprimere la figura dell'avvocato, dato che è prevista la garanzia costituzionale del diritto di difesa, la quale comprende appunto il diritto di avvalersi della difesa tecnica: e il diritto di difesa è un diritto fondamentale del cittadino, senza dubbio riconducibile a quel nucleo irrinunciabile di principi supremi dell'ordinamento e dei diritti fondamentali, che non possono essere negati, neppure in forza di una riforma della Costituzione (7).

Tanto in Brasile quanto in Italia, la funzione dell'avvocato è dunque indispensabile per l'amministrazione della giustizia (8).

di difesa garantito dalla Costituzione»; Corte cost., 29 giugno 1974, n. 184, per la quale «l'inderogabile necessità della presenza attiva del difensore (...) rappresenta, evidentemente, rispetto al diritto alla difesa, in genere, ed allo stesso diritto alla difesa tecnico-professionale, in particolare, qualcosa di più, che pertanto la legge può, ma non deve, prescrivere con riguardo a determinate ipotesi»; Corte cost., 29 aprile 1975, n. 99, secondo cui il diritto costituzionale di difesa «tutela l'autodifesa, non meno della difesa tecnica»; Corte cost., 10 ottobre 1979, n. 125, ove si afferma che «il diritto di difesa nei procedimenti giurisdizionali si esercita, di regola, mediante l'attività o con l'assistenza del difensore, dotato di specifica qualificazione professionale»; v. altresì Corte cost., 22 dicembre 1980, n. 188; e Corte cost., 10 novembre 1989, n. 498.

(7) Si veda, in particolare, G. COLAVITTI, *La specialità costituzionale della professione forense e la libertà professionale dell'avvocato*, in «Rivista di diritto civile», 2013, p. 399.

(8) Nella Costituzione brasiliana, questa funzione è scolpita nell'art. 133, il quale enuncia in modo solenne: «*O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei*».

Per questo, il suo ruolo nella società non interessa soltanto i suoi clienti, ma assume anche una vocazione pubblica. In entrambi i paesi, i professionisti forensi devono poter agire con libertà, autonomia e indipendenza. La rilevanza della loro funzione deriva, fra le altre cose, dal fatto che attraverso di essi si realizza il diritto costituzionale di difesa; ed è, appunto, in questa prospettiva che la funzione dell'avvocato si riveste di una finalità pubblicistica<sup>(9)</sup>. Ben si comprende allora la preoccupazione di ogni sistema giuridico per l'aspetto etico dell'esercizio della professione di avvocato<sup>(10)</sup>.

Vale inoltre la pena di ricordare che la rilevanza dell'avvocato risiede anche nella possibilità che faccia parte di organi costituzionali o di organi di rilevanza costituzionale. L'art. 106, comma 3, della Costituzione italiana dispone che possono essere nominati, al fine di integrare la Corte di cassazione, avvocati che abbiano almeno quindici anni di esercizio della professione e che siano iscritti nell'albo speciale per patrocinare dinnanzi alle magistrature supreme<sup>(11)</sup>.

Allo stesso modo, la Costituzione brasiliana stabilisce che la composizione dei tribunali brasiliani sia formata, per un quinto, da giudici scelti fra avvocati, di illibata reputazione e in possesso di risaputa conoscenza giuridica, che abbiano svolto la professio-

<sup>(9)</sup> Si veda ancora il documento del Consiglio nazionale forense, *L'avvocatura e la Costituzione*, cit., § 2.

<sup>(10)</sup> Su questo tema, con riferimento all'ordinamento giuridico brasiliano, v. BIELA Jr., *Curso de ética profissional para advogados*, 5ª ed., São Paulo, 2018, p. 31 ss.; A. GONÇALVES FERNANDES, *Ética profissional, deontologia jurídica e ética judicial*, in «Quaestio juris», 2022, p. 946 ss.; con riguardo all'ordinamento italiano, v. G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, 4ª ed., Milano, 2013, p. 466 ss.; R. DANOVÌ, *Il diritto degli altri: storia della deontologia*, Milano, 2022, p. 215 ss.; in prospettiva comparata, v. inoltre G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal ethics: a comparative study*, Stanford, 2004, nella trad. it., *Etiche della professione legale: un approccio comparato*, Bologna, 2005, p. 9 ss.

<sup>(11)</sup> In proposito, v. F. CIPRIANI, *La chiamata in Cassazione per meriti insigni (appunto per la bicamerale)*, in «Il foro italiano», 1997, V, c. 57 ss.; M.E. LA TORRE, *Dalla «Sapienza» alla «Giustizia»: esperienza di un «merito insigne»*, ex art. 106 comma 3 della Costituzione, in <[www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)>, 20 dicembre 2019.

ne per almeno dieci anni <sup>(12)</sup>. Inoltre, tutti i giudici del *Supremo Tribunal Federal*, ossia dell'organo di vertice della giustizia brasiliana, sono nominati dal Presidente della Repubblica, previa approvazione a maggioranza assoluta da parte del Senato federale, e sono scelti anche nell'ambito della categoria degli avvocati, in quanto possono essere indicati per tale carica i cittadini di reputazione illibata e di chiara fama in ambito giuridico <sup>(13)</sup>.

3. *Le azioni collettive in Brasile.* — Molto importante è il ruolo che l'avvocato svolge nelle azioni collettive, che in tutti gli ordinamenti giuridici del mondo sono state concepite per: *a)* permettere la proposizione di domande giudiziali che non varrebbe la pena avanzare individualmente (in ragione del limitato valore economico dei singoli diritti individuali); *b)* ottenere la protezione effettiva di diritti che sono intrinsecamente collettivi (come, ad esempio, quello di respirare aria pura); *c)* garantire la piena realizzazione del principio d'uguaglianza, riducendo in tal modo il sovraccarico di lavoro dei tribunali <sup>(14)</sup>.

Le azioni collettive hanno sempre avuto il fine di proteggere i più poveri dai più ricchi: grandi aziende, multinazionali, e perfino lo Stato. Perciò, la tutela giurisdizionale collettiva svolge un ruolo di assoluto rilievo per quanto riguarda l'accesso alla giustizia.

Il processo collettivo in Brasile è disciplinato dalla combina-

<sup>(12)</sup> Così dispone l'art. 94, *caput*, della Costituzione federale brasiliana: «*Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes*».

<sup>(13)</sup> Si veda l'art. 101 della Costituzione federale brasiliana, il quale dispone: «*O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de setenta anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. – Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal*».

<sup>(14)</sup> Con profondità di prospettiva, v. A. GIUSSANI, *Studi sulle «class actions»*, Padova, 1996, p. 101 ss.

zione di due leggi: la *lei da ação civil pública* (legge sull'azione civile pubblica) e il *código de defesa do consumidor* (codice di difesa del consumatore) <sup>(15)</sup>. Esiste una discussione terminologica sull'identità o meno tra le espressioni «azioni collettive» e «azioni civili pubbliche». Dal mio punto di vista, le azioni civili pubbliche sono azioni collettive, il cui attore è il *ministério público* oppure il *defensor público*. Pertanto, le azioni collettive sono il genere, di cui l'azione civile pubblica è una specie.

Si può affermare che la legislazione in Brasile abbia raggiunto un buon livello di sviluppo. È chiaro che l'incremento delle azioni collettive non è avvenuto senza resistenza <sup>(16)</sup>, in quanto tali azioni sono considerate una minaccia per le grandi compagnie, per le multinazionali e, addirittura, per lo Stato. Dal punto di vista della teoria giuridica, l'elaborazione di questi strumenti ha richiesto un cambiamento considerevole in relazione ad alcuni concetti classici del diritto processuale civile: anzi, tali concetti hanno avuto bisogno di essere ridisegnati.

Le azioni collettive implicano necessariamente un approccio differente al problema della legittimazione ad agire <sup>(17)</sup>. Il con-

<sup>(15)</sup> Si tratta, rispettivamente, della *lei n. 7.347/1985* e della *lei n. 8.078/1990*. In proposito, v. P. CALMON, *Public civil action in Brazilian law*, in «Roma Tre Law Review», 2023, n. 2, p. 7 ss.

<sup>(16)</sup> Come ha affermato D.R. HENSLER, *The Global Landscape of Collective Litigation*, in *Class Actions in Context: How Culture, Economics and Politics Shape Collective Litigation*, a cura di D.R. Hensler, C. Hodges e I. Tzankova, Cheltenham, 2016, cap. 1: «*Collective litigation is a subject bound to generate controversies. Undeniably, it has vices and virtues. Sometimes controversies persist even in jurisdictions where class actions were adopted a long time ago*» (Le azioni collettive sono un tema che genera controversie. È innegabile che abbiano vizi e virtù. A volte, le controversie persistono anche in giurisdizioni in cui le azioni collettive sono state adottate da molto tempo).

<sup>(17)</sup> E ciò è riconosciuto in tutto il mondo: v., in particolare, A. PELLEGRINI GRINOVER, *Le azioni collettive ibero-americane*, cit., p. 12 ss.; C. PLASKET, *Representative standing in South African law*, in «The Annals of the American Academy of Political and Social Science», 2009, vol. 62, p. 256 ss.; nella letteratura italiana, v. inoltre R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008, p. 185 ss.; A.D. DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva: contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inhibitorie e risarcitorie*, Napoli, 2013, p. 159 ss.

cetto di legittimazione ad agire ha infatti dovuto essere profondamente ripensato: nel contesto delle azioni collettive, abbiamo un solo attore e tutto un gruppo di persone presumibilmente colpite da un comportamento illecito. L'attore può essere un'autorità istituzionale (come, ad esempio, il pubblico ministero), oppure un soggetto di rilevanza pubblica (come, ad esempio, un sindacato) che rappresenta le persone che hanno sofferto un danno, o ancora un'associazione privata, a determinate condizioni <sup>(18)</sup>.

In ciascuna di queste ipotesi, la cosa giudicata incide su un gruppo di persone, se non addirittura su un'intera comunità: per tale motivo, anche il tradizionale istituto della *res judicata* ha avuto la necessità di essere rimodellato per adeguarsi ai contenziosi collettivi <sup>(19)</sup>.

In Brasile, la dottrina ha pertanto elaborato una classificazione per i diritti che riguardano gruppi di persone, che sono, a volte determinati, in altre occasioni determinabili, e in altre ancora, assolutamente indeterminabili. Senza la pretesa né l'intenzione di scendere nei dettagli di questo complesso tema, basta qui rammentare che: *a*) i diritti di un gruppo determinato di persone (ad esempio, dei clienti di una banca) sono i diritti individuali omogenei (*direitos individuais homogêneos*); *b*) i diritti di un gruppo di persone determinabili (ad esempio, dei membri di una stessa professione) sono i diritti collettivi in senso stretto (*direitos cole-*

<sup>(18)</sup> Si veda, con riferimento all'ordinamento brasiliano, l'art. 82 *código de defesa do consumidor*, a norma del quale: «são legitimados concorrentemente: I. o Ministério Público; II. a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III. as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV. as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear».

<sup>(19)</sup> Gli effetti della cosa giudicata nel processo collettivo brasiliano sono puntualmente regolati dall'art. 103 *código de defesa do consumidor*: al riguardo, v. ampiamente C. ZUFELATO, *Coisa julgada coletiva*, São Paulo, 2011; V. ALMEIDA, *A coisa julgada no processo coletivo*, São Paulo, 2014; S.F. DE LIMA Filho, *Extensão da coisa julgada coletiva em conflitos individuais: análise jurídica e processual*, in «Revista de direito e gestão de conflitos», 2024, p. 102 ss.

tivos); c) i diritti di un gruppo indeterminabile (ad esempio, delle persone colpite da un disastro ambientale) sono i diritti diffusi (*direitos difusos*)<sup>(20)</sup>.

Come è stato giustamente osservato, la legittimazione ad agire nelle azioni collettive non è misurata in funzione della titolarità del diritto su cui si discute. La regola generale, nelle controversie individuali, è che colui che si afferma titolare del diritto abbia, proprio per questo, la *legitimatio ad causam*. Nelle azioni collettive, invece, tale simmetria non esiste. In Brasile, è la legge a stabilire espressamente chi sono i legittimati straordinari titolati a difendere in giudizio, in nome proprio, i diritti di terzi, essendo questo, nel contesto delle controversie collettive, il modo di conferire la legittimazione ad agire<sup>(21)</sup>.

Come regola, nelle azioni collettive, la legittimazione straordinaria persegue l'obiettivo di agevolare la difesa dei diritti di un

<sup>(20)</sup> A tale proposito, si veda l'art. 82 *código de defesa do consumidor*, il cui *parágrafo único* dispone: «A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I. interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II. interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III. interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum». Sul punto, nella dottrina italiana, v. A.D. DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva*, cit., p. 335 s.

<sup>(21)</sup> A questo proposito, M. CAPPELLETTI, *Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi*, in *Le azioni a tutela di interessi collettivi*, atti del Convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974), Padova, 1976, p. 200 s., osserva che per la difesa degli interessi collettivi «è necessario superare la visione della dottrina tradizionale, che identifica nel titolare (o supposto tale) del diritto materiale la persona legittimata (la giusta parte), ed accettare la legittimazione della parte ideologica (o *ideological plaintiff*, usando la terminologia di Louis Jaffe), ossia, di un attore che si fa portatore non tanto del proprio interesse giuridico individuale, ma di un interesse collettivo o comunitario, di gruppo, di classe, che necessita, tuttavia, di essere qualificato per evitare abusi (attori poco informati, poco perseveranti, o poco seri, o disposti a collusioni o corruzioni)». Sul tema, v. anche P.M. PIZZOL, *Tutela coletiva: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões*, São Paulo, 2019, p. 224.

gruppo di persone – siano esse determinate, oppure no – che, molto spesso, sono meno favorite rispetto alla parte contraria.

A tale proposito, la legge brasiliana prevede il sistema di *opt-out* per il soggetto privato che non ha interesse ad essere incluso nel risultato dell'azione collettiva. La maniera attraverso cui si dà al privato l'opzione di non essere destinatario degli effetti dalla sentenza dell'azione collettiva è quella di intentare una propria azione individuale, ai sensi dell'art. 104 *código de defesa do consumidor*.

La partecipazione del pubblico ministero è invece sempre imprescindibile nel processo collettivo: quando non esercita l'azione, deve infatti intervenire come organo di controllo della legge<sup>(22)</sup>.

La questione della legittimazione ad agire si lega inoltre intimamente all'ambito soggettivo degli effetti della cosa giudicata. Nelle azioni collettive brasiliane, è un soggetto terzo (un organo pubblico o un ente collettivo) che agisce in giudizio per la protezione di un gruppo di persone. Per questo motivo, nel processo collettivo, anche in riferimento alla cosa giudicata, devono esistere adeguate garanzie processuali, in modo che non siano violati i diritti fondamentali dei titolari del rapporto giuridico oggetto del giudizio.

Nelle azioni genuinamente collettive, in virtù della legittimazione ad agire conferita *ex lege* agli organi pubblici o agli enti collettivi, la cosa giudicata può produrre i suoi effetti anche nei confronti di chi non ha partecipato al processo, ossia nei confronti di coloro a cui spetta la titolarità del diritto discusso in giudizio. In questo modo, la *res judicata* abbraccia necessariamente un gruppo di individui che spesso non partecipano nel processo, sebbene in circostanze eccezionali possano entrare a farne parte, anche se non nella posizione di attore. Gli attori sono infatti soltanto ed esclusivamente quelli indicati dal legislatore, ed è questa la condizione che dà loro la legittimazione ad agire.

<sup>(22)</sup> Ciò è previsto dall'art. 92 *código de defesa do consumidor*, il quale stabilisce: «O Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará sempre como fiscal da lei».

Inoltre, nel diritto brasiliano, gli effetti della cosa giudicata possono prodursi nel processo collettivo soltanto in seguito ad una analisi esauriente dell'insieme delle prove (*secundum eventum probationis*): in altre parole, il vincolo della *res judicata* non opera nei confronti di alcuno (neanche con riguardo all'organo pubblico o all'ente collettivo che ha promosso l'azione) se viene dichiarata l'improcedibilità della domanda giudiziale per insufficienza di prove.

Un'altra caratteristica della cosa giudicata collettiva è che può formarsi a seconda del risultato del processo (*secundum eventum litis*), nella misura in cui sarà utile (*in utilibus*) al gruppo interessato dall'azione collettiva: ciò significa che, in determinate circostanze, la cosa giudicata non produce effetti nel caso in cui la domanda collettiva venga rigettata <sup>(23)</sup>. In sostanza, il vincolo

<sup>(23)</sup> In senso critico rispetto alla cosa giudicata *secundum eventum litis* nel processo collettivo, v. J.R. CRUZ E TUCCI, *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas*, in «Revista de processo», 2007, vol. 143, p. 47, secondo il quale è necessario tener presente che, anche nelle controversie riguardanti diritti collettivi e diffusi, esistono sempre due parti contrapposte. Ciò induce lo studioso ad analizzare in modo critico l'estensione ai terzi dei soli effetti favorevoli del giudicato collettivo, in quanto ciò implica, a carico dell'altra parte, che il giudicato *secundum eventum litis* opera solamente in senso negativo. Più precisamente, nella prospettiva di questo autore, anche la produzione industriale costituisce un bene sociale, ossia un vantaggio collettivo, che non può essere subordinato ad uno stato d'incertezza giuridica, derivante da ingiustificati attacchi giudiziari: considerare solamente la posizione privilegiata di una delle parti (ossia, nel caso in esame, del consumatore), significherebbe allora compromettere il principio di parità di armi nel processo, violare la garanzia del dovuto processo legale, nonché incorrere nell'irragionevole semplificazione di una realtà ben più complessa.

Per una replica al riguardo, v. però A. PELLEGRINI GRINOVER, K. WATANABE, N NERY Jr., *Código brasileiro de defesa do consumidor*, 10<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro, 2011, vol. II, *Processo coletivo*, sub art. 103, i quali si dichiarano consapevoli che tale regola privilegia i membri del gruppo che, dopo aver perso un'azione collettiva, mantengono la possibilità di intentare azioni individuali, con la conseguenza di pregiudicare il convenuto che, pur risultando vincitore dell'azione collettiva, può subire iniziative giudiziali a titolo individuale. Tuttavia, ad avviso di questi autori, si tratta di una scelta lucida e consapevole del legislatore. Tra il pregiudicare i membri del gruppo che non hanno optato per l'esclusione

della cosa giudicata è assoluto soltanto per la parte collettiva e per quegli individui che hanno chiesto di partecipare al processo.

4. *L'ufficio della «Defensoria pública»*. — Come si è già osservato, le azioni collettive possono essere promosse dall'Ufficio del pubblico ministero (*Ministério público*) o dall'Ufficio del difensore pubblico (*Defensoria pública*), che insieme con l'Avvocatura generale dello Stato (*Advocacia-Geral da União*) compongono la carriera dell'avvocatura pubblica in Brasile, dettagliatamente disciplinata dalla Costituzione *brasileira* del 1988 <sup>(24)</sup>. I membri del *Ministério público*, della *Defensoria pública* e della *Advocacia-Geral da União* sono tutti avvocati pubblici che esercitano attività diverse: l'accesso a questi incarichi dipende sempre da un concorso pubblico.

Si può osservare, in estrema sintesi, che l'Avvocatura dello Stato è composta da avvocati che rappresentano lo Stato federale in giudizio, così come nell'ambito dell'attività stragiudiziale; all'ufficio del *Ministério público* spetta invece, fondamentalmente, la difesa di diritti della società, che in materia civile si concretizza frequentemente nella promozione delle azioni collettive; infine, la *Defensoria pública* si occupa di difendere i diritti delle persone meno privilegiate, potendo farlo, tra l'altro, anche per mezzo della promozione di azioni individuali.

Tra gli avvocati pubblici, la *Defensoria pública* ha dunque un ruolo molto importante al fine di garantire l'accesso alla giustizia dei cittadini <sup>(25)</sup>. La funzione della *Defensoria pública* è infatti

dal processo collettivo (secondo la tecnica dell'*opt-out*) e il rischio di svuotamento dei processi collettivi (secondo la tecnica dell'*opt-in*), la grande maggioranza dei paesi ibero-americani ha preferito scegliere una terza strada: quella di privilegiare i membri del gruppo, invocando un principio di uguaglianza reale (e non solo formale), che esige che si trattino diversamente i disuguali; e certamente i membri di una classe, pregiudicata nei suoi diritti fondamentali, merita il trattamento differenziato proprio delle persone più vulnerabili.

<sup>(24)</sup> Si vedano gli artt. 127 ss. che compongono il *título IV, capítulo IV*, della Costituzione brasiliana, intitolato «*Das funções essenciais à justiça*» e distinto nelle sezioni I («*Do Ministério público*»), II («*Da Advocacia pública*»), III («*Da Advocacia*») e IV («*Da Defensoria pública*»).

<sup>(25)</sup> Per l'importanza di una figura di avvocato pubblico per difendere i diritti dei più deboli, offrendo consulenza e assistenza giuridica gratuita a favo-

quella di offrire agli individui più vulnerabili della società la possibilità di una consulenza giuridica qualificata, la difesa dei loro diritti in tutte le fasi del processo, così come la loro tutela nell'ambito delle procedure stragiudiziale di composizione della controversie. Fra i poteri del difensore pubblico in Brasile rientra inoltre anche quello di avviare azioni collettive.

La *Defensoria pública* brasiliana esercita dunque tutte le attività che l'avvocato del libero foro può esercitare, ma anche qualcuna in più. In ogni caso, la sua missione è di favorire la realizzazione dei diritti delle persone meno privilegiate dal punto di vista economico, di promuovere il valore della cittadinanza, tutelando diritti soggettivi di singoli individui o di gruppi di persone, di una comunità e anche dell'intera società. Negli esempi che seguono, analizzeremo tre importanti casi che dimostrano in modo inequivocabile l'utilità sociale della *Defensoria pública* in Brasile.

5. *Il caso del matrimonio collettivo degli indigeni.* — Un ottimo esempio delle potenzialità della *Defensoria pública* ai fini dell'attuazione dei diritti si può ricavare dalla vicenda del matrimonio collettivo degli indigeni, che è stato celebrato nello Stato di Amazonas nel 2019. L'episodio è molto interessante perché tale Stato federato è localizzato in una regione molto povera del Brasile ed è lo Stato del Nord del paese con il maggior numero di indigeni, i quali rappresentano il 55% del totale della popolazione.

La popolazione indigena soffre per l'assenza di politiche pubbliche che offrano loro la possibilità dell'esercizio di diritti, rispettando le loro peculiarità culturali. È risaputo che non tutti i diritti civili sono esercitati gratuitamente: il matrimonio civile, per

re del cittadino, v. le ricerche visionarie di M. CAPPELLETTI, *Governmental and private advocates for the public interest in civil litigation: a comparative study*, in *Access to Justice*, vol. II, *Promising Institutions*, t. 2, a cura di M. Cappelletti e J. Weisner, Milano-Alphen aan den Rijn, 1979, p. 767 ss.; rinvio inoltre alle pagine di V. DENTI, *L'avvocato e la difesa di interessi collettivi*, in «Il foro italiano», 1978, V, c. 112 ss., spec. c. 120, il quale ritiene che la strada dell'avvocatura pubblica sia essenziale per realizzare «una delle garanzie fondamentali del cittadino nello Stato moderno: il diritto di accedere alla giustizia su una posizione di uguaglianza sostanziale, che prescinde dalla diversa condizione economica e sociale».

esempio, costa in media 400 *reais* brasiliani, che corrispondono a circa 60 euro. Gli indigeni, che rappresentano il 5% della popolazione mondiale, sono però tra le persone con minor potere economico nel mondo. Nella maggior parte dei casi, sono classificati come persone in stato di disagio socio-economico o di indigenza. Pertanto, si tratta di persone che possono trarre notevoli benefici dall'attività della *Defensoria pública*.

Proprio in questa prospettiva, la *Defensoria pública* dello Stato di Amazonas ha promosso un matrimonio collettivo indigeno, con l'obiettivo di rispondere alla richiesta di alcune coppie indigene che desideravano sposarsi civilmente, ma che non potevano farlo a causa della mancanza di risorse economiche. Più precisamente, la *Fundação Nacional do Índio* si è rivolta alla *Defensoria pública* segnalando il desiderio, da parte di numerosi membri di alcune comunità indigene del municipio di Benjamin Constant, di contrarre matrimonio civile. Le motivazioni che spingevano queste persone erano molteplici.

Per comprendere appieno la situazione, la *Defensora pública* Juliana Lopes ha effettuato diverse visite al Municipio di Benjamin Constant, incontrando le comunità locali e dialogando con capi tribù e sciamani. Questi hanno manifestato il loro orgoglio nell'appartenere alla cultura indigena, ma anche il desiderio di accedere ad alcuni diritti civili, tra cui, appunto, il matrimonio civile. Gli indigeni hanno, com'è evidente, pieno diritto a contrarre matrimonio civile, anche per poter accedere alle tutele assistenziali e previdenziali.

La *Defensoria pública* ha quindi avviato un dialogo con l'ufficio dell'anagrafe per individuare una modalità che permettesse di celebrare gratuitamente i matrimoni. Tuttavia, non è stato possibile raggiungere un accordo. Di conseguenza, il *Defensor público* Rafael Barbosa, all'epoca *Defensor público geral*, ha presentato il caso al *Tribunal de Justiça* dello Stato di Amazonas, ottenendo – tramite un provvedimento giudiziario – l'autorizzazione a celebrare i matrimoni gratuitamente <sup>(26)</sup>.

<sup>(26)</sup> Al riguardo, v. L. ABREU, *Defensoria Pública promove casamento coletivo de indígenas no Amazonas*, in <agenciabrasil.ebc.com.br>, 29 gennaio 2020.

Le coppie interessate sono state informate sui requisiti per il matrimonio civile, sul regime patrimoniale e su altri aspetti legali connessi. Inoltre, in occasione della cerimonia, è stato risolto un altro problema rilevante: la mancanza di documenti ufficiali di identità. Senza entrare nei dettagli delle procedure adottate, basti dire che diversi enti hanno collaborato per rendere possibile l'intero processo.

Questo caso rappresenta un esempio concreto di come sia possibile garantire l'accesso alla cittadinanza e alla giustizia, in forma gratuita, anche a chi vive in condizioni di disagio economico. Dimostra inoltre che ostacoli come la distanza o le difficoltà logistiche – in un territorio come l'Amazonas, dove molti luoghi sono raggiungibili soltanto per via fluviale – possono essere superati.

6. *Il caso dei «flutuantes»*. — Nel 2007, con la legge n. 11.448, la *Defensoria pública* è stata inserita tra le istituzioni che hanno la legittimazione a proporre azioni collettive, ai sensi della legge federale n. 7.347/1985 (*lei de ação civil pública*). L'azione collettiva gestita dalla *Defensoria pública* è anche denominata dal legislatore e dalla giurisprudenza «azione civile pubblica».

Da quanto si è finora rilevato, risulta evidente che vi è una certa sovrapposizione tra l'attività del pubblico ministero e quella del difensore pubblico. Entrambi, infatti, sono avvocati pubblici legittimati a promuovere azioni collettive e a tutelare i diritti dei cittadini meno abbienti. Questa inevitabile sovrapposizione può dar luogo a situazioni complesse e, talvolta, paradossali.

Un caso emblematico di questa sovrapposizione è quello passato alla cronaca come il caso dei «flutuantes». Nel 2001, il pubblico ministero ha avviato un'azione con l'obiettivo di tutelare la salubrità ambientale, chiedendo la rimozione di 45 famiglie che vivevano in abitazioni galleggianti lungo le rive dei fiumi Rio Negro e Tarumã-Açu, dove svolgevano anche le loro attività professionali <sup>(27)</sup>. Il processo si è protratto per un lungo periodo e, quando si è giunti all'esecuzione della sentenza, il numero di famiglie che si erano in-

<sup>(27)</sup> Tale azione collettiva, presentata nello Stato di Amazonas, è identificata con il seguente codice: ACP 0056323-55.2010.8.04.0012.

sediate nell'area era cresciuto sensibilmente. L'azione collettiva era stata promossa dal pubblico ministero nel 2001, ma l'esecuzione delle sentenza collettiva è stata avviata soltanto nel 2019, ossia ben diciotto anni dopo. L'attuazione della decisione era finalizzata a eliminare il degrado ambientale causato dalla proliferazione delle case fluttuanti nella zona.

I convenuti erano inizialmente 74, ma soltanto 52 furono effettivamente citati. Tra questi, soltanto il Municipio di Manaus e due proprietari di case fluttuanti avevano presentato una propria difesa nel corso del processo. Alla fine, si è giunti alla decisione di rimuovere i *flutuantes* non autorizzati. Tuttavia, non si trattava più dei soltanto 74 convenuti originariamente menzionati nell'azione collettiva, ma di ben 900 persone.

La *Defensoria pública* dello Stato di Amazonas ha ritenuto che l'esecuzione della sentenza collettiva avrebbe pregiudicato molte persone che non avevano avuto alcuna possibilità di difendersi in giudizio. Di conseguenza, la *Defensoria pública* ha sostenuto che non erano state rispettate le garanzie costituzionali; inoltre, ha rilevato che i diritti fondamentali di quelle persone – in particolare, il diritto alla sussistenza e all'abitazione – rischiavano di essere compromessi, con una grave lesione della loro dignità. Poiché era ormai decorso il termine per proporre contro la sentenza passata in giudicato l'azione rescissoria <sup>(28)</sup>, la *Defensoria pública* ha promosso una *querela nullitatis*, per far dichiarare l'«inesistenza» giuridica della suddetta sentenza <sup>(29)</sup>, chiedendo contestualmente una misura d'urgenza per sospendere l'ordine di sgombero, in

<sup>(28)</sup> *L'ação rescisória*, regolata dagli artt. 966 ss. *código de processo civil*, costituisce l'equivalente brasiliano della revocazione straordinaria italiana, ma in Brasile tale azione può essere avviata, al più tardi, entro due anni dal passaggio in giudicato della sentenza, mentre la revocazione straordinaria della sentenza può essere richiesta entro un termine breve di trenta giorni, decorrenti però dalla scoperta del vizio occulto della decisione che si intende impugnare. Per il rilievo di questa differenza fra i due ordinamenti giuridici, v. M. GRADI, *Il contrasto teorico fra giudicati*, Bari, 2020, p. 194.

<sup>(29)</sup> In proposito, nella dottrina italiana, v. C. BESSO, *La sentenza civile inesistente*, Torino, 1996, p. 158 ss.; F. AULETTA, *Nullità e «inesistenza» degli atti processuali civili*, Padova, 1999, p. 189 ss.

ragione della sussistenza del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris*.

I motivi alla base della *querela nullitatis* ruotavano attorno alla mancanza di contraddittorio e di piena difesa nel processo collettivo avviato dal pubblico ministero <sup>(30)</sup>, con conseguente chiara e flagrante violazione del *devido processo legal*, ossia dei principi costituzionali del giusto processo <sup>(31)</sup>. Nell'atto introduttivo della *querela nullitatis* si sottolineava, inoltre, il valore culturale e il valore turistico delle case fluttuanti, che costituiscono al contempo abitazione e fonte di reddito per molte famiglie locali. Gli abitanti vendono prodotti artigianali, pesce e frutta a turisti e visitatori. Queste comunità rappresentano parte integrante dell'ecosistema locale: vivono in simbiosi con l'ambiente naturale, tramandando conoscenze e saperi empirici di generazione in generazione. Le strutture in questione sono un simbolo dell'identità fluviale dell'Amazzonia: uno stile di vita unico, profondamente legato alle acque dei fiumi.

La tutela dell'ambiente, pur fondamentale, deve essere armonizzata con gli altri valori e i diritti garantiti dalla Costituzione federale. Per tali ragioni, la *Defensoria pública* ha ottenuto la sospensione in via d'urgenza dello sgombero <sup>(32)</sup>, in attesa della conclusione del processo collettivo.

7. *Il caso «Viver melhor I e II»*. — Un ulteriore caso che mi pare utile rammentare è quello in cui la *Defensoria pública* dello Stato di Amazonas ha promosso contro lo Stato di Amazonas, la *Superintendência de habitação* dello Stato medesimo, la *União federal* e la *Caixa econômica federal*, un'azione finalizzata al pagamento di

<sup>(30)</sup> Sull'azione declaratoria dell'inesistenza giuridica della sentenza, mi permetto di rinviare a T. ARRUDA ALVIM, *Nulidades do processo e da sentença*, 10ª ed., São Paulo, 2019, p. 408 ss.

<sup>(31)</sup> Su questi temi, v. le classiche pagine di N. TROCKER, *Processo civile e Costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, 1974, p. 367 ss.; L.P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del «giusto processo»*, Torino, 2004, p. 39 ss.

<sup>(32)</sup> Per la notizia ufficiale, v. L. FALBO, *Defensoria obtém decisão que suspende ordem de retirada de flutuantes do Tarumã*, in <defensoria.am.def.br>, 20 marzo 2024.

circa 133 milioni di *reais* brasiliani (equivalenti ad oltre 20 milioni di euro), a titolo di danni morali, da devolvere al fondo *Estado de direito do consumidor*, motivata dall'attacco ai diritti fondamentali dei residenti dei condomìni «*Viver melhor I e II*».

La costruzione di questi due condomìni aveva l'obiettivo di soddisfare i bisogni di un contingente significativo di persone che vivevano in condizioni di miseria nei dintorni della periferia di Manaus, sopravvivendo in pessime condizioni di abitabilità, sanità e sicurezza, con scarso o addirittura nessun accesso all'istruzione e al tempo libero <sup>(33)</sup>. Tuttavia, questa finalità non è stata perseguita in modo adeguato. I condomìni sono stati infatti costruiti ad una distanza enorme dai centri urbani, lontani da tutte le altre comunità. Inoltre, molti degli immobili si sono rivelati di qualità scadente.

La *Defensoria pública* ha sostenuto che concepire la costruzione di abitazioni come politica statale significa puntare alla realizzazione concreta di tutti i diritti fondamentali, tra cui il diritto alla salute, ai servizi igienico-sanitari di base, alla sicurezza e all'accesso all'istruzione. Il diritto all'abitazione non può dirsi effettivamente garantito se lo Stato si limita a offrire alle persone un semplice «scatolone» in cui vivere, per di più situato in zone lontane da scuole, ospedali e altri servizi essenziali. Una politica abitativa rivolta alle fasce a basso reddito e finanziata dallo Stato deve essere realizzata con una pianificazione attenta, integrando i servizi pubblici e avendo come obiettivo primario quello di migliorare realmente la qualità della vita di questa parte della popolazione.

Oltre alla richiesta di risarcimento dei danni, la *Defensoria pública* ha formulato anche la domanda di condanna all'adempimento dell'obbligo di fare, consistente nell'allestimento di servizi

<sup>(33)</sup> Negli ultimi tempi, in Brasile sono stati adottati molti provvedimenti legislativi per risolvere o diminuire problemi che affliggono la popolazione con basso reddito, rendendo impossibile l'esercizio dei diritti fondamentali. Un esempio di questo tipo è offerto dalla *lei* n. 11.977/2009, che ha istituito il programma «*Minha casa, minha vida*». Tale programma aveva come scopo – mediante l'azione integrata degli enti della Federazione brasiliana (Municipi, Stati e Unione) – tanto di provvedere alla costruzione di case popolari, quanto di realizzare la regolarizzazione fondiaria delle occupazioni irregolari.

pubblici adeguati a soddisfare le esigenze dei residenti: più precisamente, l'adeguamento del sistema di rifornimento di acqua e delle fognature; la regolarizzazione del trasporto pubblico; la costruzione di scuole e di centri sanitari; la creazione di condizioni minime di sicurezza pubblica; e l'appalto di tutti gli spazi commerciali esistenti nel progetto originale. C'è stata anche la richiesta di riparazione delle abitazioni che presentavano difetti, come pure l'adattamento delle infrastrutture all'uso da parte di persone con disabilità. È stata inoltre invocata la tutela cautelare d'urgenza, per la presenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

La situazione è risultata di particolare gravità poiché i condomini in questione si trovano a 20 chilometri dal centro di Manaus e l'unica via d'accesso per i circa 45.000 abitanti è un'autostrada, così che risulta estremamente difficoltoso il raggiungimento dei beni di prima necessità e dei servizi più basilari. In questa vicenda, si è in sostanza verificato il fenomeno della «gentrificazione inversa», ossia il trasferimento forzato di persone in situazione di vulnerabilità, precedentemente insediate in aree centrali della città, verso zone periferiche e isolate, prive dei servizi essenziali. Ciò rappresenta una chiara forma di segregazione sociale e una violazione della funzione sociale della città, oltre che del divieto di regresso sociale <sup>(34)</sup>.

La soluzione adottata nel caso concreto non solo non ha migliorato la condizione di vita di questa parte della popolazione, ma ha contribuito a rafforzare le disuguaglianze sociali. Per questo, è di grande rilievo l'iniziativa processuale della *Defensoria pública*, che ha per il momento portato ad un accordo di composizione parziale della controversia, con il quale l'impresa costrut-

<sup>(34)</sup> Nella sua accezione più tradizionale, la «*gentrification*» comporta l'arrivo di residenti benestanti in quartieri popolari, provocando l'aumento dei costi abitativi e lo spostamento dei residenti originari; diverso è dunque il fenomeno della «*reverse gentrification*» descritto nel testo, che costituisce una forma di esclusione urbana mascherata da riqualificazione. Sul tema, v. L. LEES, T. SLATER, E. WYLY, *Gentrification*, New York, 2008, p. 3 ss.; C. HIGHTOWER, J.C. FRASER, *The Raced-Space of Gentrification: «Reverse Blockbusting», Home Selling, and Neighborhood Remake in North Nashville*, in «*Journal of the American Sociological Association*», 2020, vol. 19, n. 1, p. 223 ss.

trice si è impegnata ad eseguire alcune essenziali ristrutturazioni degli edifici <sup>(35)</sup>.

8. *Il sistema italiano di assistenza legale per le persone non abbienti.* — L'istituto dell'avvocatura pubblica, che in Brasile ha permesso di raggiungere importanti risultati di giustizia sociale, è invece sconosciuto nel sistema giuridico italiano, il quale prevede esclusivamente la possibilità, per le persone a basso reddito, di essere assistite da avvocati del libero foro, che in passato non avevano diritto di percepire alcun onorario (sistema del «gratuito patrocinio»), mentre adesso sono pagati dallo Stato (c.d. sistema del «patrocinio a spese dello Stato») <sup>(36)</sup>.

La legge sul gratuito patrocinio, *olim* contenuta nel regio decreto n. 3282 del 1923, fu duramente criticata da Mauro Cappelletti, il quale la definì senza eufemismi una delle piaghe della legislazione italiana <sup>(37)</sup>. Tale decreto fu promulgato all'epoca del regime fascista, sancendo il definitivo abbandono del modello dell'avvocatura pubblica per la difesa dei privati, che era stato introdotto nell'esperienza preunitaria del Regno di Sardegna, ma che fu considerato troppo costoso per le casse dell'Erario nel nuovo assetto dell'Italia unita <sup>(38)</sup>.

<sup>(35)</sup> In proposito, v. la comunicazione ufficiale della *Defensoria pública* dello Stato di Amazonas, *Informações sobre o acordo para reparos do residencial Viver melhor*, in <defensoria.am.def.br>, 30 gennaio 2025, dove è possibile reperire anche il testo integrale dell'accordo.

<sup>(36)</sup> In Brasile, oltre alla possibilità di ricevere assistenza gratuita dalla *Defensoria pública*, le persone a basso reddito possono rivolgersi anche ad avvocati del libero foro disposti ad assumere l'incarico. In tal caso, è possibile beneficiare di alcune agevolazioni economiche previste dalla *lei* n. 1.060/1950, senza però che lo Stato sia tenuto a corrispondere all'avvocato privato il compenso professionale: in proposito, v. J.W. BEZERRA DA COSTA Neto, *Assistência judiciária gratuita: acesso a justiça e carência econômica*, Brasilia, 2013, p. 193 ss.; si rammenta inoltre che la sopra menzionata legge è stata parzialmente modificata dal *código de processo civil* del 2015, nel quale sono confluite alcune disposizioni relative alla «*Gratuidade da Justiça*» (artt. 98-102).

<sup>(37)</sup> M. CAPPELLETTI, *La giustizia dei poveri*, in «Il foro italiano», 1968, V, c. 114 ss.

<sup>(38)</sup> Per una dettagliata ricostruzione storica, v. D. MARAFIOTTI, *L'assistenza*

Il regio decreto n. 3282 del 1923 esordiva con una retorica seducente, affermando che il «patrocinio gratuito dei poveri» costituiva un «ufficio onorifico e obbligatorio per la classe degli avvocati», i quali venivano così richiamati in modo solenne allo svolgimento di una funzione nobile e sociale <sup>(39)</sup>. In base a tale disciplina normativa, l'onere sociale della difesa in giudizio delle persone in stato di povertà era trasferito dal suo naturale destinatario, ossia dallo Stato, al libero professionista, che soltanto in caso di vittoria del proprio cliente avrebbe potuto ottenere un compenso per l'attività prestata. Osservava quindi il celebre processualista che uno Stato che rinuncia a fornire assistenza giudiziaria alle persone non abbienti non s'inquadra certamente né nello spirito né nella lettera della Costituzione repubblicana <sup>(40)</sup>.

Come è noto, la situazione italiana è cambiata, essendo l'assistenza legale dei non abbienti oggi regolata dal testo unico delle spese di giustizia di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 115 del 2002 (artt. da 74 a 141), che prevede il sistema del patrocinio a spese dello Stato: chi non ha possibilità di pagare le somme necessarie per la propria difesa può richiedere la nomina di un avvocato, il cui pagamento viene effettuato direttamente dallo Stato, purché la sua rivendicazione non sia manifestamente

*giudiziaria ai non abbienti*, Milano, 1960, p. 13 ss.; F.A. GORIA, *Avvocazia dei poveri, Avvocatura dei poveri, Gratuito patrocinio: la tutela processuale dell'indigente dall'Unità ad oggi*, in «Rivista di storia, arte, archeologia per le province di Alessandria e di Asti», 2012, p. 23 ss., spec. p. 26 ss.

<sup>(39)</sup> Secondo un'idea diffusa nell'avvocatura: a questo proposito, v. A. CANDIAN, *Avvocatura*, Milano, 1949, p. 201, il quale afferma che: «La tutela giudiziaria dei poveri non è solo una fonte di nostra intima gioia morale; ma una doverosa espressione di sentimento sociale».

<sup>(40)</sup> V. ancora M. CAPPELLETTI, *La giustizia dei poveri*, cit., c. 115, che invoca l'art. 24, comma 3, Cost., a norma del quale: «Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione». Sul rapporto fra questa disposizione costituzionale e le forme di tutela giudiziaria delle persone non abbienti, v. anche l'approfondito e meditato volume di N. TROCKER, *Assistenza legale e giustizia sociale: due studi sull'evoluzione dell'assistenza legale ai meno abbienti nel mondo contemporaneo*, Milano, 1979, p. 99 ss.

infondata <sup>(41)</sup>. Questa possibilità esiste in tutti i gradi di giudizio e la sua disciplina si applica al contenzioso civile, ai procedimenti di giurisdizione volontaria, ai processi amministrativi, contabili e tributari; e, dopo la recente riforma Cartabia, anche ai procedimenti di mediazione e di negoziazione assistita <sup>(42)</sup>.

La nuova legge sul patrocinio a spese dello Stato non appare però risolutiva di tutti i problemi. In primo luogo, pur con questa ultima estensione, non è ancora prevista la possibilità di ottenere gratuitamente una consulenza stragiudiziale, che in realtà è utile per scegliere la strategia più adeguata alla tutela dei propri diritti <sup>(43)</sup>. In secondo luogo, per poter accedere al beneficio del patrocinio a spese dello Stato è previsto un limite di reddito piuttosto basso, che riduce notevolmente la platea degli aventi diritto all'assistenza legale finanziata dallo Stato. Infine – e questo appare l'aspetto più critico – i soggetti beneficiari possono nominare come avvocati di fiducia soltanto coloro che sono iscritti nell'apposito elenco, del quale non fanno generalmente parte i professionisti con maggiore qualificazione <sup>(44)</sup>.

<sup>(41)</sup> In proposito, v. ampiamente G. BELLUCCI, *Il patrocinio a spese dello Stato: presupposti, casi, liquidazione del compenso e atti successivi*, Torino, 2019, p. 3 ss.

<sup>(42)</sup> Per questa recente estensione, v. F.C. MALATESTA, *Spese processuali e patrocinio a spese dello Stato*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. Tiscini, Pisa, 2023, p. 1325 ss.

<sup>(43)</sup> Come ha osservato, M. CAPPELLETTI, *Povertà e giustizia*, in «Il foro italiano», 1969, V, c. 42 ss., spec. c. 55 s., «una delle classiche formule di un sistema non democratico è quella espressa dall'aforisma *ignorantia juris non excusat*. La realtà è però che il ricco può, assicurandosi i servizi del proprio consulente legale, eliminare gli effetti di quell'ignoranza, la quale paralizza invece il povero nell'esercizio e nella tutela dei propri diritti, quando non lo mette addirittura in balia di basse speculazioni professionali».

<sup>(44)</sup> Per queste critiche, v. A. OSTI, *Teoria e prassi dell'Access to Justice: un raffronto tra ordinamenti nazionali e ordinamenti esteri*, Milano, 2016, p. 184 ss.; in modo incisivo, v. inoltre M. GRADI, *L'ipocrisia del legislatore processuale*, in *Studi sulla legge processuale*, a cura di G. Basilico, Roma, 2023, p. 111 ss., il quale osserva, in particolare, «che il cittadino non abbiente può scegliere il difensore di fiducia soltanto nell'ambito degli avvocati che richiedono di essere iscritti nelle relative liste: al di là di profonde motivazioni personali e sociali che possono spingere alcuni avvocati ad esservi inseriti, va comunque osservato che

L'assistenza legale delle persone a basso reddito – affidata agli avvocati privati del libero foro, i cui compensi vengono pagati dallo Stato – non appare quindi ancora del tutto soddisfacente. Agli occhi di un osservatore esterno, è sorprendente che per garantire pienamente l'effettività del contraddittorio e del diritto di difesa non sia stato ancora creato, in Italia, un organo come la *Defensoria pública* brasiliana <sup>(45)</sup>.

9. *Il dibattito sul numero degli avvocati in Italia.* — Il diritto di accesso alla giustizia non può in ogni caso prescindere dal contributo degli avvocati privati, ai quali deve essere garantito di poter svolgere l'attività di assistenza e di difesa legale in modo libero e indipendente <sup>(46)</sup>. Il corretto funzionamento di questa nobile funzione è tuttavia legato anche al numero degli avvocati abilitati all'esercizio della professione: da un lato, un numero ridotto di avvocati rischia infatti di pregiudicare l'effettivo accesso dei cittadini alla tutela giurisdizionale dei loro diritti; dall'altro lato, però, un numero eccessivo di professionisti legali può ostacolare il buon

la classe forense che ricorre a questo istituto per il sostentamento professionale non costituisce certamente l'*élite* dell'avvocatura».

<sup>(45)</sup> Questo era l'auspicio, rimasto inascoltato, di V. DENTI, *L'avvocato e la difesa di interessi collettivi*, cit., c. 120: «l'esperienza delle riforme dell'assistenza giudiziaria introdotte in altri paesi nell'ultimo dopoguerra ha abbondantemente dimostrato che è impossibile realizzare un adeguato sistema di difesa giudiziale, e soprattutto di consulenza stragiudiziale, senza ricorrere alla istituzione di pubblici uffici di avvocati».

<sup>(46)</sup> Sull'importanza della piena indipendenza degli avvocati al fine di garantire l'esercizio del diritto di difesa, v. in particolare G. ALPA, *Angelo Falzea e le funzioni giurisdizionali del Consiglio nazionale forense*, in «Nuova giurisprudenza civile commentata», 2024, II, p. 1463; G. GAMBONI, *Deontologia: un futuro dal cuore antico*, Milano, 2024, p. 29 ss.; per un'ampia riflessione al riguardo, v. inoltre A. UZELAC, *The independence of the Bars and their relationship with the public authorities*, in *The independence of lawyers*, Atti del XXVIII Colloquy on European Law organizzato dal Consiglio d'Europa (Bayonne, 25-26 febbraio 2002), Strasbourg, 2003, p. 106 ss.; J. TEMKIN, *The Role of the Legal Profession in Protecting Judicial Independence*, in *The Culture of Judicial Independence in a Globalised World*, a cura di S. Shetreet e W. McCormack, Leiden-Boston, 2016, p. 157 ss.

funzionamento della giustizia, per effetto della proliferazione del numero delle cause prive di meritevolezza.

A evidenziare in modo polemico questo rischio è stato, in particolare, Piero Calamandrei. Nel suo celebre libro del 1921 dal titolo *Troppi avvocati!*, l'illustre studioso afferma che l'eccessivo aumento del numero degli avvocati porta alla formazione di una sorta di «proletariato forense» e conseguentemente alla «decadenza morale della professione»: un'ampia fetta di avvocati viene indotta accettare qualsiasi incarico pur di sbarcare il lunario, trasformandosi «da benefico freno in pericoloso stimolo della litigiosità e della malafede giudiziaria»<sup>(47)</sup>.

Diversa è invece la prospettiva di Franco Cipriani, il quale – in un noto saggio del 1997 intitolato *Troppi avvocati?* – osservava come l'aumento esponenziale del numero degli avvocati avesse condotto, all'epoca, ad avere un avvocato per ogni 570 abitanti: un dato che lo studioso definiva sorprendente, tanto da far sembrare che gli italiani fossero diventati, ormai, un popolo di avvocati<sup>(48)</sup>.

Una parte consistente di questi professionisti era però rappresentata da giovani, un fenomeno strettamente legato alla democratizzazione dell'istruzione universitaria e, in particolare, all'aumento dei laureati in Giurisprudenza. Come conseguenza di questo fenomeno, gran parte degli avvocati non aveva una particolare vocazione per la professione forense e si iscriveva all'albo senza esercitarla effettivamente.

<sup>(47)</sup> Così P. CALAMANDREI, *Troppi avvocati!*, Firenze, 1921, ripubblicato in Id., *Opere giuridiche*, Napoli, 1966, vol. II, p. 65 ss., spec. p. 99 ss., ove si osserva anche come «l'eccessivo numero dei legali serve di spinta al moltiplicarsi di liti vessatorie, sopra tutto in certe materie (...) e come alla stessa origine risalga l'enorme abuso che si fa da noi di certi mezzi di impugnativa»; in senso critico rispetto all'aumento del numero degli avvocati, v. anche S. CHIARLONI, *Avvocatura e magistratura nella giurisdizione: per una cultura e un linguaggio comuni*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1998, p. 531 ss., spec. p. 534 ss., il quale associa all'«esplosione demografica» dell'avvocatura il suo «scadimento qualitativo», così come la mancanza di una «visione sicura circa la direzione del proprio futuro».

<sup>(48)</sup> F. CIPRIANI, *Troppi avvocati?*, in «Il foro italiano», 1997, V, c. 241 ss.

Riteneva quindi Cipriani che il numero degli avvocati attivi non fosse eccessivamente elevato, soprattutto in rapporto all'alto livello di contenzioso caratteristico del sistema giudiziario italiano. Con una punta di ironia, l'autore concludeva osservando che a sostenere la tesi dei «troppi avvocati» sono proprio gli avvocati stessi, il cui desiderio – nemmeno troppo nascosto – è quello di appartenere a una categoria il più possibile ristretta.

10. *La situazione attuale dell'avvocatura in Brasile.* — Il numero degli avvocati è molto elevato anche in Brasile, che è un paese dalle dimensioni continentali. Questo rilievo aiuta a comprendere perché anche i numeri nel settore legale siano così alti: attualmente, il Brasile conta infatti oltre 1.300.000 avvocati. In tutto il territorio nazionale sono presenti 1.896 Facoltà di Giurisprudenza, che ogni anno producono circa 100.000 laureati in legge.

L'iscrizione all'*Ordem dos Advogados do Brasil* non è però automatica: i laureati devono superare un esame di abilitazione per poter essere iscritti all'albo. Si tratta di una prova particolarmente selettiva, che viene superata soltanto da circa l'11% dei candidati.

Il risultato di questo scenario è una drammatica condizione di disoccupazione, con molti laureati in Giurisprudenza costretti a svolgere professioni del tutto diverse dal percorso di studi intrapreso, per garantirsi un reddito. A questi numeri elevatissimi si accompagna inoltre un inevitabile calo della qualità: molte Facoltà di Giurisprudenza non offrono più lo stesso livello formativo di alcuni decenni fa, e questo si riflette anche sulla preparazione degli avvocati in attività: nonostante la selezione operata tramite l'esame dell'*Ordem dos Advogados do Brasil*, si riscontra infatti un abbassamento della preparazione degli avvocati<sup>(49)</sup>, così come dei giudici, dei pubblici ministeri e dei difensori pubblici.

La democratizzazione dell'istruzione universitaria in Brasile ha sicuramente portato con sé molti effetti positivi, ma anche con-

<sup>(49)</sup> Secondo P. CALAMANDREI, *Troppi avvocati!*, cit., p. 102 ss., l'eccesso numerico degli avvocati conduce non soltanto alla decadenza morale della classe degli avvocati, ma anche alla loro decadenza intellettuale, ossia al «progressivo abbassamento di preparazione giuridica» in capo ai professionisti forensi.

sequenze negative di grande portata: una di queste conseguenze nefaste consiste, nel campo dell'esperienza processuale, proprio nel rischio che Piero Calamandrei aveva lucidamente previsto molti anni fa, ossia nell'aumento della litigiosità e della malafede processuale.

11. *Il problema della «litigância predatória»*. — Il rilevante ampliamento della garanzia fondamentale dell'accesso alla giustizia, in gran parte favorito dallo sviluppo delle azioni collettive, ha finito infatti per generare anche deplorevoli fenomeni di abuso del processo. È importante sottolineare che simili distorsioni si riscontrano tanto nelle azioni collettive quanto nelle azioni individuali, in ogni caso con l'effetto di sovraccaricare il sistema giudiziario.

L'abuso processuale è considerato dalla legge brasiliana un comportamento contrario alla buona fede oggettiva. A questo proposito, l'art. 5 del *código de processo civil* dispone che colui che, in qualunque modo, partecipa al processo deve comportarsi secondo buona fede<sup>(50)</sup>. Una delle fattispecie di abuso del processo è certamente quella che in Brasile viene attualmente denominata «*litigância predatória*»: tale espressione, che può essere tradotta in italiano con «contenzioso predatorio», allude alla proposizione di domande giudiziali aggressive, opportunistiche, intimidatorie o spregiudicate, ossia in sostanza all'abuso nell'esercizio del diritto di azione<sup>(51)</sup>.

<sup>(50)</sup> Su tale disposizione, v. F. DIDIER Jr., *Principio de la buena fe procesal en el derecho procesal civil brasileño*, in «Revista de la maestría en derecho procesal», 2020, vol. 8, n. 1, p. 14 ss.; C. UZEDA, *Boa-fé no processo civil*, São Paulo, 2024, p. 125 ss.; P.E. DOS SANTOS LUCON, *Abuso do processo*, 2ª ed., São Paulo, 2025, p. 107 ss.

<sup>(51)</sup> Per un approfondimento sul tema, v. innanzitutto G. DE SOUZA, *Litigância predatória, tutela coletiva e o porvir do acesso à justiça*, in «Revista de processo», 2024, vol. 353, p. 217 ss.; A. RODRIGUES DE SOUSA, D. MOTA DE OLIVEIRA JR., C.H. SOARES, *Notas sobre a chamada litigância predatória: investigação de um conceito e métodos de mitigação*, in «Revista de processo», 2024, vol. 355, p. 23 ss.; sull'abuso del diritto di azione, v. anche i classici studi di J. AMERICANO, *Do abuso do direito no exercício da demanda*, 2ª ed., São Paulo, 1932, p. 49 ss.; J.O. DE CASTRO Filho, *Abuso do direito no processo civil*, Rio de Janeiro, 1960,

La verifica dell'esistenza di condotte di questo tipo dipende dalla ponderazione tra valori legati alla buona fede processuale e al diritto di accesso alla giustizia. Sebbene l'espressione «*litigância predatória*» non appaia in alcuna norma di diritto positivo, è tuttavia possibile associarla a diversi comportamenti esplicitamente menzionati dalla legge, come ad esempio quelli indicati nell'art. 77, I, II e III, del *código de processo civil* <sup>(52)</sup>.

Il contesto in cui l'abuso del diritto di azione si manifesta è soprattutto quello della democratizzazione dei beni e dei servizi essenziali, fenomeno che ha conosciuto un'evidente espansione nei secoli XX e XXI. Sia la democratizzazione dell'accesso al credito, sia i programmi di incentivo promossi dallo Stato volti a concretizzare il diritto fondamentale all'abitazione <sup>(53)</sup>, rappresentano esempi emblematici di questo tipo. È interessante notare che, in questo contesto, proprio lo Stato e le istituzioni finanziarie, in ragione del loro ruolo centrale, finiscono per essere al tempo stesso promotori e vittime abituali della *litigância predatória*.

Le azioni collettive e gli altri strumenti di *aggregate litigation* possono rappresentare validi mezzi di esercizio della cittadinanza. Tuttavia, è deplorabile che tali strumenti vengano distorti, trasformandosi in veicoli per frodi giuridiche. Ancora più preoccupante è constatare come i principali artefici di tali frodi siano, in molti casi, gli stessi avvocati. Numerosi professionisti del settore considerano le grandi imprese, le istituzioni finanziarie e persino lo Stato come vere e proprie «galline dalle uova d'oro», bersagli contro cui è possibile intentare migliaia di azioni collettive in ma-

p. 118 ss.; A. DE MENDONÇA LIMA, *Abuso do direito de demandar*, in «Revista do processo», 1980, vol. 19, p. 57 ss.

<sup>(52)</sup> Più precisamente, tale disposizione stabilisce che «*são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I. expor os fatos em juízo conforme a verdade; II. não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento; III. não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito*»; in proposito, v. l'ampia trattazione di P.E. DOS SANTOS LUCON, *Abuso do processo*, 2<sup>a</sup> ed., cit., p. 201 ss.

<sup>(53)</sup> Come il programma «*Minha casa, minha vida*», di cui ho dato conto *supra*, nota 33.

teria di consumo, mantenendo al contempo l'illusoria immagine di difensori della legalità costituzionale <sup>(54)</sup>.

Il *Conselho nacional de Justiça* definisce la *litigância predatória* come la promozione in massa, nell'ambito del territorio nazionale, di azioni con *petitum* e *causa petendi* simili contro una persona o un gruppo specifico di persone, per inibire la piena libertà d'espressione <sup>(55)</sup>. Questo concetto non è tuttavia esauriente, perché la *litigância predatória* può anche avere altre finalità, come ad esempio quella di pregiudicare un'impresa concorrente, di ottenere due volte il medesimo risarcimento, e via discorrendo. Anche in queste situazioni, si riscontra una evidente violazione di principi etici.

Sulle contromisure che il giudice può assumere quando ritiene di trovarsi di fronte a un caso di *litigância predatória* si è di recente pronunciato il *Superior Tribunal de Justiça*, affermando che se vengono riscontrati indizi dell'abuso processuale, il giudice può esigere, in modo motivato e nel rispetto del principio di ragionevolezza applicato al caso concreto, la modifica dell'atto introduttivo, così come la presentazione dei documenti idonei a sostenere le richieste presentate in giudizio, affinché sia dimostrato l'interesse ad agire e l'autenticità della pretesa, nel rispetto delle regole sulla ripartizione dell'onere della prova <sup>(56)</sup>.

<sup>(54)</sup> Per questa critica, v. T. ARRUDA ALVIM, M.L. LINS CONCEIÇÃO, C. UZEDA, *Litigância predatória: um sério prejuízo à advocacia e ao acesso à justiça*, in <www.migalhas.com.br>, 7 novembre 2023.

<sup>(55)</sup> Più precisamente, l'art. 2 della *recomendação* n. 127/2022 del *Conselho nacional de Justiça* stabilisce che: «*entende-se por judicialização predatória o ajuizamento em massa em território nacional de ações com pedido e causa de pedir semelhantes em face de uma pessoa ou de um grupo específico de pessoas, a fim de inibir a plena liberdade de expressão*».

<sup>(56)</sup> Tale decisione è stata assunta nel *tema repetitivo* n. 1198, reperibile in <www.stj.jus.br>, 20 marzo 2025. In proposito, v. l'approfondita *nota técnica* di M. SILVEIRA VIEIRA, *Tema repetitivo n. 1198 STJ*, in <www.conjur.com.br>, gennaio 2025. Per la discussione della questione, v. inoltre L.C. DE ANDRADE SILVA, L.G. LAURINDO CASÉ, *Limitação da litigância predatória no tema 1198 do STJ: restrição do acesso à justiça ou racionalização do trabalho do poder judiciário e da advocacia pública?*, in «Publicações da Escola Superior da AGU», 2024, vol. 16, p. 219 ss.

L'utilità di questo potere del giudice è emersa nell'ambito di un ricorso speciale trattato nell'ambito dei procedimenti ripetitivi aventi ad oggetto la medesima questione di diritto <sup>(57)</sup>, nel quale si è riscontrata la pendenza di 78.610 processi avviati contro istituti bancari da soli tre avvocati della città di Iguatemi, nello Stato di Mato Grosso <sup>(58)</sup>.

In Brasile, esistono anche esecrabili esempi di associazioni legittimate dalla legge a promuovere azioni collettive che le utilizzano per praticare frodi. Dati ufficiali del *Tribunal de Justiça* dello Stato di Pernambuco rivelano che, nei distretti di Araripina e Ipubi, dal 30% al 50% dei processi hanno i caratteri della *litigância predatória* <sup>(59)</sup>.

È importante sottolineare che il carattere predatorio della controversia non è sempre immediatamente riconoscibile. Spesso, infatti, esso si presenta mascherato da un'attività apparentemente lecita. È il caso, ad esempio, di un avvocato che promuove diverse azioni giudiziarie, ciascuna riferita a un contratto distinto, ma stipulato dallo stesso cliente con una medesima istituzione bancaria. In altre parole, la natura predatoria della condotta processuale può emergere soltanto se si analizza il contesto complessivo, piuttosto che il singolo procedimento isolatamente considerato.

Per cogliere il fenomeno nella sua interezza, l'osservatore deve allontanare l'obiettivo, come farebbe un fotografo per includere nella scena ciò che circonda il soggetto principale. Nel caso specifico, è necessario che il giudice si accorga che sono pendenti più procedimenti distinti, laddove in realtà ne sarebbe bastato uno soltanto. Lo scopo di tali iniziative processuali è spesso quello di moltiplicare artificiosamente i danni richiesti, differenziandoli in

<sup>(57)</sup> Questo istituto è regolato dagli artt. 1036 *código de processo civil*: in proposito, v. L. BURIL DE MACÊDO, *Algumas considerações sobre o regime processual das demandas repetitivas*, in «Revista de processo», 2019, vol. 296, p. 207 ss.

<sup>(58)</sup> Per tale notizia, v. *Advogados são investigados por 78.610 ações contra bancos*, in <[www.migalhas.com.br](http://www.migalhas.com.br)>, 11 giugno 2021.

<sup>(59)</sup> Per informazioni al riguardo, v. *Para coibir a advocacia predatória, juiz extingue 3.488 processos nas comarcas de Araripina e Ipubi*, in <[portal.tjpe.jus.br](http://portal.tjpe.jus.br)>, 16 febbraio 2022.

base a ciascun contratto, nonostante la sostanziale unità della controversia <sup>(60)</sup>.

Un altro caso emblematico di *litigância predatória* è quello che ha riguardato l'improvvisa impennata dei contenziosi legati al settore dei servizi nello Stato di São Paulo. Tra il 2021 e il 2022, il numero di cause in materia di diritto dei consumatori presso il sistema giudiziario *paulista* è aumentato del 42%, passando da 495.000 a 704.000. Alla fine del 2023, i nuovi procedimenti in questo ambito superavano già il milione. Per comprendere le cause di un aumento tanto repentino, sono stati intervistati numerosi avvocati e giudici. Dalle loro risposte è emerso chiaramente che, oltre a fattori congiunturali – come la pandemia da Covid-19 – si è registrato un uso palesemente abusivo della giustizia gratuita, fenomeno tipico di *litigância predatória* <sup>(61)</sup>.

Come è evidente, la *litigância predatória* arreca un danno significativo all'amministrazione della giustizia. Si tratta, infatti, di una pratica che accresce i costi dell'attività giudiziaria, rendendo i procedimenti più onerosi e aggravando anche le spese di gestione amministrativa dei tribunali. Secondo documenti ufficiali, la *litigância predatória* rappresenta circa il 30% dei procedimenti in corso e comporta un costo superiore ai 10 miliardi di *reais* brasiliani (equivalente a 1,7 miliardi di euro) per il sistema giudiziario, anche perché molte di queste azioni sono presentate in regime di giustizia gratuita <sup>(62)</sup>.

Quando ci si trova di fronte ad azioni del tutto infondate, molti magistrati riferiscono la sensazione che alcuni avvocati agiscano in modo scorretto. Esistono persino studi legali «specializzati» nel promuovere cause relative a ritardi o cancellazioni di voli. In questi

<sup>(60)</sup> In proposito, v. A. RODRIGUES DE SOUSA, D. MOTA DE OLIVEIRA JR., C.E. SOARES, *Notas sobre a chamada litigância predatória*, cit., p. 23 ss.

<sup>(61)</sup> Per informazioni al riguardo, v. T. CREPALDI, A. GANDINI, V. CÓCOLO, A. TAJRA, R. SANTOS, J. CARVALHO, *Justiça gratuita e ações predatórias explicam explosão de demandas do Direito do Consumo em São Paulo*, in <www.conjur.com.br>, 19 marzo 2024.

<sup>(62)</sup> V. la *nota técnica* 01/2022 CIJMG, citata da A. RODRIGUES DE SOUSA, D. MOTA DE OLIVEIRA JR., C.E. SOARES, *Notas sobre a chamada litigância predatória*, cit., nota 7 e testo corrispondente.

casi, la conoscenza del diritto passa in secondo piano: ciò che conta è la capacità di fare affari, poiché gli avvocati acquistano il credito futuro del cliente e promuovono le relative azioni giudiziarie.

Gli intervistati hanno anche segnalato un abuso sistematico della richiesta di giustizia gratuita. Azioni che potrebbero essere presentate presso i tribunali speciali – dove non vi sono costi – vengono invece promosse nell'ambito della giustizia ordinaria, proprio perché nei tribunali speciali non sono previsti compensi per l'avvocato della parte vincitrice. Un ulteriore esempio di *litigância predatória* si riscontra nei casi in cui gli avvocati, per conto di clienti titolari di una pluralità di contratti bancari, promuovono un'azione distinta per ciascun contratto, così da poter richiedere i danni separatamente.

Nello Stato di Amazonas, il giudice Marco Aurélio Plazzi Palis, del primo *Juizado especial cível* di Manacapuru, ha estinto oltre 600 cause simili, tutte intentate da un unico avvocato, che aveva presentato richieste di risarcimento per danni contro una compagnia elettrica. Le parti coinvolte – residenti in comunità rurali e spesso prive di istruzione – non conoscevano nemmeno l'avvocato e con ogni probabilità le procure alle liti recavano firme false <sup>(63)</sup>.

La mancanza di etica di alcuni avvocati, che intasano i tribunali con richieste infondate e prive di adeguata documentazione, è fonte di profonda preoccupazione. Come abbiamo sottolineato all'inizio di questo studio, la Costituzione federale brasiliana afferma che l'avvocato è una figura indispensabile per l'amministrazione della giustizia. Questa indispensabilità comporta però, evidentemente, l'obbligo di comportarsi secondo buona fede: l'avvocato dovrebbe quindi agire come filtro contro la *litigância predatória* <sup>(64)</sup>. In quanto custode del sistema giuridico, egli ha il dovere di impedire un uso distorto e abusivo del diritto di azione <sup>(65)</sup>.

<sup>(63)</sup> Per tale notizia, v. *Juiz extingue processo de advogado com mais de 600 ações semelhantes*, in <[www.migalhas.com.br](http://www.migalhas.com.br)>, 5 aprile 2024.

<sup>(64)</sup> In modo conforme, v. G. OSNA, *Três notas sobre a litigância predatória (ou, o abuso do direito de ação)*, in «Revista de processo», 2023, vol. 342, p. 55 ss.

<sup>(65)</sup> Secondo l'art. 2, VII, del *código de ética e disciplina da Ordem dos Advo-*

## Abstract

Il saggio esamina il ruolo dell'Ufficio del difensore pubblico nel sistema brasiliano, quale strumento essenziale per garantire la tutela dei diritti delle persone vulnerabili e l'effettività del principio costituzionale di accesso alla giustizia. L'autrice analizza il quadro costituzionale e normativo che riconosce agli avvocati, pubblici e privati, una funzione indispensabile nell'amministrazione della giustizia, ponendo particolare attenzione alle azioni collettive come mezzo di protezione di interessi diffusi e omogenei. Attraverso l'illustrazione di casi emblematici il saggio evidenzia il potenziale inclusivo della *Defensoria pública* e il suo ruolo nella promozione della cittadinanza. Viene altresì proposta una riflessione comparata con l'ordinamento italiano, evidenziando le differenze strutturali e le criticità del patrocinio a spese dello Stato. L'elaborato affronta infine il tema della proliferazione degli avvocati e del fenomeno del contenzioso predatorio, denunciando i rischi di abuso del processo e la necessità di un uso etico e responsabile degli strumenti di tutela collettiva.

*The essay examines the role of the Public Defender's Office within the Brazilian legal system as an essential instrument for safeguarding the rights of vulnerable individuals and ensuring the effective realization of the constitutional principle of access to justice. The author analyzes the constitutional and legislative framework that recognizes the indispensable function of both public and private lawyers in the administration of justice, with particular attention to collective actions as a means of protecting diffuse and homogeneous interests. Through the discussion of emblematic cases, the essay highlights the inclusive potential of the «Defensoria Pública» and its contribution to the promotion of citizenship. It also offers a comparative reflection with the Italian legal system, underscoring structural differences and some critical issues surrounding state-funded legal aid. Finally, the paper addresses the proliferation of lawyers and the phenomenon of predatory litigation, warning against the risks of procedural abuse and stressing the need for an ethical and responsible use of collective protection mechanisms.*

*gados do Brasil, rientra fra i doveri dell'avvocato quello di «desaconselhar lides temerárias, a partir de um juízo preliminar de viabilidade jurídica».*

ISABEL TRUJILLO  
*Professoressa ordinaria nell'Università di Palermo*

## FEDELTÀ DELL'AVVOCATO E «RULE OF LAW» (\*)

SOMMARIO: 1. Introduzione: la cultura della giustizia tra morale e diritto. – 2. Il significato della fedeltà. – 3. Perché la «rule of law». – 4. La «rule of law» come idea di società. – 5. Conclusioni: cosa richiede l'impegno di fedeltà alla luce della «rule of law»?

1. *Introduzione: la cultura della giustizia tra morale e diritto.* — La fedeltà, insieme alla lealtà, correttezza, ma anche alla probità, dignità e decoro, sono un riferimento costante dell'etica forense. Sebbene i codici deontologici tendano a differenziare questi doveri, nella vita professionale e anche nella giurisprudenza – mi riferisco soprattutto a quella in materia deontologica – queste qualità tendono ad essere richiamate insieme. La lealtà e la probità alla luce dell'art. 88 cod. proc. civ. richiedono di astenersi da alterare il contraddittorio <sup>(1)</sup> o di agire o resistere in modo temerario <sup>(2)</sup>, mentre la fedeltà e la correttezza sono la base del dovere di evitare testimonianze pregiudizievoli per il cliente <sup>(3)</sup>.

Il mio obiettivo qui è doppio. Da un lato, vorrei cercare di dare un significato specifico alla fedeltà dell'avvocato. Dall'altro, vorrei provare a fornirne una giustificazione in termini giuridici e non morali. Questo secondo obiettivo ha uno sfondo polemico

(\*) Il saggio è stato svolto all'interno del progetto finanziato dall'Unione eu-ropa, Next Generation EU, Missione 4, Componente 2, PRIN 2022 «The Virtues of the Rule of Law as an Institutional Ethos» (CUP B53D23010330006).

<sup>(1)</sup> Cass. civ., sez. II, 28 gennaio 2015, n. 1585. Talvolta si sostiene invece che lealtà e correttezza si riferiscano al processo, mentre la probità, la dignità e il decoro a comportamenti professionali non processuali.

<sup>(2)</sup> Cass. civ., sez. un., 12 ottobre 2023, n. 28448.

<sup>(3)</sup> Cons. naz. for., 27 giugno 2003, n. 175.

di carattere generale. Spesso, infatti, i discorsi sulla deontologia professionale vengono ricondotti ad attitudini e/o preferenze morali, cioè a fattori estranei alla professione: una certa educazione familiare o culturale, oppure una maggiore o minore sensibilità personale <sup>(4)</sup>. Per controbilanciare questa aleatorietà, i sostenitori dell'importanza della deontologia per la professione forense tendono a insistere sulla sua giuridicità, o meglio sulla sua giuridificazione <sup>(5)</sup>.

Questa opinione è stata particolarmente presente nel dibattito italiano in occasione della riforma della legge professionale ed era sicuramente collegata all'esigenza di rivisitare la precedente disciplina deontologica nei termini di un diritto disciplinare e punitivo, anche, ma non solo, sotto il profilo delle garanzie. Come è noto, alla capacità odigitria della deontologia, cioè alla funzione di orientare l'azione dei professionisti, è stato preferito uno stile sanzionatorio, con la redazione di una lista esaustiva di condotte (esaustiva «per quanto possibile», come recita l'art. 3, comma 3, della legge n. 247 del 2012), cui associare sanzioni specifiche, anch'esse tassativamente individuate. Tutto ciò nella convinzione che così si possa irrobustire la disciplina deontologica. Quasi subito si è visto che la pretesa elencazione esaustiva delle condotte era piuttosto vana e che, d'altra parte, proprio in materia deontologica occorre, soprattutto per le nuove leve, dare indicazioni sulla logica del ruolo e sulla funzione dell'avvocato.

<sup>(4)</sup> Due protagonisti del dibattito intorno alla deontologia forense nel contesto anglofono hanno individuato nella storia della *legal ethics* due ondate, una risalente agli anni Sessanta e Settanta, in cui il principale problema era l'eventuale contrasto tra la deontologia forense e la moralità generale (se un buon avvocato possa essere una buona persona) e una seconda ondata, molto più recente, in cui il problema principale è il ruolo del diritto in una società democratica. Si veda il saggio di D. LUBAN, W.B. WENDEL, *Philosophical Legal Ethics: an Affectionate History*, in «Georgetown Journal of Legal Ethics», 2017, vol. 30, pp. 337-364: gli autori, rispettivamente protagonisti della prima e della seconda ondata, intravedono una terza fase per la deontologia forense, che va nella direzione della riflessione sulle virtù, della teoria della fiducia, della psicologia cognitiva.

<sup>(5)</sup> È quanto sostiene R. DANOVÌ, *Il diritto degli altri: storia della deontologia*, Milano, 2022, p. 230 ss., il quale viene difendendo da tempo questa idea.

Inoltre, è oggi possibile ritenere che molte delle questioni relative alla giuridicità della deontologia possano essere ripensate in un'ottica diversa rispetto al passato, grazie ad una particolare evoluzione del diritto contemporaneo e della sua conoscenza, cioè quella del riconoscimento e dell'accettazione della differenziazione giuridica <sup>(6)</sup>. Rispetto al passato, infatti, i giuristi hanno acquisito dimestichezza con una varietà di fenomeni giuridici diversi, fra i quali spiccano quelli ricompresi sotto l'etichetta del *soft law*. A dispetto del nome, come si sa, si tratta di un diritto particolarmente efficace <sup>(7)</sup>.

In questa maggiore apertura alla differenziazione giuridica – poiché il diritto non è solo statale e non gioca tutte le sue carte sulla coercizione – i codici deontologici sono stati inquadrati sotto la categoria del *para-law* <sup>(8)</sup>. Si tratta cioè di un diritto non prodotto dallo Stato, che pure integra il diritto dello Stato, alla stessa maniera in cui lo fanno le raccomandazioni dell'Unione Europea, o la cosiddetta nuova *lex mercatoria* <sup>(9)</sup>. Si tratta di forme di regolazione che riescono a guidare efficacemente le condotte, anche quando non supportate da minaccia di sanzioni. Non voglio dire che al diritto non servano le sanzioni, ma penso che occorra ripensare la deontologia – anzi l'etica professionale, di cui la deontologia è una codificazione attenta alle circostanze specifiche in cui la prima si deve implementare – in funzione dei ruoli necessari per rendere possibile la pratica giuridica. Per questo vorrei presentare un modo specifico di fondare la fedeltà dell'avvocato che non si richiami né a motivazioni morali esterne e indipendenti dal

<sup>(6)</sup> Sebbene alla fine si dimostri sostenitore della (vecchia) teoria sanzionatoria e statalista del diritto, F. SCHAUER, *The Force of Law*, Cambridge (Mass.), 2015, ha messo adeguatamente in luce il fenomeno della differenziazione del diritto.

<sup>(7)</sup> Così l'*Étude annuelle 2013 du Conseil d'État* francese, da titolo *Le droit souple*, redatto da J. RICHARD, consultabile sul sito <[www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr)>, 1° ottobre 2013.

<sup>(8)</sup> L. SENDEN, *Soft Law in European Community Law*, Oxford-Portland, 2004, p. 119, ha distinto il *soft law* in tre categorie: *pre-law*, *post-law* e *para-law*.

<sup>(9)</sup> F. MARRELLA, *La nuova Lex Mercatoria: principi di Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale*, Padova, 2003.

diritto, né alla presenza di un diritto disciplinare punitivo efficace, ma che si configuri come parte costitutiva del ruolo professionale, intrinsecamente collegato alla sua funzione specifica. Da questo punto di vista, più che alla cultura della giustizia, a mio modo di vedere sarebbe preferibile il riferimento alla «cultura giuridica», oppure – meglio ancora – alla «cultura della *rule of law*».

2. *Il significato della fedeltà.* — A differenza della lealtà, che ha ad oggetto relazioni specifiche e contingenti con determinate persone <sup>(10)</sup>, con il cliente, principalmente, ma anche con i colleghi e il giudice, e che mira a consolidare queste relazioni secondo il principio della fiducia, la fedeltà sembra avere un significato composito.

L'articolo 10 del codice deontologico forense del 2014 lo illustra così: «L'avvocato deve adempiere fedelmente il mandato ricevuto, svolgendo la propria attività a tutela dell'interesse della parte assistita e nel rispetto del rilievo costituzionale e sociale della difesa». La fedeltà, dunque, riguarda il modo di svolgere ciò che è specifico del ruolo, cioè il mandato ricevuto per la realizzazione del diritto di difesa. In questo senso si parla di «fedele adempimento del mandato» <sup>(11)</sup>, oppure di rappresentazione fedele della parte, o di perseguimento fedele degli interessi della parte. Non si tratta cioè solo di stabilire una certa relazione con il cliente – che piuttosto potrebbe riguardare le esigenze della lealtà – ma di svolgere una attività a tutela della parte in un certo modo: nel rispetto del rilievo costituzionale e sociale della difesa <sup>(12)</sup>. È pro-

<sup>(10)</sup> Dello stesso avviso I. TRUJILLO, *Etica delle professioni legali*, Bologna, 2013, p. 115 ss.; e M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018, p. 754.

<sup>(11)</sup> Cons. naz. for., 15 dicembre 2000, n. 267, sull'infedeltà di chi discute la strategia processuale con altre persone diverse dal cliente.

<sup>(12)</sup> Nella ricostruzione di W.B. WENDEL, *Lawyers and Fidelity to Law*, Princeton, 2010, la *fidelity to law* nel caso degli avvocati riguarda la rappresentazione degli interessi della parte entro i limiti del diritto. Il rispetto per il diritto è a sua volta da fare risalire non già al bene della giustizia, ma alla possibilità, fornita dal diritto, che le persone abbiano a disposizione un modo di organizzare la società che sia espressione del rispetto reciproco, in altre parole, la fedeltà è collegata alla funzione sociale del diritto. Una volta che il diritto c'è, esso opera

prio la congiunzione «e» che lega l'interesse della parte e il rilievo costituzionale e sociale del diritto alla difesa a qualificare il dovere di fedeltà. La fedeltà al cliente si colloca dunque all'interno di un quadro specifico, costituzionale e sociale, ed in questo senso la fedeltà è un concetto complesso che rappresenta però a tutto tondo la funzione forense.

Come è noto, spesso si dà una lettura di questi diversi elementi in chiave oppositiva. In un famoso libretto del 2007, Fulvio Gianaria e Alberto Mittone mettevano in luce la problematicità della figura dell'avvocato, facendo notare come la sua lealtà fosse divisa tra l'esigenza del rispetto delle leggi dello Stato e quella di difendere il cliente <sup>(13)</sup>. A me sembra che l'articolo 10 cod. deont. for. voglia invece dire che la fedeltà al cliente si giustifica «per» rispetto e «nel» rispetto del rilievo costituzionale e sociale del diritto alla difesa. Il tenore dell'articolo 10 sembra infatti puntare non già all'idea di due impegni concorrenti e opposti, ma piuttosto ad un dovere complesso che definisce il ruolo forense (il fedele adempimento del mandato) all'interno di un certo sistema, costituzionale e sociale. L'oggetto del mandato è garantire il diritto costituzionale alla difesa di quel cliente concreto. In esso si possono astrattamente distinguere due dimensioni che però non possono che andare nella stessa direzione: la difesa del cliente concreto e l'attività a garanzia del diritto alla difesa. La fedeltà consiste nell'interpretare la lealtà verso il cliente concreto come manifestazione del dovere di assicurare il diritto alla difesa all'interno di un quadro costituzionalmente determinato e socialmente rilevante.

Quello che lealtà e fedeltà condividono è il richiamo alla promessa come fondamento dell'obbligatorietà. La lealtà muove da una promessa verso il cliente (oppure verso il collega, oppure verso il giudice, verso le istituzioni), mentre la fedeltà si fonda sull'impegno a svolgere quanto richiesto dal ruolo <sup>(14)</sup>. Non bi-

attraverso il meccanismo delle *exclusionary reasons*, cioè indipendentemente dal contenuto ed in forma autoritativa. Nonostante la vicinanza con il mio tema, la differenza tra il suo approccio e il mio è determinato dal ruolo della *rule of law* nella fedeltà.

<sup>(13)</sup> F. GIANARIA, A. MITTONE, *L'avvocato necessario*, Torino, 2007.

<sup>(14)</sup> L'art. 8 della legge n. 247/2012 indica così la formula di impegno solen-

sogna infatti dimenticare che la fedeltà ai ruoli si costruisce sulle fondamenta dell'impegno che tutti i cittadini hanno di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi, di cui all'art. 54 della stessa Carta costituzionale <sup>(15)</sup>. A proposito di questa fedeltà, Gustavo Zagrebelsky osserva che parlare del dovere di essere fedeli alla Repubblica e alla Costituzione è in realtà fuorviante perché tale fedeltà non può che essere il contenuto di un impegno reciproco – il *pactum societatis* – che ognuno fa a tutti gli altri e che dunque trae obbligatorietà da una promessa che ci si scambia vicendevolmente. Questa andrebbe distinta dal dovere di obbedienza alle leggi, che invece si può essere descritto come dovere perché si colloca nella logica del *pactum subiectionis*. Più che di dovere di fedeltà, occorre parlare dell'impegno di essere fedeli, impegno peraltro dovuto ai consociati <sup>(16)</sup>. La fedeltà appare così essere orizzontale e non verticale.

Anche il doppio riferimento alla dimensione costituzionale e sociale dell'articolo 10 cod. deont. for. non è ridondante. Il rilievo costituzionale del diritto alla difesa non va inteso soltanto in modo tecnico – in quanto cioè disciplinato e garantito dalla Costituzione – ma di esso viene affermata anche la rilevanza sociale. Si fa riferimento qui al tema del ruolo sociale dell'avvocatura di cui si è tanto parlato durante il dibattito anteriore alla riforma della legge professionale forense italiana. Allora si usava l'argomento della funzione sociale dell'avvocatura a sostegno della cosiddetta lettura costituzionalista della professione forense, contro le sue declinazioni mercantilistiche. Il ruolo sociale dell'avvocato però non si esaurisce esclusivamente nell'impegno per rendere effettivo l'accesso alla giustizia per tutti indipendentemente dalle loro

ne per gli avvocati che vogliono entrare nel ruolo: «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 dell'ordinamento».

<sup>(15)</sup> Il secondo comma dell'art. 54 Cost. recita poi: «I cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina e onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge».

<sup>(16)</sup> G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti*, Torino, 2005.

condizioni economiche e sociali. La sua rilevanza sociale riguarda soprattutto e precisamente l'importanza della tutela del diritto alla difesa come espressione della dignità e dei diritti delle persone.

Questa lettura della fedeltà credo trovi conferma e ulteriore approfondimento rilevante nel codice deontologico degli avvocati europei. Nel preambolo, esso indica la missione dell'avvocato in questi termini: «In una società fondata sul rispetto della giustizia, l'avvocato interpreta un ruolo eminente. La sua missione non si limita all'esecuzione fedele di un mandato nell'ambito della legge. Nello stato di diritto [in inglese *rule of law*] l'avvocato serve gli interessi della giustizia così come quelli di chi gli/le si affida per far valere e difendere i diritti e le libertà. È dovere dell'avvocato non solo difendere la causa del cliente ma anche essere il suo consulente. La sua missione gli impone una serie di doveri e obblighi, a volte in apparenza contraddittori, verso: il cliente; i tribunali e le altre autorità davanti alle quali l'avvocato assiste o rappresenta il cliente; la professione in generale e ciascun collega in particolare; la società, per la quale una professione libera e indipendente, legata dal rispetto delle regole che essa stessa si è data, è un mezzo essenziale per la salvaguardia dei diritti umani nei confronti dello Stato e degli altri poteri». Il carattere «apparente» del conflitto tra quelle diverse dimensioni si risolve precisamente nell'impegno di fedeltà complesso di cui abbiamo parlato prima. La rilevanza sociale della professione forense è chiara: è a servizio della giustizia e dei diritti e delle libertà.

Se si accorcia la citazione del codice deontologico degli avvocati europei, il preambolo afferma in sostanza due tesi. Da un lato, in relazione all'oggetto della professione, si sostiene che in uno stato di diritto (*rule of law*) l'avvocato serve gli interessi della giustizia e quelli di chi gli/le si affida (difendendone i diritti e le libertà). Dall'altro, il ruolo forense, come professione libera e indipendente, è mezzo essenziale per la salvaguardia dei diritti umani nei confronti dello Stato e degli altri poteri. In altre parole, la professione forense è uno dei presidi dello stato di diritto/*rule of law*, una *rule of law* che è collegata con la salvaguardia dei diritti <sup>(17)</sup>.

<sup>(17)</sup> Quello tra *rule of law* e diritti non è un legame scontato, ma non è questa la sede per discutere questo punto. Come è noto, la possibilità che la *rule of*

Riguardo al cliente concreto, la fedeltà guida il modo di esercitare il mandato per difenderne i diritti. A livello istituzionale, la stessa libertà e indipendenza del professionista gioca un ruolo fondamentale nella tutela dei diritti, contro lo Stato e gli altri poteri. Vorrei soffermarmi ora su questo rapporto tra l'avvocato e la *rule of law* che il codice deontologico degli avvocati europei segnala per dipanare ulteriormente il contenuto della fedeltà. Se convincerà la proposta di radicare la fedeltà dell'avvocato nella *rule of law*, si potrà vedere che questa è la via per ancorare la deontologia ad un principio giuridico, piuttosto che alla moralità generale o personale o all'etica pubblica <sup>(18)</sup>. Si potrà così osservare come la fedeltà miri a tutelare la vera identità della pratica giuridica <sup>(19)</sup>, che si arricchisce del contributo dei diversi ruoli giuridici e che consente di identificare quello che l'avvocato è chiamato a svolgere in tale impresa <sup>(20)</sup>.

*law* sia o meno collegata alla tutela dei diritti ha dato luogo alla distinzione tra concezioni formali e sostanziali della *rule of law*, su cui v. P. CRAIG, *Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework*, in «Public Law», 1997, pp. 467-487, distinzione che ha determinato tutto il dibattito successivo sulla *rule of law*. Resta comunque la constatazione che la tradizione millenaria della *rule of law* sia stata sempre uno strumento di libertà e di liberazione: cfr., per esempio, E. FOX-DECENT, *Is the Rule of Law Really Indifferent to Human Rights?*, in «Law and Philosophy», 2008, vol. 27, pp. 533-581.

<sup>(18)</sup> Quest'ultima ipotesi è motivata dalla particolare vicinanza tra le istituzioni giuridiche e i principi morali del vivere insieme. Nella seconda ondata della *legal ethics* di cui si è dato conto *supra*, nelle note 4 e 12, infatti, il pericolo è che etica professionale ed etica pubblica coincidano. In I. TRUJILLO, *Etica delle professioni legali*, cit., pp. 62-70, si contesta a W.B. WENDEL, *Lawyers and Fidelity to Law*, cit., che il risultato della sua lettura dell'etica professionale dei giuristi sia quello di non poterla distinguere dall'etica pubblica per difetto di specificazione.

<sup>(19)</sup> F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Milano, 1990, p. 170, sulla verità della pratica giuridica sostiene la tesi dell'uso vincolato: «[u]na pratica esiste se è praticata ed ha una determinata identità se in linea generale è governata da determinate finalità che non dipendono dalla libera scelta dei partecipanti», nel senso che tali finalità non sono a loro disposizione, ma impegnano il senso stesso della pratica.

<sup>(20)</sup> Si tratta di un approccio che non ha bisogno di insistere sulla giuridicità della deontologia – su cui non ci sono dubbi – ma che non ne individua la ragione dell'obbligatorietà nell'esplicito collegamento con fonti del diritto ben

3. *Perché la «rule of law».* — Una prima precisazione è doverosa. Ci si può chiedere perché usare l'espressione *rule of law* in inglese, quando la lingua italiana possiede una locuzione pacificamente ritenuta la sua traduzione, cioè stato di diritto. La risposta è che lo stato di diritto è solo una delle forme della *rule of law*. In particolare, lo stato di diritto corrisponde a quella forma che la *rule of law* ha assunto negli ultimi due secoli in un panorama giuridico caratterizzato dal protagonismo dello Stato moderno e dall'esigenza conseguente di limitare i poteri pubblici (tramite soprattutto la separazione dei poteri e il principio di legalità, ma anche grazie alla garanzia dei diritti).

L'equivalenza tra *rule of law* e stato di diritto è però frutto della fallacia che consiste nell'identificazione di un principio con una delle sue specifiche realizzazioni. In altre parole, l'espressione stato di diritto è portatrice della presunzione statalista, cioè della convinzione – negli ultimi due secoli molto diffusa, ma oggi sicuramente in discussione – che il diritto statale sia la forma più compiuta di diritto e che dunque la *rule of law* si applichi in forma preminente se non esclusiva allo Stato. Oggi, alla luce del fenomeno della differenziazione del diritto, si pone il problema dell'estensione della *rule of law* a tutte le forme del diritto <sup>(21)</sup>. L'accenno del preambolo del codice deontologico degli avvocati europei ad altri poteri oltre lo Stato prospetta precisamente l'esigenza di estendere il principio della *rule of law* sia sul fronte delle organizzazioni giuridiche sovranazionali e internazionali, sia su quello dei poteri non pubblici.

Il tema ha oggi particolare rilevanza anche perché la *rule of law* è uno dei valori principali sia della comunità internazionale <sup>(22)</sup>, sia

esplicitate e riconosciute. Si presta bene dunque a rappresentare una buona base per la cultura giuridica e l'etica forense.

<sup>(21)</sup> Sul problema dell'estensione della *rule of law* nel diritto internazionale e nel diritto globale, mi permetto di rinviare a I. TRUJILLO, *Interpretazione del diritto internazionale e rule of law*, in «Ars interpretandi», 2020, n. 1, pp. 35-50.

<sup>(22)</sup> Se ne parla – per il suo legame con la tutela dei diritti – nella Dichiarazione universale del 1948, nei Trattati sui diritti del 1976, nella Convenzione europea dei diritti del 1950. Ma poi la *rule of law* è divenuta l'oggetto diretto di politiche, azioni e finanziamenti da parte delle Nazioni Unite, per esempio nelle risoluzioni *United*

del contesto europeo <sup>(23)</sup>. Spesso il suo contenuto viene presentato nella forma di una *checklist*, detta *laundry list* quando si vuole denigrare il principio <sup>(24)</sup>. Ma per comprendere il legame tra fedeltà e *rule of law* occorre andare più in profondità e arrivare a individuare il nesso che la *rule of law* ha con il concetto stesso di diritto <sup>(25)</sup>.

La supremazia delle regole e la loro applicazione anche a chi tali regole crea in modo che nessuno sia al di sopra del diritto; le caratteristiche delle regole atte a garantire l'eguaglianza senza privilegi e discriminazioni (generalità, chiarezza, pubblicità, coerenza, praticabilità, irretroattività); la loro applicazione imparziale attraverso meccanismi decisionali fondati su giustificazioni trasparenti e controllabili; l'articolazione pubblica di livelli diversi di deliberazione e di corrispettivi meccanismi di responsabilità: tutto ciò non è solo qualcosa che una certa civiltà politica e giuridica ha tramandato come desiderabile, ma è la principale promessa che il diritto fa alla società. Si tratta in sostanza di esercitare un controllo su, e di promuovere rimedi contro, l'arbitrarietà di ogni potere,

*Nations General Assembly* A/RES/2625(XXV) del 24 ottobre 1970, A/RES/55/2 dell'8 settembre 2000 e anche A/RES/67/186 del 20 dicembre 2012.

<sup>(23)</sup> La *European Commission for Democracy Through Law* (cosiddetta *Venice Commission*) ha elaborato una lista di principi e indicatori – una tra le molte possibili *checklist* della *rule of law* – che ne sviluppa i vari aspetti da proporre all'attenzione degli Stati membri: il principio di legalità, inteso come un processo trasparente, responsabile e democratico per la produzione delle leggi; quello della certezza del diritto; il divieto di arbitrarietà; l'accesso alla giustizia dinanzi a tribunali indipendenti e imparziali, compreso il controllo giurisdizionale degli atti amministrativi; il rispetto dei diritti umani; la non discriminazione e l'eguaglianza davanti alla legge. Si veda la *Rule of Law Checklist: adopted by the Venice Commission at its 106th Plenary Session (Venice, 11-12 March 2016)*, CDL-AD(2016)007.

<sup>(24)</sup> L'espressione *laundry list* è di J. WALDRON, *The Rule of Law as an Essentially Contested Concept*, in *The Cambridge Companion to the Rule of Law*, a cura di J. Meierhenrich e M. Loughlin, Cambridge, 2021, pp. 121-136. All'approccio anatomico alla *rule of law*, cioè quello che si concentra nell'elaborazione di liste, è stato contrapposto l'approccio teleologico, che mira allo scopo: cfr. M. KRYGIER, *The Rule of Law: Pasts, Presents and Two Possible Futures*, in «Annual Review of Law and Social Science», 2016, vol. 12, pp. 199-229; le due prospettive non sono escludenti.

<sup>(25)</sup> Si veda N.E. SIMMONDS, *Law as a Moral Idea*, Oxford, 2007; ma prima ancora L.L. FULLER, *La moralità del diritto*, Milano, 1986.

pubblico, privato, economico, sociale o semplicemente posizionale. Questa promessa – diversamente da quanto potrebbe dedursi dal tema classico della superiorità del governo della legge sul governo degli uomini <sup>(26)</sup> – non si avvera meccanicamente, come se la sola esistenza di certi assetti e dispositivi potesse determinare risultati indipendentemente da coloro che li animano. I dispositivi sono importanti, ma la realizzazione della *rule of law* richiede la collaborazione di tutti: non solo degli operatori giuridici, anche se certamente e soprattutto di questi, ognuno con il proprio ruolo, ma coinvolgendo tutti anche come cittadini. Sebbene qui ci interessi particolarmente il ruolo dell'avvocato, è importante che i giuristi – anche gli avvocati – abbiano la consapevolezza che la *rule of law* è un'impresa corale che descrive bene la complessità della pratica giuridica.

La *rule of law* come aspirazione fondamentale del diritto e cuore del contributo degli operatori giuridici offre una chiave riassuntiva di quelli che possono essere ritenuti i canoni non scritti della correttezza professionale. Ad essa si possono fare risalire problematiche relative alla necessità di non alterare il contraddittorio, l'esigenza di evitare il conflitto di interessi anche da parte di colleghi <sup>(27)</sup>, fino alle questioni più delicate del segreto professionale <sup>(28)</sup>. Come anche le questioni relative al dovere di verità, che è volto ad impedire o deviare l'attività difensiva di controparte, e che deve essere compatibile con il diritto alla difesa e non alternativo ad esso (art. 50 del cod. deont. for.). Una ipotesi da verificare sul campo sarebbe proprio se il principio della *rule of law* possa servire come parametro generale per l'orientamento in quei casi non codificati, che pure si presentano nella vita delle professioni.

<sup>(26)</sup> Cfr. J. SEMPILL, *The Rule of Law and the Rule of Men: History, Legacy, Obscurity*, in «Hague Journal on the Rule of Law», 2020, vol. 12, n. 3, pp. 511-540.

<sup>(27)</sup> Cons. naz. for., 8 giugno 2001, n. 117, che riguarda il caso dell'avvocato che assume fittiziamente l'attività di difesa per coprire l'attività svolta da un collega in conflitto di interesse.

<sup>(28)</sup> Si pensi alla vicenda giurisprudenziale relativa agli appartenenti alle forze dell'ordine che richiedono l'iscrizione al Registro dei praticanti avvocati, decisa da Cons. naz. for., 29 dicembre 2021, n. 248.

In ultima istanza, ciò significa riportare le regole della pratica professionale alla logica intrinseca della pratica giuridica.

È rilevante a questo proposito il documento esitato a ottobre 2023 dal *Legal Services Board*, uno degli enti regolatori dei servizi legali in Inghilterra e Galles, in ottemperanza del *Legal Services Act, Section 1(1)(b)* del 2007, che riguarda la promozione del principio costituzionale della *rule of law* <sup>(29)</sup>. Senza nascondere i problemi generali della *rule of law* e soprattutto la difficoltà di individuare un contenuto univoco – difficoltà avviabile da una prospettiva teleologica – l'ente regolatore passa in esame alcune delle problematiche centrali del lavoro dell'avvocato, dall'impegno nel garantire l'accesso alla giustizia alla confidenzialità, dal comportamento durante il processo a quello fuori dai tribunali nell'attività di consulenza, in relazione alle quali gli avvocati hanno modo di esercitare un potere di bilanciamento non solo rispetto al potere dello Stato, ma anche rispetto alle forme di concentrazione dei poteri dei privati, contribuendo così a rafforzare il senso collettivo di fiducia nella società.

4. *La «rule of law» come idea di società.* — Se, sulla base della differenziazione del diritto, si accetta l'idea che la *rule of law* non è solo un principio che riguarda i poteri pubblici, ma un'esigenza generale relativa al modo di strutturare giuridicamente ogni relazione e l'influenza degli uni sugli altri, sia politica o sociale, si comprende meglio la dimensione sociale di cui all'articolo 10 cod. deont. for. sopra commentato. La dimensione costituzionale, come si è detto, riguarda la strutturazione del ruolo forense in un assetto di organi e competenze. Ma la *rule of law* è anche portatrice di un'idea di società <sup>(30)</sup>, cioè essa è un modo di descrivere un ordine sociale equo in cui tutti sono rispettati in quanto eguali, contro le diverse forme di arbitrarietà che possono determinarsi

<sup>(29)</sup> Si tratta di una ricerca dal titolo *What does it mean for Lawyers to uphold the Rule of law? A Report for the Legal Services Board*, a cura di R. Moorhead, S. Vaughan e K. Tsuda, University of Exeter, October 2023.

<sup>(30)</sup> F. VIOLA, *Il Rule of Law come idea di società*, in *Materiali per una cultura della legalità*, a cura di G. Acocella, Torino, 2020, pp. 25-40.

nelle interazioni sociali. A tale fine mirano le istituzioni imprescindibili per la *rule of law*, sia in senso discendente, cioè partendo dalla dimensione verticale del potere, sia in senso ascendente, in particolare nella forma di animazione culturale e sociale che deve alimentare e promuovere la *rule of law*. Non è un caso che questa forma di animazione sia stata descritta come *fidelity to law* <sup>(31)</sup>.

La tesi non è però che occorra aggiungere una dimensione orizzontale a quella verticale o gerarchica tipica di un modo di governare volto a temperare il potere attraverso il diritto <sup>(32)</sup>. Piuttosto, la dimensione verticale – che consente di definire la *rule of law* come strumento di protezione e rimedio contro l'esercizio di potere arbitrario – si spiega grazie a, e dipende da, un modello sociale di relazioni reciproche in cui il fattore umano è decisivo. In questo senso, la protezione e i rimedi della *rule of law* devono riguardare anche l'arbitrarietà orizzontale derivante per esempio dalle diseguaglianze e dalle discriminazioni, così come ogni altra forma di dominazione. Rispetto alle letture liberistiche della *rule of law* <sup>(33)</sup>, è l'eguaglianza in dignità, contraria ad ogni forma di dominazione pubblica o privata, a giustificarne l'esigenza. Ma questo significa anche che ognuno deve rispondere delle proprie azioni e deve chiamare gli altri a rispondere attraverso una partecipazione attiva e responsabile.

In un panorama in cui la *rule of law* non si riduce all'architettura dei poteri statali con i loro pesi e contrappesi, ma richiede una forma di partecipazione, l'avvocato svolge un ruolo da protagonista. Quello che può essere considerato il padre della *rule of law* nel dibattito filosofico-giuridico contemporaneo, Lon L. Fuller, descrive la funzione degli avvocati come gli architetti di un ordine sociale <sup>(34)</sup>. Il compito architettonico consiste nel commisurare le istanze individuali e sociali con lo stile del diritto, che è appunto

<sup>(31)</sup> Da ultimo, v. il bel libro di G.J. POSTEMA, *Law's Rule: the Nature, Value, and Viability of the Rule of Law*, Oxford, 2022.

<sup>(32)</sup> M. KRYGIER, *The Rule of Law*, cit.

<sup>(33)</sup> Cioè quelle per le quali conta soprattutto il divieto di interferenza dei poteri pubblici nella vita dei cittadini: v. F. VON HAYEK, *The Constitution of Liberty*, Chicago, 1976.

<sup>(34)</sup> L.L. FULLER, *The Lawyer as Architect of Social Structure*, in *The Prin-*

la limitazione dell'arbitrarietà tipica della *rule of law*. Quest'ultima è sia il marcatore del diritto – ciò che segnala la sua presenza – sia l'essenza della *forma mentis* del giurista, che deve contribuire a realizzarlo. L'elemento umano è infatti decisivo per l'attuazione della *rule of law*. Parlare di fedeltà significa abbandonare il modello delle sanzioni o dell'auto-obbligazione (che sostanzialmente significa che non si è responsabili di fronte a nessuno, ma solo davanti a sé stessi) e aderire consapevolmente al ruolo, cioè alla funzione specifica che l'avvocato svolge nella lotta contro l'arbitrarietà nei rapporti umani. La fedeltà verso la *rule of law* è una responsabilità per l'intero, ma richiede a ciascuno di fare la propria parte nell'impresa di mantenere o creare quell'equo ordine sociale che il diritto si propone di raggiungere <sup>(35)</sup>, anche oltre i confini della comunità politica.

5. *Conclusioni: cosa richiede l'impegno di fedeltà alla luce della «rule of law»?* — L'impegno di fedeltà richiede agli avvocati di partecipare all'impresa di costruire la *rule of law*. A tal fine è necessario possedere una caratteristica che nella letteratura è stata chiamata «riflessività» <sup>(36)</sup>. Prima ancora di altre qualità morali, la riflessività riguarda la dimensione cognitiva e consiste nel saper fare appello esplicito o implicito alla *rule of law* come ideale regolativo nella pratica del diritto. La riflessività consiste nella capacità di muoversi con flessibilità, consapevolezza del contesto e capacità di innovazione nel dare forma ai rapporti sociali ispirandosi al principio della *rule of law* <sup>(37)</sup>. Contro l'idea che la *rule of law* si

*Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller*, a cura di K.I. Winston, Durham, 1981, p. 269.

<sup>(35)</sup> G.J. POSTEMA, *The Nature, Value, and Viability of the Rule of Law*, cit., p. pp. 68-72.

<sup>(36)</sup> N.E. SIMMONDS, *Reflexivity and the Idea of Law*, in «Jurisprudence», 2010, vol. 1, n. 1, pp. 1-23.

<sup>(37)</sup> A proposito della riflessività o *reflexivity* è stata valorizzata la forza dell'«immaginazione giuridica», un connubio tra cultura giuridica e coscienza giuridica, che si avvicina ad una capacità di bricolage giuridico, necessario soprattutto quando entra in gioco l'elemento internazionale o sovranazionale: v. M. KOSKENNIEMI, *To the Uttermost Parts of the Earth: Legal Imagination and International Power (1300-1870)*, Cambridge, 2021, p. 1.

traduca in una *checklist* di meccanismi e principi, invece, la riflessività richiede creatività, caratteristica particolarmente tipica degli avvocati e di consulenti legali. La vera fedeltà, infatti, non può che essere creativa <sup>(38)</sup>. La fedeltà al diritto è dunque compatibile con la passione per il ruolo e, nel caso degli avvocati, con la massima attenzione alla difesa dell'individuo.

Questa capacità riflessiva è tanto lontana da posizioni astratte e teoriche, quanto da letture formalistiche e manipolative del diritto, come quelle che riducono il diritto a decisione politica o a forza bruta. Il suo opposto è l'atteggiamento eliminativista, cioè la convinzione che si possa praticare il diritto senza un adeguato concetto di ciò che il diritto è e di ciò che mira a realizzare <sup>(39)</sup>. Rientra nell'eliminativismo la tesi secondo cui quello che chiamiamo giuridico non è altro che una decisione di potere camuffata <sup>(40)</sup>, ma anche quella secondo cui non esistono obblighi giuridici perché alla fine tutti gli obblighi sono morali. La prima è una tesi realista o scettica, che riconduce il diritto a decisione di potere di cui la dimensione giuridica non è che una copertura. La seconda è pure una tesi riduzionista, perché non riconosce l'autonomia del diritto rispetto alla morale. Sussiste infatti il pericolo che non si veda alternativa tra i fatti e valori e per sfuggire ai fatti si dia la vittoria ai valori, con la conseguente riduzione degli obblighi giuridici ad obblighi morali. A questa posizione si può controbattere sia difendendo una moralità specifica e propria del diritto – quella dell'aspirazione alla *rule of law* – sia riconoscendo il doppio carattere del diritto, che è contemporaneamente fatto sociale e

<sup>(38)</sup> G. MARCEL, *La fidélité créatrice*, in «Revue Internationale de Philosophie», 1939, vol. 2, n. 5, pp. 90-115.

<sup>(39)</sup> L.A. KORNHAUSER, *Doing Without the Concept of Law*, in «The NYU Law School, Public Law & Legal Theory Research Paper Series journal», *paper* n. 15-33, 3 agosto 2015. Ho ricostruito questa problematica filosofico-giuridica e deontologica in I. TRUJILLO, *Avvocatura, deontologia e concetto di diritto ovvero: perché studiare la deontologia forense fa bene alla filosofia del diritto*, in «Ordines», 2021, pp. 374-377.

<sup>(40)</sup> M. FOUCAULT, *Microfisica del potere*, Torino, 1977.

istituzionale, ma anche fenomeno normativo aspirante a realizzare propri valori, come quello della *rule of law* <sup>(41)</sup>.

Nel caso degli avvocati, la riflessività porta a concepire il sapere giuridico non come una mera competenza teorica o tecnica, ma anche come un'arte in cui la forma da dare ai rapporti è appunto quella del principio della *rule of law*. Non si tratta solo di assorbire e tradurre *inputs* sociali in terminologia giuridica, ma di trovare e creare soluzioni giuridiche giuste alle questioni sollevati dalle persone, senza omologare formalisticamente le diverse istanze, né soccombere alla forza dei poteri non adeguatamente regolati.

La fedeltà è però un impegno, e non solo un sapere. Trattando della virtù della fedeltà, il noto psicologo morale Erik H. Erikson ha segnalato come essa esprima coerenza, accuratezza e affidabilità <sup>(42)</sup>. In generale, la fedeltà consiste in una forma di devozione disciplinata verso certi ruoli e affiliazioni. Essa non è una qualità di giovani e adolescenti, ma si dà ad un certo stadio della maturazione personale, quando l'individuo è arrivato ad identificare e a scegliere i ruoli e le affiliazioni che conferiscono significato alla propria esistenza. Allora, la fedeltà si accompagna ad un senso di irreversibilità storica e segna il modo in cui ogni individuo singolarmente, ma anche ogni generazione, entra nella storia: prendendo una posizione. La fedeltà implica cioè una scelta di campo e dimostra da che parte stiamo. Possiamo concludere che la fedeltà dell'avvocato è una chiamata a stare dalla parte della *rule of law*, cioè del diritto.

<sup>(41)</sup> Di recente, su questo punto, J. DICKSON, *Elucidating Law*, Oxford, 2022, p. 87.

<sup>(42)</sup> E.H. ERIKSON, *Fidelity and Diversity*, in «Daedalus», 1962, vol. 91, pp. 5-27.

## Abstract

Il saggio esplora il concetto di fedeltà dell'avvocato, superando la tradizionale associazione con la morale personale per ancorarlo alla nozione di *rule of law*. Viene evidenziata la complessità del principio di fedeltà, con riferimento sia all'interesse del cliente sia al rilievo costituzionale e sociale del diritto alla difesa. L'autrice ritiene che la fedeltà dell'avvocato debba essere interpretata come una responsabilità collegata alla funzione forense nell'ambito di un sistema giuridico e sociale fondato sulla *rule of law*. In questo contesto, la *rule of law* non si limita allo stato di diritto tradizionale, ma si estende a tutte le forme di diritto, pubbliche e private, come principio universale contro l'arbitrio, a favore dell'eguaglianza e della dignità. La fedeltà, dunque, si configura come un impegno riflessivo e creativo, che richiede all'avvocato di contribuire attivamente alla costruzione e al mantenimento di un ordine sociale equo, tutelando i diritti e le libertà fondamentali.

*The essay examines the concept of the lawyer's fidelity, moving beyond its traditional association with personal morality and anchoring it instead in the notion of the rule of law. It highlights the complexity of the principle of fidelity, considering both the client's interests and the constitutional and social significance of the right of defense. The author argues that a lawyer's fidelity should be understood as a responsibility intrinsically connected to the forensic role within a legal and social system grounded in the rule of law. In this framework, the rule of law is not confined to its traditional meaning as state law but extends to all forms of law, public and private, as a universal principle opposing arbitrariness and promoting equality and dignity. Fidelity, therefore, emerges as a reflective and creative commitment, requiring the lawyer to contribute actively to the construction and maintenance of a just social order, safeguarding fundamental rights and freedoms.*



SILVANA DALLA BONTÀ

*Professoressa ordinaria nell'Università di Trento*

## LA FUNZIONE SOCIALE DELL'AVVOCATO

SOMMARIO: 1. L'avvocato come «φάρμακον» della patologia sociale. – 2. L'avvocato quale figura interstiziale nel «mondo di mezzo» tra «laico» e «giuridico». – 3. La funzione sociale ancipite dell'avvocato: Giano bifronte tra cliente e ordinamento giuridico. – 4. Dallo Stato liberale allo Stato sociale: l'avvocato mediatore di nuove istanze di giustizia, nel processo e nelle sedi istituzionali nomopoietiche. – 5. La (ri)scoperta dell'avvocato quale giurista della cura (preventiva) del conflitto. – 6. L'avvocato e (la cura del)l'interesse dell'assistito. – 7. Lo spunto paneuropeo: i «tria» dell'architettura della giustizia civile secondo le «European Rules of Civil Procedure». – 8. I principi di cooperazione, proporzionalità e soluzione consensuale: una sfida per avvocati, parti e giudici. – 9. La comunicazione efficace: il fondamento della funzione sociale dell'avvocato. – 10. Il conflitto quale emersione di una comunicazione... inefficace. – 11. Il fondamento comune di linguaggio e diritto: l'avvocato quale «interprete» e «traduttore». – 12. La centralità del colloquio avvocato-assistito nella «scoperta» dell'interesse della persona che vive il conflitto. – 13. Le abilità comunicative dell'avvocato nel rapporto con l'assistito: l'anatomia di una comunicazione efficace. – 14. Domande chiuse versus domande aperte: l'emersione di una nuova figura di avvocato. – 15. La comunicazione efficace negli atti giudiziari di parte: l'individuazione del vero interesse dell'assistito quale presupposto per sobrietà e chiarezza nel dialogo processuale. – 16. Lessico e funzione sociale dell'avvocato: dall'approccio egocentrico a quello ontocentrico al conflitto. – 17. L'avvocato e l'«emancipazione dell'assistito»: quando l'autodeterminazione diventa sinonimo di autoresponsabilità. – 18. L'avvocato quale «liberatore» della dimensione relazionale, orizzontale e quindi fiduciaria del diritto.

1. *L'avvocato come «φάρμακον» della patologia sociale.* — Nell'accingersi ad indagare la funzione sociale dell'avvocato il compito da

assolvere pare a chi scrive tradursi in un umile atto: quello di «incorniciare» la tela già finemente dipinta dai contributi che con maestria hanno messo sinora a ritratto l'avvocato e l'etica forense. Che l'avvocato svolga una funzione sociale, infatti, è cifra consustanziale ad attività e professione che egli pratica, come quei contributi hanno restituito con accenti diversi ma complementari, in una sorta di variopinto mosaico.

Colse pertanto nel segno lo storico Francesco Paolo Casavola, già giudice della Corte costituzionale, in un'illuminante relazione dedicata all'avvocato come *leader* sociale <sup>(1)</sup>, laddove egli acutamente evidenzia come il ripercorrere la storia dell'avvocatura non possa ridursi ad una mera rivisitazione di leggi, statuti corporativi, codici deontologici, scuole giuridiche, sistemi giudiziari, ma sia sempre *per se* restituzione di una «storia sociale», ovvero della storia della società <sup>(2)</sup>.

Ciò dipende essenzialmente dal ruolo che l'avvocato è chiamato a svolgere, non a caso accostato – pur nelle differenze – a quello del medico, come già Francesco Carnelutti, con eleganza e vigore, evidenziava in pagine che ragionavano intorno all'etimo della parola «avvocato» – «*advocatus*», ossia «*vocatus ad*»: chiamato a soccorrere <sup>(3)</sup> – e al suo intervento professionale, destinato ad incidere «sulla carne viva» dell'individuo <sup>(4)</sup>.

<sup>(1)</sup> Trattasi della lezione di F.P. CASAVOLA, *L'avvocato come leader sociale*, tenuta in occasione della sua iscrizione, quale socio d'onore, alla Camera degli Avvocati di Napoli il 30 ottobre 2014, pubblicata sul sito <www.cameracivile-napoli.it> e richiamata da G. VERDE, *La funzione sociale dell'avvocato nel tempo presente*, in «Iura & Legal Systems», 2019, p. 19 ss.

<sup>(2)</sup> In questo senso F.P. CASAVOLA, *L'avvocato come leader sociale*, cit., p. 5.

<sup>(3)</sup> Così F. CARNELUTTI, *Le miserie del processo penale*, Venezia, 1957, p. 26, che vede nell'etimo della parola «avvocato» il tratto distintivo della differenza tra prestazione dell'avvocato e del medico: se anche costui è chiamato a soccorrere, soltanto al primo però si dà il nome di «*advocatus*», perché egli «è colui al quale si chiede, in prima linea, la forma essenziale dell'aiuto che è, propriamente, l'amicizia». Allargando lo sguardo al mondo anglosassone, non stupisce pertanto che il termine «*advocacy*» abbia non solo il significato di «patrocinio», «difesa», ma anche di «assistenza» e «sostegno»: così M. SALA, *La cura nella relazione fra avvocato e cliente: la persona al centro*, in *La cura della relazione e la relazione della cura*, a cura di A. Maniaci, Pisa, 2023, p. 145 ss., spec. p. 146.

<sup>(4)</sup> L'efficace espressione viene impiegata da F. CARNELUTTI, *Clinica del diritto*, in «Rivista di diritto processuale», 1935, I, p. 169.

Come il medico è dedito alle patologie del corpo, così l'avvocato si indirizza ai problemi di patologia sociale, e in particolare di patologia del rapporto personale, in quanto egli interviene sulla «salute» delle relazioni tra persone, e cioè fra componenti della struttura sociale <sup>(5)</sup>. L'avvocato ne è quindi un patologo e il suo intervento, come quello del medico, è «farmaco» – parola, questa, scelta con intenzione, in ragione del significato che il suo etimo greco, «φάρμακον», quale *vox media*, ci consegna: quello di «medicamento/rimedio» o, all'opposto, «veleno» <sup>(6)</sup>. L'intervento dell'avvocato sul conflitto, infatti, può, a seconda di come inteso e praticato, curarlo o acuirlo <sup>(7)</sup>.

<sup>(5)</sup> Così G. COSÌ, *Professionalità e personalità: riflessioni sul ruolo dell'avvocato nella società contemporanea*, in «Sociologia del diritto», 1985, p. 63 ss., spec. p. 64; nonché ID., *L'avvocato e il suo cliente: appunti storici e sociologici sulla professione legale*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1986, p. 3 ss., spec. pp. 66-67.

<sup>(6)</sup> Chi scrive ricorreva a questa immagine in S. DALLA BONTÀ, *La cura delle parole tra processo e metodi consensuali: per una gestione responsabile del conflitto*, in «Giustizia consensuale», 2024, p. 281 ss., spec. p. 287.

<sup>(7)</sup> Per queste opposte visioni di campo v., efficacemente, J. MACFARLANE, *The New Lawyer*, 2<sup>a</sup> ed., New York, Vancouver-Toronto, 2017, cap. 5, *The New Advocacy*; nonché, in un'interessante lettura «relazionale» del conflitto, v. R.A.B. BUSH, J.P. FOLGER, *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict*, San Francisco, 2005, p. 45 ss., spec. p. 53 ss., secondo cui ciò che maggiormente segna le parti che vivono il conflitto è il disagio che esso provoca loro nel rapporto con se stessi e con gli altri, ed in particolare il senso di alienazione rispetto alla percezione di forza che in situazioni non-conflittuali esse hanno di sé e rispetto al legame con gli altri. Di qui, la convinzione per cui le parti, in tale circostanza, possono essere messe nelle condizioni di superare quel circolo vizioso di progressivo auto-indebolimento (*disempowerment*) e reciproca demonizzazione (*demonization*), grazie al sostegno (*support*) e non alla sostituzione (*supplant*), che ricevono dal professionista. In questo modo, esse stesse riuscirebbero ad invertire la spirale negativa provocata dal conflitto in spirale positiva, tramite il riconoscimento della propria e dell'altrui posizione e la riappropriazione della consapevolezza di sé e della propria forza, intesa come potere/capacità di gestire il conflitto.

2. *L'avvocato quale figura interstiziale nel «mondo di mezzo» tra «laico» e «giuridico».* — L'avvocato, similmente al medico, è figura professionale interstiziale, come direbbe il filosofo Giovanni Cosi<sup>(8)</sup>; professionista, cioè, che si colloca tra il singolo e gli strumenti idonei a far valere le istanze di giustizia dell'individuo con produzione di effetti nella società e nell'ordinamento giuridico. L'avvocato rappresenta infatti – in particolare a seguito della nascita degli Stati-nazione fondati sul positivismo giuridico<sup>(9)</sup> – il tecnico che conosce le leggi; è capace di darne corretta lettura ed applicazione; è in possesso di quello specifico bagaglio di conoscenze giuridiche che gli consente di utilizzare nel migliore dei modi gli strumenti legali in vigore; e che è pertanto in grado, ove necessario, di interloquire con il giudice-funzionario (quanto meno nei sistemi euro-continentali) chiamato a dare applicazione coattiva alla legge<sup>(10)</sup>.

In questo senso, fascinoso è l'accostamento che sempre Giovanni Cosi propone tra la figura dell'avvocato – nel suo rappor-

<sup>(8)</sup> A riguardo, v. G. COSI, *L'avvocato e il suo cliente*, cit., p. 60, laddove riprende le riflessioni di T. PARSONS, *Sociologist look at the Legal Profession*, in ID., *Essays in Sociological Theory*, New York, 1954, p. 375.

<sup>(9)</sup> Per un approfondimento sul punto, v. G. VERDE, *La funzione sociale dell'avvocato nel tempo presente*, cit., pp. 21-22, che rammenta come funzione e ruolo dell'avvocato, così come li intendiamo oggi, si delineano nell'epoca in cui gli Stati affermano la loro sovranità e il diritto, laddove, prima del loro avvento, il diritto era invece un diritto «senza Stato», come direbbe P. GROSSI, *Un diritto senza Stato (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 1996, vol. XXV, p. 267 ss.: se prima di quel momento, infatti, il difensore contribuiva ad individuare la giusta regola del caso nel processo sulla base del precedente quale consolidatosi nel corso dell'esperienza grazie all'apporto dei «dottori», con l'avvento degli Stati-nazione e del positivismo giuridico, egli diventa un professionista cui si chiede – quantomeno negli ordinamenti euro-continentali – la conoscenza delle leggi nazionali e la capacità di darne corretta lettura.

<sup>(10)</sup> Sul punto, ancora, G. VERDE, *La funzione sociale dell'avvocato nel tempo presente*, cit., p. 23, che nel ricondurre l'emersione dell'avvocato quale «tecnico» all'imporsi della sovranità degli Stati-nazione e del giuspositivismo, evidenzia come, negli ordinamenti euro-continentali, quegli si trovi peraltro a svolgere il suo ruolo di fronte ad un giudice-funzionario investito di autorità, rispetto al quale egli si trova fatalmente in posizione ancillare.

to bifronte tra individuo e sfera/autorità giuridico-statuale – e lo sciamano – quale rappresentante ed intercessore della comunità presso la divinità, preclusa alla gente comune, ma non a lui, in quanto soggetto appartenente al contempo al mondo degli uomini e a quello degli dèi, con cui è in grado di comunicare grazie al suo essere del «mondo di mezzo» <sup>(11)</sup>.

Non v'è dubbio che un tale accostamento finisca in parte per perdere la sua forza nei tempi correnti, alla luce della pervasiva diffusione delle tecnologie, ed in particolare dell'accesso generalizzato a internet, grazie a cui anche il «laico» può agevolmente avere ingresso al «tempio», ossia raccogliere quelle informazioni tecnico-giuridiche un tempo del tutto precluse al «profano» <sup>(12)</sup>; con il che il «laico» perde via via la sua connotazione *naïf* <sup>(13)</sup>, tipica di un rapporto avvocato-cliente segnato dalla mistica della delega professionale paternalisticamente connotata <sup>(14)</sup>.

<sup>(11)</sup> Così G. COSI, *L'avvocato e il suo cliente*, cit., p. 61.

<sup>(12)</sup> Rivelatrice l'affermazione per cui «*Google is my lawyer*», raccolta tra i «profani» in uno studio empirico condotto, nel contesto anglo-americano, da J. MACFARLANE, *The National Self-Represented Litigants Project: Identifying and Meeting the Needs of Self-Represented Litigants. Final Report*, maggio 2013, reperibile in <scholar.uwindsor.ca>, p. 35. Si parla così di «*legal consumers*»: per un approfondimento a riguardo v., *si vis*, S. DALLA BONTÀ, *Il giurista-avvocato alla prova del comunicare, mediare e negoziare in rete nella soluzione del contenzioso civile*, in *Comunicare, negoziare e mediare in rete*, a cura di S. Dalla Bontà, Trento, 2021, p. 153 ss., spec. p. 166.

<sup>(13)</sup> Sul tradizionale rapporto avvocato-cliente secondo il c.d. *lawyer-in-charge model*, segnato dall'affidamento *in toto* del cliente all'avvocato («*trust-me detachment*»), cui il primo «rimette» tutta la gestione e soluzione della causa («*just leave to me*», «*I'll take care of it*»), v. J. MACFARLANE, *The New Lawyer*, cit., cap. 3, § *Dispute Ownership*; nonché capitolo 5, § *Client Autonomy and Lawyer Direction*.

<sup>(14)</sup> Sull'emancipazione dalla mistica della delega professionale dell'avvocato, v. C. MORDIGLIA, *Il cambio di paradigma*, in *La Pratica Collaborativa: tra teoria e prassi*, a cura di M. Sala e C. Menichino, Torino, 2017, p. 127 ss., spec. p. 128; nonché ID., *The New Lawyer*, cit., cap. 1, § *The Evolution of the New Lawyer*, che mette in risalto come «*the empowered twenty-first-century legal consumer directly challenges the ingrained paternalism of the profession*». In generale, sul fenomeno della crisi della mistica delle delega professionale, v. D.A. SCHÖN, *The Reflective Practitioner*, New York, 1983, p. 3 ss.

Non può tuttavia negarsi che pur con inevitabili temperamenti e distinguo, l'evocativo accostamento – avvocato/sciamano – mantenga ancor'oggi una sua ragion d'essere, che trova peraltro riscontro nell'imperitura immagine (letteraria, ma talmente classica da essere entrata nel gergo comune) dell'avvocato-Azzeccagarbugli, laddove il nomignolo di manzoniano conio vuole innanzitutto indicare la capacità e funzione (sociale) dell'avvocato di trovare il bandolo nell'ipertrofia normativa, che, come all'epoca della grida spagnole, segna il nostro tempo <sup>(15)</sup>.

3. *La funzione sociale ancipite dell'avvocato: Giano bifronte tra cliente e ordinamento giuridico.* — La natura interstiziale della posizione professionale dell'avvocato si coglie anche nel suo essere Giano bifronte – e di qui la sua asserita «ambiguità» <sup>(16)</sup> – con un volto indirizzato, da un lato, al suo assistito, in un rapporto di fiducia e lealtà che i codici deontologici hanno positivizzato in dovere e che è peraltro la base del miglior espletamento della sua professione <sup>(17)</sup> – senza fiducia del proprio cliente-assistito, l'avvocato non può raccogliere ciò che più gli serve per adempiere al suo mandato:

<sup>(15)</sup> Lo mette in luce F.P. CASAVOLA, *L'avvocato come leader sociale*, cit., pp. 4-5, che acutamente rileva come nel romanzo manzoniano de *I Promessi sposi*, il nomignolo dato all'avvocato «dalla gente comune e umile cui apparteneva Renzo Tramaglino doveva corrispondere alla funzione che se ne attendeva, cioè di districarsi tra le innumerevoli disposizioni delle grida emanate dai governatori spagnoli della Lombardia dell'epoca, e poi consigliare un rimedio a chi andasse e consultarlo».

<sup>(16)</sup> Così, da ultimo, M. BINA, *La felicità dell'avvocato: diritto forense e processo civile*, Torino, 2024, p. 22 ss., richiamando il dovere dell'avvocato di «doppia fedeltà» al cliente e all'ordinamento.

<sup>(17)</sup> Ricostruisce *ratio* e genesi dei codici deontologici forensi G. COSÌ, *L'avvocato e il suo cliente*, cit., p. 42: con la loro adozione, gli avvocati «concludono un affare» con la società, in cui l'autonomia dal controllo e la tutela dalla concorrenza dei profani, una remunerazione e una posizione sociali adeguate, vengono scambiate con l'impegno ad un auto-controllo individuale e collettivo volto a tutelare gli interessi sia dei clienti che del resto della comunità. Questo auto-controllo si fonda su un forte rispetto individuale delle norme e dei valori che guidano il lavoro professionale, e sull'organizzazione dei professionisti come gruppo ordinato».

le informazioni <sup>(18)</sup>; e con l'altro volto, diretto all'ordinamento, e quindi alla società, in quanto l'avvocato, come il codice deontologico prevede, è chiamato a garantirne il buon funzionamento <sup>(19)</sup>.

Una posizione interstiziale, quella dell'avvocato, che si risolve in concreto in un delicato equilibrio <sup>(20)</sup>, da cui nasce la convin-

<sup>(18)</sup> Discorre dell'avvocato come di «*gatekeeper* delle informazioni del cliente», M. BINA, *La felicità dell'avvocato*, cit., p. 231 ss.; sulla centralità della raccolta delle informazioni in vista della gestione del conflitto/contenzioso suole ripetersi, infatti, che «*litigation depends on information*» (così nell'ordinamento statunitense, G. HUGHES, *Administrative Subpoenas and the Grand Jury: Converging Streams of Criminal and Civil Compulsory Process*, in «*Vanderbilt Law Review*», 1994, vol. 47, p. 573 ss., spec. p. 574) e che «*Informationsgewinnung ist der Kernstück des Prozesses*» (così nell'ordinamento tedesco, N. FREUDENTHAL, *Die sekundäre Behauptungslast*, Hamburg, 2008, p. 1). Nell'ordinamento italiano sulla crucialità del reperimento di informazioni onde evitare distorsive asimmetrie informative, v. M. GRADI, *L'obbligo di verità*, Torino, 2018, p. 82 ss.; e, *si vis*, S. DALLA BONTÀ, *L'introduzione della causa tra sostanziazione e individuazione: premesse teorico-ricostruttive*, Napoli, 2018, p. 221 ss.; la medesima centralità rivestono le informazioni anche in vista del ricorso a vie a-giurisdizionali di soluzione del conflitto, come quella negoziale o mediativa: a riguardo si consenta rinvio a S. DALLA BONTÀ, *Per un'efficace gestione del tavolo di mediazione: la preparazione di parte e avvocato*, in *Le parti in mediazione: strumenti e tecniche. Dall'esperienza pratica alla costruzione di un metodo*, a cura di S. Dalla Bontà, Trento, 2020, p. 13 ss.

<sup>(19)</sup> Illuminante il testo dell'art. 1 cod. deont. for., che al suo secondo comma sancisce che «[l]'avvocato, nell'esercizio del suo ministero, vigila 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». A riguardo, v. R. DANOVI, *Il nuovo codice deontologico forense: commentario*, Milano, 2014, pp. 83 ss. e 113 ss.; nonché, in un'attenta panoramica anche di raffronto con l'ordinamento statunitense, G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal ethics: a comparative study*, Stanford, 2004, nella trad. it., *Etiche della professione legale*, Bologna, 2005, p. 310 ss., che richiamano, in generale, il dovere dell'avvocato di rispettare la legge e la responsabilità dell'avvocato nei confronti dell'ordinamento giuridico. Inquadra l'avvocatura addirittura quale elemento dell'ordinamento giudiziario, P. CALAMANDREI, *L'avvocatura e la riforma del processo civile*, in «*Studi senesi*», 1920, vol. 35, p. 165 ss., ripubblicata in ID., *Opere giuridiche*, vol. II, Napoli, 1966, p. 31 ss.

<sup>(20)</sup> Lo denuncia G. COSÌ, *L'avvocato e il suo cliente*, cit., pp. 43-44, che sot-

zione, espressa magistralmente da Francesco Paolo Casavola, che l'avvocato rappresenti un *leader* sociale <sup>(21)</sup>.

4. *Dallo Stato liberale allo Stato sociale: l'avvocato mediatore di nuove istanze di giustizia, nel processo e nelle sedi istituzionali nomopoietiche.* – Così è stato per l'avvocato a partire dall'affermazione dello Stato liberale, e poi con l'introduzione, grazie all'adozione delle Costituzioni del secondo dopoguerra, dello Stato sociale.

Se nello Stato liberale, infatti, l'avvocato ha rappresentato il professionista indispensabile per quel «lotta per il tuo diritto!» esaltato nel processo da Rudolf von Jhering <sup>(22)</sup>, alla volta della nascita dello Stato sociale egli è divenuto catalizzatore e strumento di avanzamento di bisogni, esigenze, interessi, pretese, ancora inesprese nel dato positivo, ma che, alla luce delle previsioni costituzionali, urgevano di essere riconosciute dall'ordinamento quali diritti <sup>(23)</sup>.

tolinea come la posizione interstiziale dell'avvocato è segnata da una «tensione» maggiore di quella che connota altre figure professionali anch'esse interstiziali, come quella del medico: la lealtà del difensore e la sua partigianeria nella lite si rinforzano l'un l'altra, con la conseguenza che queste possono entrare in conflitto con le obbligazioni dell'avvocato che trascendono il suo stretto rapporto con il cliente e sono «di vitale importanza per le istituzioni giudiziarie».

<sup>(21)</sup> «Altra immagine non proietta di sé il nuovo avvocato che quello di un *leader* sociale. Deve, valutando e componendo le ragioni delle parti, ponderarne la ricaduta sulla vita della comunità»: così F.P. CASAVOLA, *L'avvocato come leader sociale*, cit., p. 7.

<sup>(22)</sup> Il riferimento è qui agli ordinamenti della tradizione giuridica euro-continentale che più di quelli di *common law* hanno esaltato l'ideale della «lotta per il proprio diritto» (il famoso motto di Rudolf von Jhering: *Kampf um's Recht*) nella sede processuale, in una visione che ha posto al centro – e in posizione sovraordinata – lo Stato, quindi la sua funzione giurisdizionale: così M. CAPPELLETTI, *Alternative Dispute Resolution Process within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, in «Modern Law Review», 1993, vol. 56, p. 282 ss., prec. p. 287.

<sup>(23)</sup> Decisivo in questo *milieu* culturale, proteso a adeguare l'«esistente» al nuovo assetto costituzionale e al suo impianto sociale, fu l'incidenza del c.d. *Florence Project*, promosso, coordinato e sospinto, con forza «visionaria», dal 1978 al 1979, da Mauro Cappelletti, di cui egli stesso, unitamente ai suoi illustri

In quel frangente storico e culturale, la connotazione di *leader* sociale dell'avvocato si è colta in particolare nella sua funzione di mediatore di quelle nuove istanze presso i giudici, così come di promotore di riforme nelle sedi istituzionali nomopoietiche, in vista di un'estensione dei diritti riconosciuti, in un'opera di pieno compimento dei dettami della Costituzione come delle Carte sovranazionali dei diritti fondamentali <sup>(24)</sup>.

In questo ruolo di difesa della legalità e dei diritti, vecchi e nuovi, l'avvocatura ha contribuito (e contribuisce tutt'ora) non solo alla tutela dei valori costituzionali, ma anche al loro sviluppo nelle sue ricadute concrete. D'altronde, solo ove l'avvocatura è forte, forte è anche la società; mentre ove l'avvocatura è debole, debole lo è anche la società, come tristemente mostrano le realtà giuridiche e sociali in cui gli avvocati sono sotto minaccia, anche nella loro indipendenza <sup>(25)</sup>.

Lo evidenziava magistralmente Piero Calamandrei, secondo cui «solo là dove gli avvocati sono indipendenti, i giudici possono essere imparziali; solo là dove gli avvocati sono rispettati, sono onorati i giudici; e dove si scredita l'avvocatura, colpita per prima è la dignità dei magistrati, e resa assai più difficile ed angosciata la loro missione di giustizia» <sup>(26)</sup>. Se l'avvocato, infatti, è utile al

allievi, dà conto, *inter alia*, in M. CAPPELLETTI, B. GARTH, *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report*, in *Access to Justice*, vol. I, 1, pp. 1 ss., 49 ss. e 54 ss.; EID., *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*, in «Buffalo Law Review», 1978, vol. 27, p. 181 ss., spec. p. 209 ss.; nonché M. CAPPELLETTI, B. GARTH, N. TROCKER, *Access to Justice: Variations and Continuity of a World-Wide Movement*, in «Rabels Zeitschrift», 1982, p. 664 ss.

<sup>(24)</sup> A riguardo, v. G. VERDE, *La funzione sociale dell'avvocato nel tempo presente*, cit., p. 22 ss., che sottolinea il mutamento di ruolo dell'avvocato con l'avvento dell'epoca dei diritti fondamentali: non più richiesto soltanto di «una adeguata e consapevole difesa tecnica», egli «è chiamato a concorrere ad un processo evolutivo che segna o può segnare tappe nel progresso civile del Paese».

<sup>(25)</sup> Così, incisivamente, ancora G. VERDE, *La funzione sociale dell'avvocato nel tempo presente*, cit., p. 24, secondo cui «dove non c'è avvocatura o dove non c'è una forte avvocatura, lì non risiedono né libertà né democrazia».

<sup>(26)</sup> In questi lapidari termini, P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da*

cliente per far valere le sue ragioni, diceva il maestro, utile lo è anche «ai giudici per aiutarli a decidere secondo giustizia»<sup>(27)</sup>. Ché senza avvocati e il contraddittorio «producente» che costoro sono in grado di garantire con la loro competenza, non si dà Stato di diritto<sup>(28)</sup>.

*un avvocato*, 3<sup>a</sup> ed., 1954, riprodotta, con introduzione di P. Barile, in edizione digitale, Milano, 2014, pp. 31-32, nel ritenere che, proprio per questo, «dovrebbero essere i giudici i più strenui difensori dell'avvocatura».

<sup>(27)</sup> Così, nel rispondere all'interrogativo su chi sia un «grande avvocato», P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 132.

<sup>(28)</sup> La felice espressione di contraddittorio «producente» è mutuata da C. CONSOLO, *Sobrietà e concisione negli atti di parte e nella motivazione delle sentenze di legittimità*, in *La sintesi negli atti giuridici*, a cura di G. Conte e F. Di Marzio, Milano, 2018, p. 73 ss., spec. p. 74. Come ricorda G. COSÌ, *L'avvocato e il suo cliente*, cit., pp. 44 e 65, è d'altronde «la coppia contrastante di difensori» ad aprire la strada al «diritto “migliore possibile” per la circostanza»; questo perché «lasciando che le parti avverse si scontrino», si raccolgono «idealmente dalla contesa i vantaggi delle opposte raffigurazioni tecniche», evitandosi insieme «gli svantaggi della partigianeria integrale»: l'avvocato di ciascuna delle parti contrapposte è dunque un «giurista a metà», tuttavia «indispensabile alla formazione della giustizia «intera» che dovrà operare nel caso concreto». Ciò non toglie però che, per aversi il contraddittorio più «producente», questo debba «appoggiare su un minimo di lealtà e di impegno del consulente di parte verso le istituzioni dell'amministrazione della giustizia». Emerge, in questo, ancora una volta, la posizione interstiziale dell'avvocato, che può assolvere appieno il suo mandato (solo) nell'osservanza dei suoi doveri deontologici, come ben mette in luce, da ultimo, M. GRADI, *Il processo come dialogo*, in «Giustizia consensuale», 2024, p. 35 ss., secondo cui l'obiettivo di una soluzione «giusta» del conflitto è «possibile soltanto con il contributo dei protagonisti al centro della scena, ossia delle parti e degli avvocati che, con le loro scelte, influenzano inevitabilmente il corso del processo: occorre allora valorizzare l'etica processuale come strumento di effettività della tutela giurisdizionale»; e questo ancorché il processo consista in «un *dialogo conflittuale*, perché le parti perseguono risultati fra loro inconciliabili». Ciò non toglie, infatti, che anche in tale tipo di dialogo, in cui si discute in contrapposizione l'uno con l'altro in merito alle rispettive pretese giuridiche – si parla «*con l'altra parte*», e non «*all'altra parte*», come accade, invece, nel «*dialogo cooperativo*» che segna i metodi autonomi e consensuali di soluzione del conflitto – «[o]ccorre prendere atto che l'altro esiste, che l'altro ha qualcosa da dire; e allo stesso tempo si ha la pretesa di essere ascoltati dal giudice, di trovare nella sentenza la giusta considerazione delle proprie ragioni».

5. *La (ri)scoperta dell'avvocato quale giurista della cura (preventiva) del conflitto.* — Non solo nel compito essenziale sinora descritto si coglie il ruolo di *leader* sociale dell'avvocato. La sua posizione interstiziale tra soggetto «laico» e società/ordinamento, infatti, gli assegna altri compiti – e doveri deontologici – che lo rendono *leader* sociale. Questi gemmano tutti da quello primario di indicare al proprio assistito i mezzi giuridicamente leciti per realizzare i suoi interessi e di mettere questi mezzi al suo servizio, grazie alla propria competenza tecnico-legale <sup>(29)</sup>.

È qui che emerge in tutta la sua forza la funzione di informazione, consulenza, prognosi dell'avvocato <sup>(30)</sup>; una funzione che potremmo definire «preventiva» dell'esacerbazione della conflittualità, in un felice accostamento con la medicina preventiva della patologia <sup>(31)</sup>. Una funzione della professione forense che si affianca a quella dell'avvocato nel processo – nella sede giurisdizionale, innanzi ai giudici – ma che è a questa strettamente collegata <sup>(32)</sup>: la funzione svolta dall'avvocato prima del, o meglio fuori

<sup>(29)</sup> In questo senso, centrale è il dovere di informativa dell'avvocato di cui all'art. 27 cod. deont. for.; nel raccogliere la narrazione dell'assistito, infatti, egli è tenuto a prospettargli «le iniziative e ipotesi di soluzione» (primo comma, ult. parte, dell'art. 27 cit.). Sul punto, v. R. DANOVÌ, *Il nuovo codice deontologico forense*, cit., sub art. 27, p. 188 ss.

<sup>(30)</sup> Nel riecheggiare i compiti di *cavere* e *consulere* del giureconsulto romano, sono queste le funzioni esaltate dal c.d. *Preventive Law*, concepito e promosso da L. BROWN, *Preventive Law*, Prentice Hall, 1950; e ID., *Preventive Law and Legal Assistant*, in «Vanderbilt Law Review», 1971, vol. 24, p. 1181, che rimarcava l'importanza di rivolgersi all'avvocato quando ancora si è «*legally healthy*», ovvero non solo quando il processo è ancora da instaurarsi, ma addirittura prima che la lite giuridica sorga.

<sup>(31)</sup> G. COSÌ, *L'avvocato e il suo cliente*, cit., p. 70, parla in questo senso dell'avvocato come «giurista “della prevenzione”», che oltre a prevenire la lite dovrebbe peraltro «continuare a seguire il rapporto o almeno il suo cliente lungo gli anni, un po' come il medico di famiglia che non si limita a intervenire sul caso patologico per poi scomparire». Per un serrato raffronto tra avvocato e medico della prevenzione, anziché (solo) della patologia, v. C. MENICHINO, *Prevenzione dei conflitti e relazione professionale*, in *La cura della relazione e la relazione della cura*, a cura di A. Maniaci, cit., p. 122 ss.

<sup>(32)</sup> Così J. MACFARLANE, *The New Lawyer*, cit., cap. 1, § *Rethinking Practice Habits*, che avverte contro quell'erronea lettura del c.d. *paradigm shift* nel

dal processo, intesa a prevenire, nell'interesse del cliente, l'acuirsi del conflitto e la sua degenerazione in lite.

Chiaro è come anche sotto questo profilo si colga il ruolo interstiziale dell'avvocato, con un volto diretto al soggetto che egli assiste – e di cui tutela l'interesse, ove questo sia meglio assicurato e massimizzato senza il ricorso alla giurisdizione <sup>(33)</sup> – e con l'altro volto indirizzato all'ordinamento-società – che dalla *descalation* della conflittualità ne guadagna in resilienza e coesione sociale <sup>(34)</sup>, nonché in impiego «sostenibile», e quindi proporzionato, della preziosa, e quindi scarsa, risorsa giurisdizionale <sup>(35)</sup>.

vivere e praticare la professione dell'avvocato secondo cui questo cambiamento comporterebbe «*the elimination of the old paradigm (characterized by the old lawyer) and its replacement with a new one (the new lawyer)*». In questo mutamento di paradigma, infatti, la tradizionale attenzione dell'avvocato alla dimensione processuale si arricchirebbe di quella per la fase a-giurisdizionale, senza che ciò significhi «distruzione del passato né una de- e ri-costruzione da zero»: v. S. DALLA BONTÀ, *Il giurista-avvocato alla prova del comunicare, mediare e negoziare in rete*, cit., p. 170.

<sup>(33)</sup> Sulla minore «estensione» dei diritti rispetto alle utilità cristallizzate dalla norma generale ed astratta, v. N. TROCKER, *La Direttiva CE 2008/52 in materia di mediazione: una scelta per il rinnovamento della giustizia civile in Europa*, in *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, a cura di N. Trocker e A. De Luca, Firenze, 2011, p. 159 ss., spec. pp. 160-161.

<sup>(34)</sup> Insiste sulla resilienza e coesione sociale quale portato di una gestione responsabile del conflitto che muova e passi da un'esaltazione delle risorse delle parti che lo vivono in vista della loro soluzione, P. LUCARELLI, *Mediazione dei conflitti: una spinta generosa verso il cambiamento*, in «Giustizia consensuale», 2021, p. 15 ss., prec. p. 21 ss., che richiama la nozione di coesione sociale di E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, 1893, secondo cui questa consiste nel senso di appartenenza dei singoli alla comunità attraverso il coinvolgimento dei primi nella vita delle istituzioni grazie al contributo che tutti possono portare affinché esse godano di una gestione ottimale.

<sup>(35)</sup> A riguardo, incisivamente, ancora, P. LUCARELLI, *Un altro concetto di sostenibilità*, in *Giustizia sostenibile*, a cura di P. Lucarelli, Firenze, 2023, p. 17 ss., spec. p. 20 ss., che muovendo dal concetto di «*sustainability*» elaborato nell'ambito degli studi sul c.d. sviluppo sostenibile secondo cui «*[s]ustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs*», evidenzia come la giustizia giurisdizionale sia bene indispensabile e comune, scarso e prezioso «come l'acqua di cui tutti abbiamo bisogno per vivere», con la con-

È questa, invero, una rappresentazione della funzione (interstiziale) dell'avvocato che ha (ri)trovato valorizzazione in tempi recenti <sup>(36)</sup>.

Se, come visto, infatti, negli anni successivi al secondo dopoguerra la natura sociale dello Stato – e delle Costituzioni che lo reggevano – esaltarono il ruolo dell'avvocato in vista e nella cornice della tutela giurisdizionale, è con la fine del secolo scorso e l'avvento di quello corrente che la prospettiva è parzialmente mutata <sup>(37)</sup>.

L'affermazione del principio di autodeterminazione degli individui; la crisi dell'istituzione-Stato e della sua ipertrofica ma al contempo costantemente lacunosa legislazione; il crescente rifiuto dei singoli all'obbedienza a regole eterodeterminate <sup>(38)</sup>, hanno indotto in misura crescente, a ripensare la tradizionale visione

sequenza che «gli operatori e tutti coloro che si servono di tale servizio devono essere preparati affinché non si produca lo spreco di questa risorsa indispensabile per il benessere di tutti, oggi e domani, ma anzi si agisca per potenziarne il valore e il relativo riconoscimento sociale».

<sup>(36)</sup> Sottolinea accortamente E. RESTA, *Giudicare, conciliare, mediare*, in «Politica del diritto», 1999, p. 541 ss., spec. p. 544, che sino a tempi recenti si è assistito ad «un processo di forte sbilanciamento della nostra cultura – giuridica, politica, istituzionale, sociale – verso i “rimedi”; e tale sbilanciamento è tanto forte da far dimenticare totalmente la natura, la forma, la struttura, la cultura dei conflitti».

<sup>(37)</sup> Si tratta degli effetti della c.d. terza ondata dell'*Access-to-Justice Movement*, nell'alveo del citato *Florence Project*, ondata di cui, con uno sguardo per così dire retrospettivo, dà conto lo stesso M. CAPPELLETTI, *Alternative Dispute Resolution Process within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, cit., p. 282 ss., in cui egli forgia la suggestiva espressione, rimasta poi classica, di «*co-existential justice*», intesa quale giustizia che i metodi di soluzione del conflitto, diversi dal processo avanti al giudice statale, sarebbero in grado di offrire ai litiganti, permettendo loro di ricucire il rapporto increspato dalla conflittualità per trovare un modo per proseguire la relazione trasformata, secondo la regola di condotta vincolante per il futuro che le parti stesse hanno indicato come disciplina della loro successiva «co-esistenza».

<sup>(38)</sup> V. a riguardo le acute riflessioni di M.R. FERRARESE, *Formante giudiziario e mediazione: confluenze e differenze*, in *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, a cura di N. Trocker e A. De Luca, cit., p. 1 ss., spec. p. 8 ss.; nonché E. RESTA, *Giudicare, conciliare, mediare*, cit., pp. 542-543.

giurisdizione-centrica <sup>(39)</sup>. Ne è conseguita la progressiva valorizzazione del ruolo dell'avvocato quale professionista della cura (preventiva) del conflitto, sì che questo non degeneri in lite che confluisce nel processo <sup>(40)</sup>.

Nel recuperare la funzione dell'avvocato quale professionista della tutela dell'interesse dell'assistito ben più ampio della sua pretesa giuridica – il *consulere* di romanistica tradizione <sup>(41)</sup> – si è avvertita e si avverte così la crescente esigenza di superare la c.d. cultura della sentenza, fondata su quella tradizionale inclinazione dei soggetti coinvolti nel conflitto a togliersi l'un l'altro la parola per passarla ai rispettivi avvocati <sup>(42)</sup>. Si percepisce, cioè, la necessità di abbandonare quell'automatismo per cui, una volta nato il conflitto, come ben dice il filosofo Giovanni Cossi, «neppure le nostre parole si devono toccare; si toccheranno quelle dei nostri avvocati, quasi come “mani” metalliche che servono per manipolare oggetti in ambienti sterili ed ermetici». Anche se poi accade

<sup>(39)</sup> Chi scrive discorreva del superamento di un sistema giurisdizione-centrico a favore di un sistema integrato di giustizia in S. DALLA BONTÀ, *La cura delle parole tra processo e metodi consensuali*, cit., p. 285, a sviluppo delle riflessioni svolte in ID., *Il costo della giustizia consensuale*, in «Rivista dell'arbitrato», 2023, p. 325 ss., prec. p. 333. In linea, v. D. D'ADAMO, *La giustizia integrata*, Torino, 2023, p. 15 ss.

<sup>(40)</sup> Così, da ultimo, L. BREGGIA, *Il diritto come relazione: essere giurista al tempo delle riforme*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2024, p. 343 ss., spec. p. 356; nonché ID., *Il giudice civile dinanzi alla mediazione: dallo spaesamento ad una nuova consapevolezza*, in *Il senso della mediazione dei conflitti: tra diritto, filosofia e teologia*, a cura di M. Martello, Torino, 2024, p. 115 ss., spec. p. 130; nonché, *si vis*, S. DALLA BONTÀ, *La cura delle parole tra processo e metodi consensuali*, cit., p. 287.

<sup>(41)</sup> Lo ricorda espressamente F.P. LUISO, *L'arbitrato e la mediazione nell'esperienza contemporanea*, in <www.judicium.it>, 12 febbraio 2012, § 7, che in questa direzione incoraggia gli operatori giuridici a «perd[ere] quella mentalità statolatrica che si è affermata nell'ultimo secolo e mezzo» e gli avvocati a «ritorn[are] a svolgere il loro vero compito – *cavere, consulere, agere* – smettendo di fungere da meri intermediari fra la parte ed il giudice».

<sup>(42)</sup> Parla di «cultura della sentenza» in contrapposizione alla «cultura della pacificazione» K. WATANABE, *Cultura da sentença e cultura da pacificação*, in *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, a cura di F.L. Yarshell e M. Zanoide de Moraes, São Paulo, 2005, p. 684 ss.

che «neppure gli avvocati si parleranno», ma «parleranno ad un terzo (il giudice), o nominandosi l'un l'altro in terza persona» e «il loro linguaggio non cercherà una comunicazione volta a rigenerare un “noi” perduto», ma a «trarre fino in fondo le conseguenze del fallimento» del rapporto intersoggettivo in crisi. L'avvocato, quindi, come “becchino”» più che «medico della relazione interpersonale»<sup>(43)</sup>.

È con questa consapevolezza che alla volta del nuovo millennio si assiste alla lenta ma inarrestabile emersione dell'idea di un avvocato quale «giurista della prevenzione»<sup>(44)</sup>; un avvocato dotato, cioè, oltre che della conoscenza tecnico-legale, anche delle competenze necessarie a individuare, con l'assistito, il suo vero interesse e, di qui, la via più adeguata e meno dispendiosa di soluzione del conflitto, in un percorso di emancipazione e responsabilizzazione dell'assistito-cliente in quanto soggetto che lo vive in prima persona<sup>(45)</sup>.

6. *L'avvocato e (la cura del)l'interesse dell'assistito.* — Il ruolo dell'avvocato quale «giurista della prevenzione», che trova conferma nei doveri fissati dal codice deontologico forense come dalla Carta dei principi fondamentali dell'avvocato europeo<sup>(46)</sup>, esalta, ancora una volta e da altra prospettiva, la funzione sociale

<sup>(43)</sup> G. COSI, *L'avvocato e il suo cliente*, cit., pp. 67-68.

<sup>(44)</sup> Parla di «giurista della prevenzione esperto in strutture di rapporto» sempre G. COSI, *La responsabilità del giurista: etica e professione legale*, Torino, 1998, p. 298.

<sup>(45)</sup> Sul punto si consenta rinvio a S. DALLA BONTÀ, *Il giurista-avvocato alla prova del comunicare, mediare e negoziare in rete*, cit., p. 173 ss.

<sup>(46)</sup> Il riferimento è alla responsabilità sociale della professione forense, quale enunciata nel codice deontologico europeo sin dal 1988 e poi nelle linee guida del Consiglio degli ordini forensi europei del 2002, nonché menzionata esplicitamente nel commento n. 6 della Carta dei Principi fondamentali dell'Avvocato europeo, adottata nella Sessione Plenaria del *Council of Bars and Law Societies of Europe* (CCBE), ossia dal Consiglio degli Ordini forensi europei, dell'11 maggio 2007, secondo cui «[l']avvocato che, riunendo in sé tutti questi elementi, persegue fedelmente gli interessi del suo cliente e garantisca il rispetto dei suoi diritti, svolge anche una funzione sociale, che è quella di prevenire ed evitare i conflitti».

bifronte dell'avvocato verso, rispettivamente, il suo assistito e l'ordinamento-collettività.

Da un lato, infatti, nel cercare la soddisfazione del vero interesse dell'assistito anche attraverso vie a-giurisdizionali di soluzione del contenzioso, ove queste siano più appropriate – non solo economicamente – al superamento del conflitto, l'avvocato assicura la massima concretizzazione del rapporto fiduciario con l'assistito <sup>(47)</sup>. Dall'altro, superando l'automatismo della traduzione nel processo di qualsiasi conflittualità, l'avvocato contribuisce al buon funzionamento dell'ordinamento, e, in questo, non solo della macchina giudiziaria – preservata, grazie al sapiente filtro dell'avvocato, dal giudicare qualsiasi istanza di giustizia <sup>(48)</sup> – ma

<sup>(47)</sup> Se «[i]l rapporto con il cliente e con la parte assistita è fondato sulla fiducia» (art. 11, comma 2, cod. deont. for.) e «[l]'avvocato deve adempiere fedelmente il mandato ricevuto, svolgendo la propria attività a tutela dell'interesse della parte assistita» (art. 10 cod. deont. for.), ne discende che l'avvocato, nel rapporto fiduciario con l'assistito, è tenuto a comprendere l'interesse profondo di costui onde con lui individuare come meglio raggiungere la sua vera soddisfazione in modo lecito. Ciò è possibile soltanto attraverso una «cura» della «relazione» fiduciaria tra avvocato e assistito che non si appiattisca sull'«identificazione [dell'avvocato] con le ragioni del cliente», bensì importi un «rapporto dialogico», e quindi critico, dal quale emergano «cosa» la parte assistita realmente vuole perseguire e «come» più efficacemente perseguirlo: così C. MARCUCCI, *Un nuovo Avvocato per un nuovo Cliente*, in *La cura della relazione e la relazione della cura*, a cura di A. Maniaci, cit., p. 181 ss., spec. pp. 186-187.

<sup>(48)</sup> Così A. GARAPON, *Le Gardien des promesses: justice et démocratie*, Paris, 2014, *passim*, che innanzi al progressivo espandersi della magistratura, si chiede se, a ben vedere, al potere giudiziario non si stia domandando troppo, e cioè quello che non può né dovrebbe dare: fenomeno, questo, espressione della fragilità della società democratica, in cui, invece, il ruolo del giudice non dovrebbe essere quello di sostituirsi alla politica, bensì di resistere al rischio dell'implosione della democrazia; nonché E. RESTA, *Giudicare, conciliare, mediare*, cit., pp. 542-543; L. BREGGIA, *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2016, p. 715 ss., spec. p. 721, che ben evidenzia come alla giurisdizione sia stato addossato un compito immane che non è solo quello di dire il diritto e dirlo in una situazione di complessità straordinaria, ma anche di «riparare, proteggere, restaurare, valutare, amministrare, conciliare»: il che, però, la paralizza.

anche della società, aiutata nella sua resilienza e coesione dall'opera preventiva dell'avvocato nella cura del conflitto <sup>(49)</sup>.

7. *Lo spunto paneuropeo: i «tria» dell'architettura della giustizia civile secondo le «European Rules of Civil Procedure».* — Di questo più maturo sentire, che apre ad un sistema integrato di giustizia quale risultato di una virtuosa combinazione di giurisdizione e vie a-giurisdizionali di soluzione del contenzioso grazie al ruolo sociale dell'avvocato, si trova da ultimo espressione a livello europeo. In particolare, in quella disciplina di un ideale «processo civile europeo» che sono le *European Rules of Civil Procedure*, frutto di un imponente quanto fecondo lavoro dell'*European Law Institute* e dell'*Unidroit* <sup>(50)</sup>, in uno sforzo di sintesi delle diverse tradizioni processuali europee teso ad offrire un modello di disciplina del processo civile che funga da sincretico termine di confronto, non solo per i singoli ordinamenti nazionali, ma anche per le istituzioni dell'Unione europea nella produzione legislativa in merito alla giustizia civile <sup>(51)</sup>.

Combinando armonicamente principi comuni alle variegate culture processuali europee, elementi salienti della disciplina

<sup>(49)</sup> A riguardo v., ancora, incisivamente, P. LUCARELLI, *Mediazione dei conflitti*, cit., p. 21.

<sup>(50)</sup> Trattasi delle *European Rules of Civil Procedure* adottate nel 2020 dall'*European Law Institute* e dall'*Unidroit*, sulla scia dei *Transnational Principles of Civil Procedure* e delle *Transnational Rules of Civil Procedure*, stese dall'*American Law Institute* e dall'*Unidroit* nel 2004. Per il testo di questa legge modello v. *ELI: Unidroit Model European Rules of Civil Procedure*, Oxford, 2021. Per un'introduzione ai fondamenti delle *Model European Rules of Civil Procedure*, con particolare riguardo a loro genesi, modalità di confezione ed aree di intervento, v. R. STÜRNER, *The ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure: An Introduction to Their Basic Conceptions*, in «*Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*», 2022, p. 421 ss.; R. CAPONI, *Le regole modello europee ELI-Unidroit sullo sfondo della riforma italiana del processo civile*, in «*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*», 2022, p. 717 ss.

<sup>(51)</sup> V. a riguardo *European Rules of Civil Procedure: A Commentary on the ELI/UNIDROIT Model Rules*, a cura di A. Stadler, V. Smith e F. Gascón Inchausti, Cheltenham-Northampton, 2023.

processuale dell'Unione europea e risultati di indagini comparatistiche paneuropee <sup>(52)</sup>, l'architettura disegnata dalle *European Rules of Civil Procedure* si fonda su tre assi portanti che, ciascuno singolarmente ed in sinergia con gli altri, ambiscono a consegnare un'immagine rinnovata della giustizia civile, che si ponga quale maturo compimento delle tradizioni culturali e processuali che sino ad oggi l'hanno informata <sup>(53)</sup>.

Si tratta dei principi di cooperazione (*Co-operation*), proporzionalità (*Proportionality*) e consensualità nella soluzione del contenzioso (*Settlement*) <sup>(54)</sup>: i nuovi *tria* di una rinnovata «costruzione» della giustizia <sup>(55)</sup>.

8. *I principi di cooperazione, proporzionalità e soluzione consensuale: una sfida per avvocati, parti e giudici.* — Nel quadro descritto, il principio di cooperazione apre il trittico di principi che informano le *European Rules of Civil Procedure*, sancendo alla *Rule 2* che «[p]arties, their lawyers and the court must co-operate to promote the fair, efficient and speedy resolution of the dispute».

In ragione della sua collocazione e valenza «introduttiva», il

<sup>(52)</sup> Così testualmente R. CAPONI, *Le regole modello europee ELI-Unidroit sullo sfondo della riforma italiana del processo civile*, cit., p. 721.

<sup>(53)</sup> Chi scrive avanzava questa lettura in S. DALLA BONTÀ, *La cura delle parole tra processo e metodi consensuali*, cit., p. 284 ss.

<sup>(54)</sup> Ai *Principles* è dedicata la *Part I, Section 2*, delle *European Rules of Civil Procedure*. Sulla decisione di anteporre alle *Rules* «di dettaglio» i «principi», v. L. CADIET, S. AMRANI-MEKKI, *General Principles: Co-operation and Proportionality*, in *European Rules of Civil Procedure*, a cura di A. Stadler, V. Smith e F. Gascón Inchausti, cit., nn. 2.001-2.014. L'idea, di matrice illuministica, trova i suoi antesignani nei *principes directeurs du procès* del codice di procedura civile francese del 1960, nonché nell'*Overriding Objective* delle *Civil Procedure Rules* inglesi della riforma di Lord Woolf. Quali espressione dell'«*esprit du code*» (così G. CORNU, *L'élaboration du Code de procédure civile*, in «*Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*», 1995, p. 241 ss., spec. pp. 250-255), essi assolvono ad una funzione tanto ermeneutica quanto euristica, ponendosi quali guida nell'interpretazione, e al contempo disciplina, di profili non esplicitamente regolati dalle *Rules*.

<sup>(55)</sup> In tali termini S. DALLA BONTÀ, *Giustizia consensuale: sulle ragioni di una nuova Rivista*, in «*Il diritto processuale civile italiano e comparato*», 2024, p. 386 ss., spec. p. 392.

principio assolve al compito di intonare tutto il *corpus* di *Rules* ad un nuovo approccio alla conflittualità: non più solo ed univocamente avversariale, bensì collaborativo <sup>(56)</sup>. Un approccio, cioè, che induca a superare – pur senza (rin)negarne l'esistenza e talvolta l'indispensabilità – l'orizzonte della (sola) contrapposizione tra pretesa e contro-pretesa giuridica delle parti, per guardare (anche) alle radici della loro lite, e così agli interessi che al fondo la muovono <sup>(57)</sup>; interessi che, se integrati in modo soddisfacente, possono portare alla vera soluzione del conflitto, al conseguente superamento della lite e di qui alla sua estinzione <sup>(58)</sup>.

Assunto, questo, che introduce e dà ragione al secondo principio che informa le *European Rules of Civil Procedure*: il principio di proporzionalità <sup>(59)</sup>; proporzionalità che nelle *Rules* 5 e 6 trova

<sup>(56)</sup> Sul significato profondo di questa scelta, quale superamento di tradizionali contrapposizioni, semplicistiche e sfuocate, come quella tra struttura «avversariale» e «inquisitoria» dei modelli processuali della giustizia civile, v., per tutti, R. CAPONI, *Le regole modello europee ELI-Unidroit sullo sfondo della riforma italiana del processo civile*, cit., p. 729 ss.; lo esplicita il commento ufficiale n. 1 alla *Rule 2* nell'edizione *ELI: Unidroit Model European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 28.

<sup>(57)</sup> Per interessi si intendono qui quelle utilità altre rispetto alle posizioni giuridiche di vantaggio riconosciute e fissate dalle norme adottate dall'ordinamento giuridico (per un'esemplificazione, in contrapposizione con le c.d. pretese giuridiche, si consenta rinvio a S. DALLA BONTÀ, *Per un'efficace gestione del tavolo di mediazione*, cit., p. 12 ss.). Gli interessi possono essere tangibili e intangibili e si indirizzano a ciò che risponde ai bisogni dell'essere umano: per una nota raffigurazione piramidale di tali bisogni, v. A. MASLOW, K.J. LEWIS, *Maslow's hierarchy of needs*, in «Salenger Incorporated», 1987, vol. 14, p. 987 ss.

<sup>(58)</sup> Sulla possibile integrazione degli interessi delle parti v. A. MONORITI, *I principi del negoziato efficace*, in *NegoziAzione*, a cura di A. Monoriti e R. Gabellini, Milano, 2023, p. 59 ss.

<sup>(59)</sup> Il principio di proporzionalità, quale criterio prestatato dall'economia al diritto, dovrebbe rispondere all'esigenza di effettività dell'accesso alla giustizia e diventare perciò punto di equilibrio tra efficienza ed equo processo, sì che la risorsa scarsa della giurisdizione possa essere garantita a tutti. Di qui la necessità di volgere costantemente lo sguardo al concreto conflitto/contenzioso, ma al contempo alle pendenze che gravano sull'intera macchina giudiziaria, sì che le risorse vengano distribuite equamente. V., ancora, a riguardo L. CADIET, S. AMRANI-MEKKI, *General Principles: Co-operation and Proportionality*, cit., n.

declinazione con riguardo, rispettivamente, al ruolo del giudice e a quello di parti ed avvocati, rinvenendo peraltro in quelle e questi i primi e principali «attuatori» di tale principio, come di quello di cooperazione.

Alle parti *in primis*, quali protagoniste del conflitto che le involge, spetta adottare, grazie agli avvocati che le assistono, quell'atteggiamento collaborativo al cospetto della conflittualità che consente loro di vagliare, con lucidità, quale via percorrere nella soluzione del loro conflitto e quindi della lite; vie tra le quali si pone, quale massima espressione della collaborazione tra le parti, quella di composizione consensuale, il cui esito felice assicura, nel più alto grado, l'attuazione del principio di proporzionalità.

Se la *Rule 3(a)*, quale modulazione del principio di cooperazione rispetto al ruolo delle parti e dei loro avvocati, ricorda quindi che «*[p]arties and their lawyers must (...) take reasonable and appropriate steps to settle dispute amicably*», la *Rule 6*, applicando il principio di proporzionalità a parti e loro avvocati, sancisce che «*[p]arties and their lawyers must co-operate with the court to promote a proportionate dispute resolution process*».

Non stupisce, quindi, che il principio della proporzionalità si riannodi al terzo dei *tria* della costruzione della giustizia civile edificata dalle *European Rules of Civil Procedure*: la soluzione consensuale del contenzioso, quale naturale completamento di una triade che muovendo dalla cooperazione e passando per la proporzionalità, non può che includere anche il riconoscimento del ruolo dell'incontro del consenso delle parti nella soluzione della lite, nella riduzione delle questioni controverse e nella flessibilità della gestione della procedura per risolverle <sup>(60)</sup>.

2.039; R. STÜRNER, *The ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, cit., p. 453 ss.; R. CAPONI, *Le regole modello europee Eli-Unidroit sullo sfondo della riforma italiana del processo civile*, cit., p. 726 ss.

<sup>(60)</sup> Il commento ufficiale n. 1 alla *Rule 9* dà conto del fatto che l'obbligo per le parti di tentare una soluzione consensuale della lite, divenuto «*common European standard*» nelle ultime due decadi, trova le sue radici nel principio 2(2-3) della raccomandazione del Consiglio d'Europa R(84)5, che afferma l'obbligo per le parti di non abusare della risorsa giurisdizionale. Il commento n. 5 alla *Rule 9* incoraggia le parti, ove non riescano a comporre consensual-

L'esaltazione dell'approccio cooperativo alla conflittualità e la consapevolezza della necessaria proporzionalità nell'esercizio della funzione giurisdizionale trovano nelle parti, e quindi nei loro avvocati, i primi interlocutori, in specie ed innanzitutto con riguardo alla fase antecedente all'instaurazione della lite avanti al giudice statale, quale momento decisivo per la sua prevenzione <sup>(61)</sup>. La *Rule 9(1)* stabilisce, infatti, che «*[p]arties must cooperate in seeking to resolve their dispute consensually, (...) before (...) proceedings begin*». Perchè ciò avvenga, un ruolo decisivo riveste l'avvocato, cui la *Rule 9(2)* impone di «*inform the parties about the availability of consensual dispute resolution methods, assist them in selecting the most suitable method, and, where appropriate, encourage its use*» <sup>(62)</sup>.

mente l'intera controversia, a trovare un accordo su singole questioni, su cui dettagliano le successive *Rules 26(3)*, 51 e 57. In particolare, quest'ultima, e le successive *Rules 58-60*, al fine di promuovere la soluzione consensuale della lite, ammettono le parti, una volta accordatesi su singole questioni, a presentare domanda congiunta al giudice statale per la decisione giurisdizionale delle sole questioni ancora controverse, allegando alla domanda anche l'accordo raggiunto stragiudizialmente, accordo che in alcune giurisdizioni – è il caso ad esempio dell'ordinamento francese – vincola il giudice (v. art. 57 ss. *code de procédure civile* francese): cfr. a riguardo il commento ufficiale n. 2 della *Rule 57*. Viene così massimamente esaltata l'autonomia privata delle parti, anche nella forma di quegli accordi processuali oramai sempre più riconosciuti come ammissibili dagli ordinamenti, alla ricerca della prevedibilità della soluzione della lite, tanto più se transfrontaliera: per una panoramica sulla c.d. contrattualizzazione della procedura: v. il volume *Contractualisation of Civil Litigation - Contractualisation de la procédure civile*, a cura di A. Nylund and A. Cabral, Cambridge, 2023.

<sup>(61)</sup> Si tratta di quello che R. CAPONI, *Le regole modello europee Eli-Unità sullo sfondo della riforma italiana del processo civile*, cit., p. 726 ss., chiama il «primo pilastro» intorno a cui ruotano le *European Rules of Civil procedure*, pilastro che «è piantato fuori dal processo ed è costituito dal fondamento stesso della cultura e della civiltà europee nell'evo moderno, cioè l'acquisita centralità della libertà e dell'autonomia dell'individuo nei vari ambiti della vita. Sul piano della giustizia civile, ciò si traduce nella promozione rigogliosa dell'iniziativa e del ruolo permanentemente attivo delle parti nel comporre consensualmente la controversia o singoli aspetti di essa».

<sup>(62)</sup> Il commento ufficiale n. 3 alla citata *Rule 9* sottolinea il ruolo cruciale dell'avvocato nell'accompagnare l'assistito nella valutazione di appropriatez-

Ne derivano, per un verso, il riconoscimento della centralità del soggetto che vive il conflitto e delle potenzialità che egli (anche inconsapevolmente) possiede per risolverlo, con conseguente esaltazione dell'esercizio responsabile e consapevole dell'autonomia privata nella determinazione, in collaborazione con l'altra parte, della regola di condotta vincolante per il futuro che regolerà la loro relazione. Per l'altro, piena valorizzazione è riservata al ruolo dell'avvocato quale «accompagnatore» del soggetto che a lui si rivolge nell'individuazione di metodo e *iter* più appropriati nella soluzione del suo conflitto.

Le *European Rules of Civil Procedure* giungono così ad esaltare quella declinazione e percezione della professione di avvocato che supera il tradizionale ruolo di *lawyer-litigator* per promuoverne (anche ed innanzitutto) la funzione di professionista che consiglia ed accompagna il cliente nella difficile enucleazione dei suoi interessi – sottostanti alle sue potenziali pretese giuridiche – e di qui nella scelta della via più adeguata a soddisfarli, tra cui potrà rinvenirsi il tentativo di soluzione consensuale del conflitto <sup>(63)</sup>.

za della scelta di un metodo di soluzione consensuale della controversia. Il commento sottende la delicata questione del rapporto tra via giurisdizionale e strumenti a-giurisdizionali di soluzione del contenzioso. Se il principio di proporzionalità, infatti, impone un uso accorto della giurisdizione statale, questo non significa negarne, bensì esaltarne la funzione e i compiti laddove l'intervento del *jus dicere* appaia necessario. Il commento citato indica, tra questi, il caso in cui la controversia ruoti intorno ad una questione giuridica nuova, su cui la decisione giudiziale può essere essenziale ai fini dello sviluppo del diritto e della creazione di un precedente vincolante, quanto meno *auctoritate rationis*.

<sup>(63)</sup> Si schiude così una visione di giustizia che si potrebbe avvertire «nel senso inglese di *fairness*» – come da ultimo suggerisce R. CAPONI, *Processo civile: modelli europei, riforma Cartabia, interessi corporativi, politica*, in <www.questionegiustizia.it>, 30 maggio 2023, § 2, che in una fine «ricerca dell'etimologia della parola, svolta fino al protogermanico *fagraz*» restituisce «i significati di: adeguato, calzante, appropriato, e finanche bello, ove forse risuona l'eco dell'idea antica di identità tra ciò che è bello e ciò che è buono (*Kalokagathia*), propria della Grecia del V secolo a.C.», rinviandosi «così a uno dei nuclei ancora pulsanti della cultura europea, che si fa sentire anche nel mondo della giustizia civile».

Dalla «costruzione della giustizia civile» proposta dalle *European Rules of Civil Procedure* emerge pertanto valorizzato il segmento pre-contenzioso, quale segnato in primo luogo dal colloquio tra avvocato e futuro assistito, in quanto incontro destinato ad esprimere, oggi più di ieri, le sue «potenzialità promozionali» di un approccio collaborativo, anziché avversariale, al conflitto <sup>(64)</sup>. Prima ancora che a vantaggio della proporzionalità e così della buona amministrazione della giustizia (intesa qui come macchina giudiziaria statale), infatti, ciò reca beneficio ai soggetti coinvolti nel conflitto, allorché la via di soluzione consensuale si mostri la più appropriata a soddisfare i loro interessi con risparmio di tempo e denaro <sup>(65)</sup>.

<sup>(64)</sup> Conferma la centralità della fase pre-contenziosa nella soluzione della controversia anche al fine di evitare il ricorso alla giurisdizione, grazie ad un suo componimento stragiudiziale promosso da un colloquio e rapporto avvocato-assistito gestito con competenza, la direttiva 2002/8/CE volta a definire norme minime comuni relative al patrocinio a spese dello Stato in merito all'accesso alla giustizia in controversie transfrontaliere, il cui art. 3, paragrafo 1, prevede che «[i]l patrocinio a spese dello Stato è considerato adeguato se garantisce: a) la consulenza legale nella fase precontenziosa al fine di giungere a una soluzione prima di intentare un'azione legale». Sul punto sia consentito rinvio a S. DALLA BONTÀ, *Il costo della giustizia consensuale*, cit., p. 339.

<sup>(65)</sup> In questo senso si legge la *Rule 51*, che apre il blocco di *Rules* dedicato a «*Pre-commencement procedural duties*», quale Sezione I della Parte IV indirizzata a «*Commencement of proceedings*». Concretizzando i generali principi di collaborazione, proporzionalità e soluzione consensuale del contenzioso, la *Rule 51* contempla il «*duty to promote consensual resolution and effective management*», assegnando alle parti il dovere di promuovere la soluzione consensuale della contesa «*before proceedings are issued*», e così *ante causam*. Nella consapevolezza che ciò possa avvenire con maggiore probabilità di successo ove le parti siano nelle condizioni di valutare con realismo forza o debolezza del loro caso (o di singole questioni che lo segnano), la *Rule 51(2)(a)-(c)* suggerisce alle parti di scambiarsi pur sintetiche informazioni sulle pretese e difese che potrebbero far valere in giudizio; chiarire e, ove possibile, scremare le questioni di fatto e di diritto in contesa; indicare i mezzi di prova rilevanti di cui dispongono. Retroterra di tali disposizioni sono, per un verso, l'intuitiva constatazione per cui la propensione alla conciliazione della controversia aumenta allorché la parte si avveda dei limitati o inesistenti margini di successo di una sua eventuale azione in giudizio; per l'altro, il riconoscimento di come un tale «*reality check*» possa darsi soltanto allorché le parti condividano tra loro

9. *La comunicazione efficace: il fondamento della funzione sociale dell'avvocato.* — L'ambizioso traguardo descritto non è in concreto raggiungibile senza attenzione, dedizione ed impegno; e cioè senza un costo, che prima ancora che economico, è quello legato al mutamento/avanzamento culturale, e quindi educativo e formativo, del giurista(-avvocato), come dell'intera collettività<sup>(66)</sup>.

Si intende, infatti, come una rinnovata esaltazione della funzione sociale dell'avvocato, quale professionista della cura del conflitto e quindi architetto e costruttore di relazioni sociali<sup>(67)</sup>, passi attraverso un ritorno agli studi del tema del conflitto e delle sue origini, nonché una nuova attenzione agli elementi fondativi della comunicazione efficace e alla riflessione sulla funzione del diritto.

le informazioni rilevanti in punto di allegazioni di fatto e deduzioni istruttorie in merito alla controversia. Coerentemente la *Rule 51(2)* conclude affermando che un tale scambio informativo tra le parti «*facilitate effective and early assessment of the merits of their positions*».

Non è mistero che l'archetipo della *Rule 51* sia da rinvenirsi, nel contesto europeo, nella pratica inglese dei *Pre-Action Protocols*, che prevedono che le parti di un potenziale giudizio scambino informazioni rilevanti sul caso prima dell'inizio del processo (*pre-action disclosure*) e tentino la conciliazione. Pur non essendo i *Pre-Action Protocols* inclusi tra le *Civil Procedure Rules*, il giudice, una volta adito, si attende il loro avvenuto rispetto ad opera delle parti, con la conseguenza che, ove così non fosse, ne potrà sanzionare l'inosservanza incidendo in punto di decisione sull'allocazione delle spese processuali: a riguardo, per tutti, N. ANDREWS, *The Three Paths of Justice*, 2<sup>a</sup> ed., Berlin, 2018, par. 1.36-1.38, 3.67.

<sup>(66)</sup> In questo senso chi scrive rifletteva in S. DALLA BONTÀ, *Il costo della giustizia consensuale*, cit., p. 340 ss.; sulla stessa linea P. LUCARELLI, *La nuova mediazione civile e commerciale*, in «Giustizia consensuale», 2023, p. 339 ss., prec. p. 348 ss.; F. GHIRGA, *La cultura della mediazione*, in «Rivista di diritto processuale», 2024, p. 45 ss., spec. p. 66; L. BREGGIA, *Il giudice civile dinanzi alla mediazione*, cit. p. 115 ss., spec. p. 154.

<sup>(67)</sup> L'espressione è di L. FULLER, *The Lawyer as Architect of Social Structures*, in *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller*, a cura di I. Winston, Oxford-Portland, 2001, p. 285, ma già prima R. POUND, *The Lawyer as a Social Engineer*, in «Journal of Public Law», 1954, vol. 3, p. 292.

10. *Il conflitto quale emersione di una comunicazione... inefficace.* — È pertanto al fenomeno del conflitto che nel suo percorso formativo il giurista(-avvocato) deve dedicare primaria attenzione <sup>(68)</sup>.

Non desta quindi stupore, bensì ammirazione per la capacità di visione dell'illustre studioso, il fatto che all'indagine del conflitto Francesco Carnelutti indirizzasse le pagine d'esordio delle sue *Lezioni di diritto processuale civile* degli anni Venti <sup>(69)</sup>, definite non a caso da Piero Calamandrei di tale levatura da «compendiare la sostanza di un trattato di teoria generale del diritto» prima ancora che di diritto processuale <sup>(70)</sup>. Solo conoscendo nel profondo il fenomeno conflittuale, infatti, il giurista(-avvocato) potrà portare, nel modo più efficace, il suo ausilio di competenza – e competenze – nella gestione del conflitto.

Il conflitto è d'altronde un fenomeno complesso, definito non a caso dal sociologo John P. Lederach come «uno dei più complessi ed al contempo intriganti prodotti culturali» dell'esperienza e convivenza dell'essere umano <sup>(71)</sup>. Esso è consustanziale alla

<sup>(68)</sup> Sulla relatività del modo di concepire e reagire al conflitto, e quindi sulla non-neutralità delle sue vie di soluzione, v., per tutti, E. RESTA, *Giudicare, conciliare, mediare*, cit., p. 541 ss., secondo cui «[i] modi attraverso i quali un sistema sociale regola i conflitti che nascono all'interno della società sono infatti tanti, tutti diversi, cambiano nel tempo e nello spazio, non sono per nulla eterni. (...) Solo in parte dipendono dal modo in cui si confligge; a volte accade il contrario, così che il modo in cui si litiga e si confligge dipende dal modo in cui esistono sbocchi del conflitto e sono predisposti culturalmente e socialmente rimedi»; G. COSI, *Conoscere il conflitto*, in *Mediazione e Progresso: persona, società, professione, impresa*, a cura di P. Lucarelli e G. Conte, Torino, 2012, p. 5 ss.; ID., *L'accordo e la decisione: modelli culturali di gestione dei conflitti*, Torino, 2017.

<sup>(69)</sup> F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 1926.

<sup>(70)</sup> P. CALAMANDREI, *Il concetto di «lite» nel pensiero di Francesco Carnelutti*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1928, I, p. 3.

<sup>(71)</sup> J.P. LEDERACH, *Of Nets, Nails, and Problems: The Folk Language of Conflict Resolution in a Central American Setting*, in *Conflict Resolution: Cross-Cultural Perspectives*, a cura di K. Avruch, P.W. Black e J.A. Scimecca, New York, 1998, p. 165. Ugualmente E. RESTA, *Giudicare, conciliare, mediare*, cit., p. 541, che ammette come «[i]l mondo dei conflitti è sempre per molta parte imprevedibile ed enigmatico. Non c'è scienza sociale, per quanto ricca di letteratura

stessa esistenza dell'individuo che, come rammenta di nuovo Giovanni Così, è e si percepisce tale grazie al differenziarsi dal suo simile, con cui fatalmente è in relazione. Lo evoca la stessa parola esistenza: da *ex-sistere*, «stare eccettuandosi da» qualcos'altro/qualcun'altro <sup>(72)</sup>.

In quanto cifra dell'esistenza umana e della relazione dell'individuo con l'altro, il conflitto vede una delle fonti del suo sorgere nella comunicazione, meglio detto: in una comunicazione che non riesce a centrare l'obiettivo voluto, e che per questo può definirsi inefficace <sup>(73)</sup>. Diversamente detto, una delle ragioni del conflitto è una comunicazione tra individui che non si cura – che non ha cura (!) – dei suoi elementi costitutivi <sup>(74)</sup>, e che pertanto vede, da un lato, l'emittente incapace di veicolare il suo messaggio al ricevente e, dall'altro, quest'ultimo incapace di raccogliere quel messaggio e garantire la circolarità della comunicazione mediante un riscontro pronto e costruttivo <sup>(75)</sup>.

Che ciò di frequente accada, non stupisce; al punto che non si può che ritrovarsi nella sottile ironia attribuita al drammaturgo George Bernard Shaw secondo cui «il problema più grande della comunicazione è l'illusione che si sia svolta».

specialistica sull'argomento, che alla fine ci possa raccontare questo mondo hobbesiano, inestricabile, ricco di passioni, interessi, comportamenti, inclinazioni, motivazioni; lo si descrive in una scala di possibilità che coinvolgono la rivalità, la concorrenza, l'invidia, l'inimicizia, sempre a metà tra la rottura irrevocabile e la solida conferma della socievolezza. (...). Dunque se ne avverte la centralità ma si è costretti a spiegare il fenomeno ricorrendo a trasposizioni simboliche o a processi metaforici».

<sup>(72)</sup> G. COSÌ, *Conoscere il conflitto*, cit., p. 29 ss.

<sup>(73)</sup> Così ancora ID., *L'avvocato e il suo cliente*, cit., p. 66, che sottolinea come nella società civile si giunge normalmente alla lite «perché non si è più capaci di intendersi, addirittura perché “non ci si parla più”».

<sup>(74)</sup> Per un approfondimento sul punto si consenta rinvio a S. DALLA BONTÀ, *La cura delle parole tra processo e metodi consensuali*, cit., p. 292 ss.

<sup>(75)</sup> A riguardo, per una panoramica, v. E. CAMPI, *Fare la differenza al tavolo di mediazione: la comunicazione efficace*, in *Le parti in mediazione*, a cura di S. Dalla Bontà, cit., p. 123 ss., spec. p. 128.

11. *Il fondamento comune di linguaggio e diritto: l'avvocato quale «interprete» e «traduttore».* — È questo il complesso quadro in cui si inserisce l'avvocato che, in quanto professionista della cura del conflitto, per un verso, (r)accoglie chi lo vive – la persona che diventerà auspicabilmente il suo assistito – per l'altro, è chiamato ad intervenire per «curare» la comunicazione inefficace che quel conflitto ha generato, sì da renderla... efficace <sup>(76)</sup>.

Tale funzione del giurista in primo luogo si registra – ed è funzione che tradizionalmente si riconosce all'avvocato – allorché egli permette all'assistito, attraverso la traduzione delle istanze di costui in linguaggio giuridico, di esprimerle in un codice linguistico – quello giuridico – convenzionalmente costruito per essere comprensibile, e quindi opponibile, all'altra parte e ai terzi, quanto meno ove costoro operino in un ordinamento in cui quel linguaggio giuridico è condiviso.

È questo ciò che fa dell'avvocato, in certo qual modo, un interprete e traduttore: egli, infatti, interpreta e traduce la vita, che scorre continua ed indistinta tra individui ed eventi, in un linguaggio, quello giuridico, *in thesi* comprensibile ed opponibile ai terzi, e per questo «oggettivo» <sup>(77)</sup>.

<sup>(76)</sup> Da un lato, ricorda E. BORGNA, *Parlarsi: la comunicazione perduta*, Torino, 2015, p. 8, «[c]omunicare vuol dire rendere comune: è dialogo, relazione. (...) “comunicazione” [è] sintomo di cura»; dall'altro, come ben dice L. MORTARI, *La pratica dell'aver cura*, Milano, 2006, p. 31, «cura» è «una pratica eticamente informata che mira a procurare il benessere dell'altro e a metterlo nelle condizioni di decidere e provvedere da sé al proprio benessere». Nel suo compito di rendere efficace una comunicazione che tale più non è, si coglie la funzione (sociale) dell'avvocato quale «“healer” del conflitti», funzione evidenziata da C. MENICHINO, *Origini e diffusione della Pratica Collaborativa*, in *La Pratica Collaborativa*, a cura di M. Sala e C. Menichino, cit., p. 49. Intorno al ruolo e alle competenze dell'avvocato che si faccia (ri)-attivatore di una comunicazione inefficace tra parti in conflitto, v. ancora ID., *Prevenzione dei conflitti e relazione professionale*, cit., p. 122 ss.; M. SALA, *La cura nella relazione fra avvocato e cliente*, cit., p. 145 ss.; C. MARCUCCI, *Un nuovo Avvocato per un nuovo Cliente*, cit., p. 181 ss.; A.G. SGLAVO, *Relazioni e interazioni nella gestione dei conflitti: nuove competenze per l'avvocato*, in *La cura della relazione e la relazione della cura*, a cura di A. Maniaci, cit., p. 195 ss.

<sup>(77)</sup> Scriveva S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Mi-

Linguaggio e diritto, ricorda d'altronde lo storico Paolo Grossi, svelano una «fondazione comune» in ragione del loro «ruolo ordinante della società, del caos sociale»<sup>(78)</sup>. È «ordinamento sociale», infatti, «che dai balbettii dell'infante si giunga al discorso compiuto fra adulti»<sup>(79)</sup>, *id est* al linguaggio; così come ordinamento sociale è il diritto, quale «armonizzazione della mia libertà con quella degli altri» in vista di una pacifica convivenza dei cittadini<sup>(80)</sup>.

Anche da questa prospettiva – nel crinale tra linguaggio e diritto – si colgono, quindi, la posizione interstiziale dell'avvocato e, con questa, la sua funzione sociale, quale punto di raccordo essenziale tra la fattualità del vivere, convivere e scontrarsi degli individui, e il piano, non tanto astratto quanto piuttosto a vocazione oggettivizzante, del diritto<sup>(81)</sup>. È grazie all'avvocato, infatti, che la magmatica concretezza della vita entra nella sfera giuridica, negoziale o giudiziale che sia. E non è un caso che nell'intuizione dell'ordinamento romano, il diritto si facesse e sviluppasse tramite l'*actio*, esercitata dalla parte quale occasione per vedersi riconosciuto il rimedio<sup>(82)</sup>.

Di qui, da sempre, la sfida dell'avvocato di saper cogliere e tradurre – il che significa giocoforza filtrare – la vita in atti giuridici e, ove il conflitto della vita si faccia processo, attraverso atti

lano, 1959, p. 276, che l'azione della parte in giudizio viene filtrata attraverso una serie di esperienze e quindi di sostituzioni: la prima è quella che si realizza attraverso l'intervento e l'intermediazione del difensore; l'ultima è quella del giudice.

<sup>(78)</sup> P. GROSSI, *Giuristi e linguisti: un comune ruolo ordinante della società*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2014, p. 1 ss., spec. p. 7.

<sup>(79)</sup> P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, p. 27.

<sup>(80)</sup> P. GROSSI, *Giuristi e linguisti*, cit., p. 7.

<sup>(81)</sup> In questo ruolo l'avvocato è il giurista in prima linea in quel «ritorno al diritto» nella sua dimensione fattuale e carnale onde farsi ordinamento sociale, anziché costruzione lontana di distaccata astrattezza, di cui discorre P. GROSSI, *Il ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015.

<sup>(82)</sup> Per una riflessione tra l'*actio* romana e l'azione in giudizio nell'attualità, v., per tutti, la fine ricostruzione di A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti: art. 2907*, vol. de *Il codice civile: commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2018, p. 138 ss.

giudiziari di parte, quali strumenti di comunicazione (e dialogo) che coinvolgono non solo l'altra parte, ma anche il giudice, cui quella magmatica vita viene restituita per il tramite della narrazione filtrata dall'avvocato e della sua oggettivizzazione attraverso il linguaggio giuridico <sup>(83)</sup>.

Di qui, la sfida dell'avvocato di saper raccogliere e ordinare, in un sapiente equilibrio, dettaglio e distillazione; fattispecie concreta e fattispecie astratta; interesse, pretesa e rimedio <sup>(84)</sup>. Un'operazione, questa, faticosa, che alla ricerca di una proporzione se non perfetta quanto meno efficace, implica innanzitutto una gestione attenta del primo colloquio avvocato-assistito, qua-

<sup>(83)</sup> Torna qui, di nuovo, S. SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, cit., p. 276; nonché, per tutti, C. PUNZI, *Il processo come «actus trium personarum»*, in *La sintesi negli atti giuridici*, a cura di G. Conte e F. Di Marzio, cit., p. 39 ss., che ricorda come nella fase dinamica dell'azione e in tutto il suo sviluppo il processo è atto di tre persone, e quindi un rapporto complesso, che si articola tra parti, avvocati – quali loro intermediari – e giudice – che svolge il giudizio – con tutto ciò che ne consegue in punto di «dialogo» tra costoro, su cui v. le puntuali osservazioni di M. GRADI, *Il processo come dialogo*, cit., pp. 202 e 204-205.

<sup>(84)</sup> Nella sua posizione interstiziale, l'avvocato si trova innanzi alla «narrazione» del cliente, e così alla restituzione di una «matassa fattuale ed emotiva», che egli deve saper cogliere nella sua interezza, ma al contempo tradurre in vie legali di perseguimento degli interessi della persona assistita, ed eventualmente in atti giudiziari chiari e sobri.

Torna qui il paragone con la «fatica» del medico, efficacemente riconosciuta e affrontata dall'approccio della c.d. medicina narrativa (*Narrative Based Medicine*), che partendo dal presupposto che si cura la persona e non la malattia, attribuisce valore nella relazione di cura alla narrazione del paziente, sia essa scritta, verbale o para-verbale, con tutta la complessità che questa porta con sé ai fini del perseguimento della «salute» della persona. A riguardo, per tutti, M. FOGLIA, *Nell'acquario: contributo della medicina narrativa al discorso giuridico sulla relazione di cura*, in «Responsabilità medica», 2018, p. 373 ss.; in questo si coglie il significato profondo dell'art. 1, comma 8, della legge n. 219 del 2017, contenente «Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento», secondo cui «[i]l tempo di comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura». Specularmente si può dire che il tempo di comunicazione tra avvocato e persona che vive il conflitto (il cliente) è tempo di «cura», con ciò che questo importa in termini di doveri deontologici, e quindi di competenza e professionalità, da parte dell'avvocato.

le importante momento di comunicazione per la cura del conflitto<sup>(85)</sup>. Ogni successiva attività ed iniziativa dell'avvocato, infatti, trova nel primo colloquio con la persona che vive il conflitto il suo perno, in quanto chiave di volta di qualsiasi eventuale prosieguo<sup>(86)</sup>.

12. *La centralità del colloquio avvocato-assistito nella «scoperta» dell'interesse della persona che vive il conflitto.* – Se la visione dell'avvocato quale professionista della cura del conflitto allarga ulteriormente la «fisarmonica» della sua funzione sociale<sup>(87)</sup>, si intende come il colloquio avvocato-assistito diventi il centro da cui dipartono tanti raggi quante possono essere le vie di soluzione del conflitto<sup>(88)</sup>.

La complessità del fenomeno conflittuale rende d'altronde riduttiva, e quindi fallace, la convinzione dell'esistenza di un'unica via di sua soluzione o di una via astrattamente migliore di tutte<sup>(89)</sup>. Al contrario, innanzi al conflitto molteplici possono essere

<sup>(85)</sup> Così J. MACFARLANE, *The New Lawyer*, cit., cap. 6, *The Lawyer/Client Relationship*; M.C. AARON, *Client Science: Advice for Lawyers on Initial Client Interviews*, in «Faculty Articles and Other Publications», 2013, p. 343.

<sup>(86)</sup> Ancora una volta efficace si mostra il raffronto con il rapporto medico-paziente, dove il primo colloquio che tra costoro abbia luogo è già «atto terapeutico», in quanto base per «una buona relazione fra medico e paziente – fatta di ascolto, empatia, tempo, condivisione di programmazione di obiettivi» e per tale ragione atto primo e più importante della terapia: così C. MARCUCCI, *Un nuovo Avvocato per un nuovo Cliente*, cit., p. 182.

<sup>(87)</sup> Si offrivano l'immagine della «fisarmonica aperta» in S. DALLA BONTÀ, *La cura delle parole tra processo e metodi consensuali*, cit., p. 284.

<sup>(88)</sup> Così 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. 21 ss., prec. p. 40; immagine mutuata dalle riflessioni di L. BREGGIA, *Il tentativo di conciliazione e l'imparzialità del giudice*, in «Giurisprudenza di merito», 2008, p. 571 ss.; e EAD., *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione*, cit., p. 715 ss., che vede nell'udienza e così nel dialogo tra giudice, avvocati e parti il fulcro di un c.d. processo a raggiera, in cui proprio da quel contatto si può dipanare non solo l'iter processuale più consono alla controversia (per tipologia astratta delle posizioni dedotte in giudizio ed esigenze concrete), ma anche l'eventuale soluzione consensuale della lite.

<sup>(89)</sup> Interessante a riguardo la rappresentazione «visiva» che della comples-

i percorsi di sua soluzione, con la conseguenza che la vera questione – alla cui risposta può contribuire il giurista che cura il conflitto – è data dall'individuazione della via risolutiva più appropriata al caso concreto <sup>(90)</sup>.

Ma «più appropriata» rispetto a cosa?

È, questa, una domanda che interroga sul senso profondo della professione dell'avvocato e quindi sulla sua funzione (sociale); una domanda cui non può che risponderci – in una visione dell'avvocato quale professionista legale che cura il conflitto – riconducendo quella «appropriatezza» all'interesse della persona assistita <sup>(91)</sup>.

sità del conflitto viene offerta da A. MIGONE DE AMICIS, *Globalità (Σφαιρικὰ)*, in *Professione: Avvocato. Le qualità distintive della professione raccontate dagli avvocati*, a cura di A. Barzaghi e L. Campione, con presentazione di R. Danovi, Milano, 2017, p. 140 ss., spec. pp. 142-143: «il problema del cliente, per essere davvero compreso *in primis* nei suoi aspetti fattuali e ben impostato poi in diritto, richiede di essere inquadrato non già come qualcosa di scritto o scrivibile sulla carta, bensì un solido da guardare nello spazio da tutte le possibili angolature, cercando di individuarne le sfaccettature (che appaiono spesso diverse secondo i punti di osservazione) (...) cose, fatti e pensieri sono tra loro legati da connessioni diverse, irregolari e intricate». Per questo ben dice L. BREGGIA, *Il giudice civile dinanzi alla mediazione*, cit., p. 121, che non di rado «[l]o strumento giudiziale, per quanta elasticità si voglia immettere nel sistema, si rivela troppo rigido, insufficiente. La crisi odierna del diritto nasce probabilmente dalla sua inadeguatezza ad affrontare la complessità sociale e regolare ogni comportamento e conflitto».

<sup>(90)</sup> L'avvocato diventa così colui che aiuta la parte coinvolta nel conflitto «nel difficile labirinto della controversia» in cui essa «finisce spesso per perdere il proprio orientamento e non comprendere più con lucidità il contesto nel quale si trova a muoversi, né i passi che è opportuno compiere». L'avvocato sarà quindi colui che saprà «aiutare le parti a ritrovare la via, per mezzo di un filo che, pur se invisibile, esiste sempre»: così F. DANОВI, *Il prisma della giustizia e i suoi possibili modelli*, in *La Pratica Collaborativa*, cit., p. 1 ss., spec. p. 5.

<sup>(91)</sup> Lo si desume nitidamente dagli artt. 10 e 26 cod. deont. for., laddove prevedono, per un verso, che «[l]'avvocato deve adempiere fedelmente il mandato ricevuto, svolgendo la propria attività a tutela dell'interesse della parte assistita», per l'altro, che «costituisce violazione dei doveri professionali il mancato, ritardato o negligente compimento di atti inerenti al mandato o alla nomina, quando derivi da non scusabile e rilevante trascuratezza degli interessi della parte assistita» (evidenziazioni aggiunte).

Di qui, la centralità, nel colloquio avvocato-assistito, dell'abilità del primo di «scoprire» l'interesse vero del secondo, con un'arte che si vena di maieutica e su cui si gioca la prima declinazione dell'eloquenza forense <sup>(92)</sup>. Un'eloquenza intesa quale «parlare con arte» diretto a creare una relazione, e che diventa quindi «mezzo» prezioso e non mero fine di un facile quanto inutile autocompiacimento dell'avvocato. Mezzo, cioè, per raggiungere efficacemente l'obiettivo che l'avvocato pone alla sua professione: il soddisfacimento dei veri interessi dell'assistito <sup>(93)</sup>; interessi necessariamente più ampi ed estesi – come ben sottolineava Francesco Carnelutti <sup>(94)</sup> – di quelli cristallizzati nella norma giuridica e destinati, questi ultimi soltanto, ad essere qualificabili come pretese giuridiche <sup>(95)</sup>. Interessi che, lungi dal muoversi, come direbbe Giovanni Verde, sul solo piano dell'«avere» dell'individuo – che

<sup>(92)</sup> Discorre dell'importanza per l'avvocato di formulare le «domande giuste» quale presupposto ineludibile per poter «dare risposte (...) e individuare soluzioni idonee» alla gestione del conflitto che l'assistito vive, C. MARCUCCI, *Il procedimento collaborativo*, in *La Pratica Collaborativa*, cit., p. 205 ss., spec. p. 220.

<sup>(93)</sup> Per il concetto di c.d. *relational lawyering*, in contrapposizione al c.d. *instrumental lawyering*, v. S. STIER, *Reframing Legal Skills: Relational Lawyering*, in «Journal of Legal Education», 1992, vol. 42, p. 303 ss.; S.L. BROOKS, *Mindful Engagement and Relational Lawyering*, in «Southwestern Law Review», 2019, vol. 48, p. 267 ss.; E. WALD, R.G. PEARCE, *Being Good Lawyers: A Relational Approach to Law Practice*, in «The Georgetown Journal of Legal Ethics», 2016, vol. 29, p. 601 ss., spec. p. 616 ss., secondo cui «clients are not means to lawyers' ends – paying the bills, working on challenging cases, attaining status and power – but rather partners in a mutual exchange».

<sup>(94)</sup> F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. I, cit., p. 130; nonché ID., *Lite e funzione processuale (postilla)*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1928, I, p. 23, che distingue tra «conflitto», quale scontro tra interessi meri di due o più soggetti – intesi questi come l'interesse di costoro ad un *quid* atto a soddisfare un bisogno della più varia natura – e «lite», quale conflitto giuridicamente qualificato, che si muove sul piano delle pretese, contro-pretese e contestazioni giuridiche.

<sup>(95)</sup> Per tutti, G. COSÌ, *L'accordo e la decisione*, cit., p. 124, secondo cui «[g]li interessi costituiscono una massa più grande di quella dei diritti che è del tipo specie/genere o, per usare, un'immagine metaforica, simile a quello tra la parte immersa e quella emergente di un iceberg: per nota legge fisica, circa 10 a 1».

le norme del codice civile del 1942, per ovvie ragioni storiche, quasi esclusivamente prediligono – si estendono anche, e talvolta soprattutto, sul piano dell'«essere»<sup>(96)</sup>. Sono, questi ultimi, interessi, infatti, che non sempre riescono a trovare adeguata soddisfazione nella via giurisdizionale, e che rischiano pertanto, ove non tenuti in debito conto e lasciati come «domande senza risposta», di veder decisa dalla sentenza la sola «domanda giudiziale», con buona pace del conflitto ancora latente e carsicamente pronto a riemergere<sup>(97)</sup>.

13. *Le abilità comunicative dell'avvocato nel rapporto con l'assistito: l'anatomia di una comunicazione efficace.* — Le abilità comunicative richieste all'avvocato per gestire efficacemente il colloquio con l'assistito, cruciale per l'esercizio, deontologicamente e professionalmente nobile, della sua funzione sociale, sono articolate e complesse e per questo reclamano una preparazione dedicata e di qualità. Interloquire con chi vive il conflitto, ed è in cerca di soluzione, non è cosa che può relegarsi ad una gestione, se non

<sup>(96)</sup> Così G. VERDE, *Il metodo delle riforme nella giustizia civile: passato e presente*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2024, p. 35 ss., spec. pp. 55-56, che richiamando le riflessioni di Francesco Carnelutti, raccolte in *Vita di avvocato - Mio fratello Daniele - In difesa di uno sconosciuto*, Milano, 2006, denuncia il «campo di coltura» dei codici civile e del processo civile: un'epoca in cui si riteneva che il loro oggetto dovesse essere la tutela dell'avere, la «difesa dei beni, della possidenza». Ne discendeva un «diritto che si rivolge[va] inevitabilmente al passato (...) un diritto rimediale, che nella fase più evoluta trova la sua soluzione nel ripristino della situazione anteatta e, quando non sia possibile, in forme risarcitorie». La Carta europea dei diritti dell'uomo e le moderne Costituzioni democratiche irrompono in questo scenario con la sensibilità non soltanto verso l'«avere», ma rispetto all'«essere», inteso, questo, come centralità della persona e della sua dignità nelle sue varie articolazioni, con riguardo a cui, però, il nostro codice civile permane segnato da un'esilità delle disposizioni «a confronto con la massiccia mole di disposizioni che riguardano i beni, i loro commerci e la loro produzione».

<sup>(97)</sup> Si gioca qui sul titolo del lavoro monografico, dedicato allo spinoso istituto delle c.d. *mutatio ed emendatio libelli*, di C. GAMBA, *Domande senza risposta: studio sulla modificazione della domanda nel processo civile*, Padova, 2008.

improvvisata, lasciata alla sola intuizione, ancorché consolidata da una più o meno lunga esperienza <sup>(98)</sup>.

Dì qui, una necessaria (meta-)cognizione sugli elementi costitutivi della comunicazione, solo dai quali si può muovere per guadagnare quel «parlare con arte», ovvero con efficacia, utile sin dal primo colloquio con il futuro assistito. Si tratta di fondamenti della comunicazione su cui l'avvocato è chiamato ad attenzionarsi e riflettere, quali: la rilevanza del contesto – con i suoi «rumori» (esterni ed interiori) <sup>(99)</sup> – in cui il primo colloquio avviene <sup>(100)</sup>; il ruolo che nella comunicazione rivestono silenzio e tempo <sup>(101)</sup>; il

<sup>(98)</sup> In questo senso, una critica va indirizzata anche alla formazione universitaria, come denuncia J. MACFARLANE, *The New Lawyer*, cit., cap. 6, § *Traditional Conceptions of the Lawyer/Client Relationship*, secondo cui «[r]eal flesh-and-blood clients, with all their inconvenient idiosyncrasies and emotional needs, are virtually invisible in law school. They usually intrude only as names at the top of headnotes, rather than as real people with goals, needs, emotions, and challenges. Legal education does almost nothing to prepare prospective lawyers to relate to clients». Sulla necessità di una formazione alla gestione della relazione avvocato-cliente e quindi anche del primo colloquio, v. C. MARCUCCI, *Un nuovo Avvocato per un nuovo Cliente*, cit., pp. 190-191; A.G. SGLAVO, *Relazioni e interazioni nella gestione dei conflitti*, cit., p. 202 ss.

<sup>(99)</sup> Per tutti, a riguardo, G. FRIEDMAN, *Inside Out: How Conflict Professionals Can Use Self-Reflection to Help Their Clients*, Chicago, 2014.

<sup>(100)</sup> Sull'attenzione che richiede il contesto in cui i colloqui avvocato-assistito si tengono, perché d'impatto sull'immagine che l'avvocato trasmette di sé e sull'approccio al conflitto che egli vuole veicolare, v. C. MORDIGLIA, *Il cambio di paradigma*, cit., p. 144 ss., secondo cui «lo spazio non è più una asettica e indifferente infrastruttura, ma diventa un fattore che concorre attivamente all'azione professionale innovativa». In merito al ruolo del *design* nell'età della condivisione e quindi sulle «teorie e pratiche progettuali che mettono al centro la collaborazione», v. D. SELLONI, *Il design per la collaborazione*, in *L'età della condivisione*, a cura di G. Arena e C. Ianone, Roma, 2015, p. 99.

<sup>(101)</sup> Sul ruolo svolto dal silenzio nel colloquio avvocato-assistito, v. F. SCARDELLA, F. DI DONATO, *Il silenzio «a più voci» nelle narrazioni di clienti e avvocati*, in «Sociologia del diritto», 2012, p. 127 ss.; sull'importanza del «tempo», efficace resta la distinzione che il greco antico ci restituisce tra *χρόνος* e *καιρός*: il primo, «il tempo fisico, lineare, sottile, scandito dall'orologio»; il secondo, «il tempo opportuno, il tempo più spesso, il tempo generatore di occasioni, il tempo intervallato che non si esaurisce in un episodio ma che continua in un percorso relazionale e centrato sui bisogni e le preferenze»: così,

codice utilizzato dall'«emittente» per trasmettere il suo messaggio (gergo forense o linguaggio comune?)<sup>(102)</sup>; i canali comunicativi che segnano la sua trasmissione (verbale, non verbale, para-verbale)<sup>(103)</sup>; la ricezione del messaggio mediante decodifica da parte del «ricevente» (la persona che vive il conflitto); il riscontro c.d. costruttivo che questi dà (o meno) all'emittente una volta ricevuto e decodificato il messaggio; la circolarità (o meno) della comunicazione in grado di creare «relazione»<sup>(104)</sup>.

Dall'astrattezza della norma – e dello strumento giuridico che essa prevede e offre – alla fattualità della narrazione del cliente, la funzione sociale dell'avvocato si gioca così su un efficace impiego del linguaggio giuridico, il quale passa per «momenti» diversi ma tutti essenziali. Se per acquisirne la precisione, concettuale e for-

in una riflessione sul tempo del colloquio tra medico e paziente, trasponibile anche a quello tra avvocato e assistito, L. ORSI, *La relazione in medicina*, in «Responsabilità medica», 2019, p. 13. Come «[i]l tempo utile al medico per giungere alla diagnosi è un tempo che non sempre corrisponde a quello di cui ha bisogno il paziente» (così E. BORGNA, *Parlarsi*, cit., p. 16), così i tempi della presa di coscienza e della gestione del conflitto da parte di chi lo vive non si muovono sul piano del tempo lineare, ma abbisognano, per essere svolti con responsabilità, del «tempo propizio». Di qui, il nuovo orizzonte di una relazione avvocato-assistito che, se nella dimensione della difesa nel processo è scandita dai tempi processuali, si struttura, invece, ove si scelga la via a-giurisdizionale, anche nel «dare tempo all'altro», assistito o altra parte che sia (così L. MORTARI, *La pratica dell'aver cura*, cit., p. 32).

<sup>(102)</sup> Sul pernicioso rapporto tra «giuridichese» e linguaggio comune, v. A. GENTILI, *Sobrietà e chiarezza negli atti di parte del giudizio civile*, in *La sintesi negli atti giuridici*, a cura di G. Conte e F. Di Marzio, cit., p. 23 ss., prec. pp. 28-29; P. BIAVATI, *Il linguaggio degli atti giudiziari*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2017, p. 467 ss., prec. p. 480 ss.

<sup>(103)</sup> A riguardo, per una panoramica, v. E. CAMPI, *Fare la differenza al tavolo di mediazione*, cit., p. 128.

<sup>(104)</sup> V. ancora E. CAMPI, *Fare la differenza al tavolo di mediazione*, cit., 132 ss., che ricorda come, idealmente, «[i]l riscontro (in inglese, *feedback*) è una tecnica di sospensione del giudizio che permette di restituire al nostro interlocutore gli eventi (...) senza aggiungere alcuna valutazione, interpretazione o soluzione». Di qui la conseguenza: «[f]ormulare dei riscontri pertinenti rappresenta la reale differenza tra far evolvere o involvere la comunicazione con il nostro interlocutore».

male, infatti, il futuro giurista deve attraversare – come ben dice Paolo Biavati – un «momento ascendente», giunto però alla vetta di quella conoscenza, il giurista(-avvocato) deve essere capace di un «momento discendente», ossia di sapere veicolare a chi giurista non è l'essenza di quei concetti e di quelle forme <sup>(105)</sup>.

Nel declinare i fondamenti della comunicazione – una sorta di sua anatomia <sup>(106)</sup> – al colloquio avvocato-assistito, cruciali diventano, quindi, da un lato e primariamente, l'attenzione all'altro, quale presupposto dell'ascolto (nelle sue differenti modulazioni: passivo, attivo, empatico) <sup>(107)</sup>; dall'altro, la formulazione delle «domande giuste» al fine di «scoprire» gli interessi veri della persona che vive il conflitto <sup>(108)</sup>. Viene così rimessa al centro la

<sup>(105)</sup> P. BIAVATI, *Sobrietà e chiarezza negli atti di parte: un percorso necessario*, in «Judicium», 2017, p. 141 ss., prec. p. 148. Si tratta di due «momenti» di cui l'università e le scuole di preparazione professionale forense dovrebbero farsi carico, vista la partita culturale che in essi si gioca. In diritto, le parole hanno un preciso significato e impiegarle nel modo opportuno costituisce uno dei principali esercizi per ogni giurista; al contempo, però, occorre collocare queste espressioni tecniche in un contesto che faciliti una comprensione ampia per chi quel gergo legale non conosce: così, ancora, ID., *Il linguaggio degli atti giudiziari*, cit., pp. 477-478.

<sup>(106)</sup> Chi scrive impiegava questa espressione in S. DALLA BONTÀ, *La cura delle parole tra processo e metodi consensuali*, cit., p. 292 ss.

<sup>(107)</sup> Nell'«attenzione» alla persona che vive il conflitto si coglie la prima manifestazione della funzione sociale dell'avvocato: «avere attenzione è avere considerazione per l'altro (...) l'attenzione è un gesto etico: tenere nello sguardo l'altro è la prima forma di cura»: così L. MORTARI, *La pratica dell'aver cura*, cit., p. 68. L'attenzione diventa quindi condizione imprescindibile per l'«ascolto». Per una panoramica sulle tipologie di ascolto, v. E. CAMPI, *Fare la differenza al tavolo di mediazione*, cit., p. 131 ss.; sulle c.d. (sette) regole dell'arte dell'ascoltare, v. M. SCLAVI, *Arte di ascoltare e mondi possibili: come si esce dalle cornici di cui siamo parte*, Milano, 2003. In particolare, sull'ascolto da parte dell'avvocato, v. S.L. BROOKS, *Listening and Relational Lawyering*, in *Handbook on Listening*, a cura di D.L. Worthington e G.D. Bodie, New Jersey, 2020, p. 361 ss.; A.G. SGLAVO, *Relazioni e interazioni nella gestione dei conflitti*, cit., p. 205 ss.

<sup>(108)</sup> Così S. SENTINELLI, A. PLACA, *Fare la domanda giusta: l'arte di lavorare con ChatGPT e le AI*, Milano, 2024; SHU CHEN HOU, *The Secret to Getting Great Answers: ChatGPT's Art of Prompting*, s.l., 2023; A. CHINCHULIN, *Proper ChatGPT Queries*, s.l., 2023.

capacità di formulare domande; un'abilità che dalla maieutica socratica trova peraltro rinnovata attenzione nei tempi attuali anche a fronte di quell'interrogare che si fa sempre più comune non solo verso l'altro essere umano, ma anche verso l'intelligenza artificiale, a riprova che il futuro, pur con gli ovvi *distinguo*, è sempre antico <sup>(109)</sup>.

14. *Domande chiuse versus domande aperte: l'emersione di una nuova figura di avvocato.* — Il fine della domanda posta dall'avvocato al cliente ne determina la congruenza, e quindi l'efficacia di formulazione.

Più facili a rappresentarsi, per il giurista formatosi in un tradizionale percorso universitario in scienze giuridiche, sono le domande «giuste» dirette a raccogliere le informazioni che servono a delineare e sostanziare la pretesa giuridica: domande che cercano, scavando nella fattispecie concreta, i fatti principali e secondari che costituiscono la fattispecie astratta, nonché gli strumenti (probatori) atti a dimostrarne la verità nel processo, alla luce della regola di giudizio disegnata dalla ripartizione dell'onere della prova di cui all'art. 2697 cod. civ., nonché del convincimento del giudice secondo la regola del «più probabile che non» <sup>(110)</sup>. Sono

<sup>(109)</sup> Cfr. C. MARCUCCI, *Il procedimento collaborativo*, cit., p. 220.

<sup>(110)</sup> In questo senso, limpidamente, per tutti, A. GENTILI, *Sobrietà e chiarezza negli atti di parte del giudizio civile*, cit., p. 26, che sottolinea come, per quanto svalutata dalla moderna dottrina, la forma logica tuttora paradigmatica che segna il *jus dicere* è quella della sussunzione. In base a questa forma logica, l'avvocato sa che vincerà la causa solo se egli dimostrerà che la domanda giudiziale o, a seconda del caso, l'eccezione è fondata, da un lato, sui fatti di causa allegati e provati; dall'altro, sul dettato legale. In altri termini, egli sa che per vincere la causa deve dimostrare che il fatto di vita si riconduce nella fattispecie legale. Ne discende che l'avvocato è onerato di provare il fatto e di dimostrare poi la sua inclusione concettuale nella norma. L'effetto giuridico segue per forza di legge.

Grazie alle domande rivolte all'assistito che rispondono al fine di ricostruire la corretta sussunzione giuridica, l'avvocato mira di regola a massimizzare l'interesse dell'assistito-rappresentato inteso quale miglior risultato processuale per costui – in una ponderata valutazione tra richieste del cliente e loro sostenibilità, da un lato, e difese dell'avversario, dall'altro, pur sempre nel rispetto del

queste, infatti, domande dell'avvocato che discendono dall'applicazione in seno al colloquio di una rigorosa scienza giuridica, e che consentono quella oggettivizzazione della fattualità della vita per la quale il linguaggio giuridico, come più sopra si diceva, è stato convenzionalmente pensato.

Più difficili ad immaginarsi, invece, per chi provenga da un tradizionale percorso universitario in scienze giuridiche, sono le domande «giuste» volte a facilitare l'emersione dei veri interessi della persona che vive il conflitto, quegli interessi che si muovono su piani diversi da quello squisitamente giuridico del diritto soggettivo e della pretesa giuridica. Qui, infatti, la formulazione della domanda si fa più complessa, dal momento che il soggetto «più competente» ad individuarli è la parte stessa <sup>(111)</sup>. Su un punto, però, pare potersi convergere: la constatazione della maggiore efficacia, a questi fini, delle c.d. domande aperte.

Tali sono le domande la cui risposta non possa essere binaria e secca (sì/no), ma soltanto aperta, lasciando esse al ricevente la possibilità di articolare il proprio pensiero in merito ad un determinato tema, mentre all'emittente l'opportunità di raccogliere informazioni preziose <sup>(112)</sup>. «Come? Perché? Quando? In che senso? Cosa?» sono alcuni dei pronomi e locuzioni interrogative che introducono le domande aperte e che schiudono alla circolarità della comunicazione, dando l'occasione all'emittente, una volta ottenuta risposta dal ricevente – il c.d. riscontro – di trovare

principio del giusto processo e del diritto di difesa: così D. STALLA, *L'avvocato*, in *La Pratica Collaborativa*, cit., p. 148 ss., spec. p. 154.

<sup>(111)</sup> Così ci si esprimeva in S. DALLA BONTÀ, *Fra mediazione e decisione*, cit., pp. 40-41.

<sup>(112)</sup> A riguardo si consenta rinvio a S. DALLA BONTÀ, *Per un'efficace gestione del tavolo di mediazione*, cit., p. 28 ss.; nonché a E. ZECCA, *Il metodo collaborativo*, in *La Pratica Collaborativa*, cit., p. 87 ss., prec. p. 123; R. GABELLINI, *Le fasi della negoziazione*, in *NegoziAzione*, cit., p. 184 ss.; B. JORDAAN, *Negotiation and Dispute Resolution for Lawyers*, Cheltenham, 2022, p. 251 ss.; torna ancora una volta il parallelismo con il colloquio medico-paziente e il flusso di informazioni che segna il rapporto professionista-assistito: sul punto, v. B. LIBERALI, *Relazione di cura, consenso informato e principi costituzionali*, in *La cura della relazione e la relazione come cura*, a cura di A. Maniaci, cit., p. 43 ss.

terreno per chiedere ancora, facendo progressivamente emergere l'interesse del cliente <sup>(113)</sup>.

Ne discende il ventaglio di abilità che un avvocato maturo e completo dovrebbe possedere per gestire efficacemente il colloquio con la persona che vive il conflitto, a riprova di come al sapere tecnico richiesto per poter esercitare la professione forense – *id est* quello giuridico – si debbano accompagnare la conoscenza di altri saperi e il dominio di altre competenze, tra cui si pongono quelle relazionali e comunicative <sup>(114)</sup>. Lo sottolinea da ultimo, accortamente, in un interessante *obiter dictum*, anche la Corte di cassazione, laddove richiama la figura – e le competenze – dell'avvocato che assista le parti al tavolo di mediazione <sup>(115)</sup>. In un'indubbia svolta culturale, infatti, essa riconosce che l'avvento della disciplina della mediazione finalizzata alla conciliazione ha

<sup>(113)</sup> Si tratta di domande non a caso definite da W. URY, *Getting Past No: Negotiating with Difficult People*, New York, 2007, p. 80, come «*problem solving-oriented questions*».

<sup>(114)</sup> Si tratta del c.d. *Delta-shaped Lawyer*, tratteggiato da N. RUNYON, *The «Delta» Lawyer Competency Model Discovered through LegalRnD Workshop*, in <[www.legalexecutiveinstitute.com](http://www.legalexecutiveinstitute.com)>, 14 giugno 2018; N. RUNYON, A. CARELL, C. MOON, S. REID, G. TENINBAUM, *The Delta Model: Simple, Accurate, Versatile (125)*, in <[www.legalevolution.org](http://www.legalevolution.org)>, 10 novembre 2019. Con la lettera «delta» viene iconograficamente identificato l'avvocato che presenta, come il triangolo che raffigura il delta dell'alfabeto greco ( $\Delta$ ), tre lati, ossia tre sfaccettature: alla base, il suo sapere legale esperto; in uno dei due lati del triangolo, le conoscenze tecnologiche, nel terzo lato, l'intelligenza emotiva. Per un approfondimento sul punto, nel passaggio dal c.d. *I-shaped Lawyer*, al *T-shaped Lawyer*, al *Plus-shaped Lawyer* sino al *Delta-shaped Lawyer*, v. S. DALLA BONTÀ, *Il giurista-avvocato alla prova del comunicare, mediare e negoziare in rete nella soluzione del contenzioso civile*, cit., p. 166.

<sup>(115)</sup> Il riferimento è a Cass. civ., sez. III, 27 marzo 2019, n. 8473, in «Il foro italiano», 2019, I, c. 3250 ss., con commento di D. DALFINO, «*Primo incontro, comparizione personale delle parti, effettività della mediazione*»; in «Giurisprudenza italiana», 2019, p. 2128 ss., con annotazione di F.P. LUISO, *Mediazione obbligatoria, il giudice e la legge*; in <[www.judicium.it](http://www.judicium.it)>, 1° aprile 2019, con commento di P. LUCARELLI, *La sentenza della Corte di Cassazione 8473/2019: un raro esempio di uroboro*; in <[www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)>, 18 aprile 2019, con nota di C. GIOVANNUCCI ORLANDI, *La Cassazione n. 8473/2019: una rondine che speriamo non faccia primavera*.

portato ad «affiancare all'avvocato esperto in tecniche processuali che «rappresenta» la parte nel processo, l'avvocato esperto in tecniche negoziali che «assiste» la parte nella procedura di mediazione»; novità che «segna anche la progressiva emersione di una figura professionale nuova, con un ruolo in parte diverso e alla quale si richiede l'acquisizione di ulteriori competenze di tipo relazionale e umano, inclusa la capacità di comprendere gli interessi delle parti al di là delle pretese giuridiche avanzate» <sup>(116)</sup>.

15. *La comunicazione efficace negli atti giudiziari di parte: l'individuazione del vero interesse dell'assistito quale presupposto per sobrietà e chiarezza nel dialogo processuale.* — La padronanza di competenze relazionali e comunicative, unite a quelle giuridiche, e la gestione sapiente del colloquio con l'assistito consentono all'avvocato di assolvere alla sua funzione sociale anche da un'altra prospettiva, cui in tempi recenti si è tributata – a ragione – crescente attenzione: la capacità di evitare la «disfunzionale» redazione di atti giudiziari di parte oscuri e prolissi <sup>(117)</sup>.

<sup>(116)</sup> Cass. civ., sez. III, 27 marzo 2019, n. 8473, cit., punto 3.

<sup>(117)</sup> Ci si riferisce qui agli antesignani della codificazione del principio di chiarezza e sinteticità degli atti giudiziari di cui al nuovo art. 121, comma 1, seconda parte, cod. proc. civ., che sono andati da sue incalzanti elaborazioni giurisprudenziali (v., per tutti, A. PANZAROLA, *Sulla sinteticità nella redazione degli atti processuali civili: un invito opportuno, non un principio generale del processo civile*, in *La sintesi negli atti giuridici*, a cura di G. Conte e F. Di Marzio, cit., p. 121 ss., spec. p. 124 ss. e p. 138 ss.; P. PELLEGRINELLI, *Sinteticità e chiarezza degli atti processuali*, Roma, 2018, p. 155 ss.), contributi alla promozione di buone pratiche grazie al prezioso confronto nato dal basso degli Osservatori sulla giustizia civile (v. D. CERRI, *Le linee-guida 2017 degli Osservatori sulla giustizia civile sulla redazione degli atti in maniera chiara e sintetica*, in <www.judicium.it>, 24 agosto 2017), sino ai protocolli d'intesa siglati tra Consiglio nazionale forense, Corte Suprema di cassazione, Procura generale della Corte di cassazione e Avvocatura generale dello Stato (v. F. CARPI, *La redazione del ricorso in Cassazione in un recente protocollo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2016, p. 339 ss.; C. PUNZI, *Il principio di autosufficienza e il «protocollo d'intesa» sul ricorso in Cassazione*, in «Rivista di diritto processuale», 2016, p. 585 ss.; nonché gli scritti raccolti in *Il ricorso per cassazione tra sinteticità e completezza*, a cura di C. Consolo, in «Giurisprudenza italiana», 2016, p. 2768 ss.). In questa cornice si inseriva anche la prima

Come ben sottolinea Aurelio Gentili, tali sono quegli atti che si allontanano dal modello astratto e virtuoso di atto chiaro e conciso, che, pur nella critica che essa ha subito nel tempo, risponde alla forma logica della sussunzione. È, questo, il modello in cui l'avvocato allega i fatti inclusi nella norma entro cui ritiene essi siano da sussumersi, onde ottenere, una volta provatone nel processo l'accadimento, l'effetto giuridico che quel dettato legale prevede e che viene nell'atto richiesto al giudice <sup>(118)</sup>.

Se tale è l'archetipo dell'atto giudiziario di parte, si intende come, a rigore, «ogni deviazione dal modello chiaro e conciso descritto è strategicamente inopportuna: non rafforza ma distrae». *Quod abundat vitiat* <sup>(119)</sup>. Ne discende che, anche solo per tattica difensiva, l'avvocato non dovrebbe mai cadere nella «tentazione» di quel «vizio».

Nota è tuttavia la frequenza nella prassi delle deviazioni dal modello astratto di atto virtuoso. Se diverse ne sono le cause, tra queste non mancano quelle che trovano motivo in una «disfunzione» comunicativa nel rapporto avvocato-cliente sin dal primo colloquio che tra costoro si svolga.

Oscurità e prolissità dell'atto giudiziario, infatti, costituiscono non di rado effetto «processuale» a valle dell'incapacità «stragiudiziale» a monte di far emergere, nella relazione avvocato-assistito, il vero interesse di costui e, da lì, muovere all'individuazione del metodo più appropriato con cui esso possa legalmente perseguirsi per vie diverse da quella processuale. Pernicioso corollario ne è spesso l'incapacità dell'avvocato di dissuadere l'assistito

traduzione in diritto positivo del principio in parola, in ispecie nel codice del processo amministrativo, e, con precisione, nel suo art. 3, comma 2, cod. proc. amm., cui è poi corrisposto l'art. 13-ter disp. att. cod. proc. amm., da ultimo novellato dalla l. n. 197 del 2024.

<sup>(118)</sup> Si veda A. GENTILI, *Sobrietà e chiarezza negli atti di parte del giudizio civile*, cit., p. 26, che dalle premesse di cui nel testo, fa discendere, con ferrea consequenzialità, la conclusione per cui «l'atto processuale di parte non è né "lungo" né "breve"; semplicemente contiene tutti e *soli* gli elementi che riconducono il fatto alla fattispecie astratta».

<sup>(119)</sup> V. ancora A. GENTILI, *Sobrietà e chiarezza negli atti di parte del giudizio civile*, cit., p. 26.

dall'agire in giudizio anche laddove la posizione di costui paia non conformarsi al dettato legale <sup>(120)</sup>.

Ebbene, anche da tale angolatura esce esaltata la fase pre-contenziosa del rapporto avvocato-assistito, in quanto le abilità relazionali e comunicative del primo si rivelano cruciali nell'applicazione di quei requisiti di chiarezza e sinteticità della scrittura nel processo civile oggi positivamente codificati nell'art. 121 cod. proc. civ. <sup>(121)</sup>. Solo una ricerca attenta e competente del vero interesse dell'assistito consente infatti di scremare con efficacia ciò che ha ragione di essere portato alla soglia della giurisdizione, essendosi *ante causam* sfrondata, grazie ad un'indagine condotta con competenza non solo legale, la posizione dell'assistito «dal troppo e dal vano», ovvero da ciò che ne offusca il «vero volto» <sup>(122)</sup>, in altre parole – e fuor di metafora – da ciò che non merita e/o non può – pena la mala fede o la colpa grave – farsi valere in giudizio <sup>(123)</sup>.

<sup>(120)</sup> Id., *op. ult. cit.*, p. 27.

<sup>(121)</sup> Trattasi della novella all'art. 121, comma 1, seconda parte, cod. proc. civ. – e all'art. 46 disp. att. cod. proc. civ. – introdotta dalla riforma del processo civile di cui al decreto legislativo n. 149 del 2022, cui è corrisposta l'adozione del decreto ministeriale n. 110 del 2023. A riguardo, per tutti, 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; 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.; L. DELLA PIETRA, *Focus sul d.m. 7 agosto 2023, n. 110*, in «Il diritto processuale civile italiano e comparato», 2023, p. 830 ss.; G. FABBRIZZI, *Anatomia dei limiti dimensionali degli atti processuali nel d.m. 7 agosto 2023, n. 110*, in «Rivista di diritto processuale», 2024, p. 985 ss.

<sup>(122)</sup> Le citazioni sono qui dalla Relazione al Re sul codice di procedura civile del 1940, laddove si illustravano significato e obiettivo della prima udienza del processo di cognizione di primo grado e, in particolare, di quel dialogo tra giudice, avvocati e parti che avrebbe dovuto consentire di meglio «dirigere» – in ragione del potere di direzione materiale del processo del giudice – la causa verso la sua più efficace ed efficiente definizione. Il riferimento pare qui calzante perché, ancor prima che nel contenitore processuale, è nel colloquio dell'avvocato con il cliente che il conflitto narrato da costui può essere individuato nei suoi contorni, anche non squisitamente giuridici, sì da comprendere come esso possa essere lecitamente risolto, anche senza adire la via giurisdizionale.

<sup>(123)</sup> A riguardo, per una panoramica di ampio respiro, attenta all'impre-

Anche in questa non facile attività insiste dunque il nitore di pensiero che permette di concepire e stendere un atto giudiziario che fa della specularità tra la parte «in fatto» e quella «in diritto» il suo architrave e, al contempo, della specifica ma essenziale puntuazione cronologica della prima e dello svolgimento logico-ordinato della seconda (*id est* questioni pregiudiziali di rito, questioni preliminari di merito e merito) i suoi pilastri portanti <sup>(124)</sup>.

Ancora, è grazie ad una relazione avvocato-assistito improntata alla funzione sociale del primo che il linguaggio dell'atto giudiziario risulterà comprensibile, non solo al giudice – con il che l'atto di parte diventerà la pronuncia giudiziale che si vorrebbe leggere pubblicata <sup>(125)</sup> – ma anche alla parte che si assiste e rappresenta. È in questo modo, infatti, che l'avvocato diventa latore verso

scindibile termine di confronto statunitense, v., per tutti, G.C. HAZARD, A. DONDI, *Etiche della professione legale*, cit.; 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.; ID., *Etica dell'avvocatura: strategie difensive, conflitti di interesse e abuso nel processo civile*, in *Studi in onore di Colesanti*, vol. I, Napoli, 2009, p. 543 ss.; V. ANSANELLI, *Riforme dell'etica dell'avvocatura e riforme del processo civile*, in «Il giusto processo civile», 2021, p. 399 ss.; da ultimo, in merito al rapporto tra avvocato e informazioni offerte dal cliente, v. M. BINA, *La felicità dell'avvocato*, cit., p. 234 ss.

<sup>(124)</sup> Si riprendono qui le indicazioni su struttura e ordine dell'atto giudiziario di parte fornite dall'art. 2, comma 1, lett. e), f) e g), d.m. 110/2023.

<sup>(125)</sup> È questa l'efficace conclusione cui perviene L. CROTTI, *Le tecniche di redazione degli atti giudiziari*, in «Il giusto processo civile», 2020, p. 1275 ss., spec. p. 1284, dal momento che, come ricorda P. BIAVATI, *Sobrietà e chiarezza negli atti di parte*, cit., p. 144, la vera sfida nella redazione dell'atto di parte è quella di «permettere al giudice di leggere poco e bene, non poco e basta». D'altronde, come ben sottolinea I. PAGNI, *Chiarezza e sinteticità negli atti giudiziari: il protocollo d'intesa tra Cassazione e CNF*, in «Giurisprudenza italiana», 2016, p. 2782 ss., spec. p. 2785, «la chiarezza degli atti di parte è, diversamente dalla sintesi, un requisito che non soddisfa soltanto l'esigenza di rapidità della risposta giudiziaria, ma è in grado di assicurare altresì la «qualità» di quella risposta: dipendendo la persuasività del ragionamento giudiziale non solo dalla validità degli enunciati, ma anche dalla organicità con cui il ragionamento è stato impostato, dalla coerenza interna dello stesso, e dall'efficacia dell'esposizione».

la collettività di una giustizia non avvertita come «d'élite» <sup>(126)</sup>, ma a misura di cittadino (anche) attraverso la «misura delle parole» <sup>(127)</sup>.

All'opposto della banalizzazione di linguaggio e prosa dell'avvocato, ciò significa invece loro maggiore cura, grazie ad un vocabolario che non si riduce in ricchezza, ma si fa al contrario più attento, preciso e selezionato, e ad un periodare che non si risolve in mera paratassi, bensì diventa frutto di un accurato quanto rispettoso *labor limae* <sup>(128)</sup>. D'altronde, per riprendere una nota massima attribuita a Galileo Galilei, parlare e scrivere «oscuramente lo sa far ognuno, ma chiaro, pochissimi» e, ancora, secondo la nota proposizione di Ludwig Wittgenstein, «*Die Grenzen meiner Sprache bedeuten die Grenzen meiner Welt*»: i confini della mia lingua sono i limiti del mio mondo <sup>(129)</sup>.

Nella sua funzione sociale, l'avvocato sia quindi foriero di quella comunicazione precisa ma semplice – e non semplifica-

<sup>(126)</sup> Così P. BIAVATI, *Sobrietà e chiarezza negli atti di parte*, cit., p. 143, secondo cui «[l']atto processuale, da un esercizio di stile in una giustizia di élite, deve diventare strumento funzionale di una giurisdizione di massa», tanto più che gli atti giudiziari di parte «circolano in un perimetro più ampio dei loro destinatari, secondo modalità oggettivamente facilitate dalla tecnologia. (...) Ne segue che vi è una forte esigenza sociale di rendere il contenuto dell'atto giudiziario comprensibile al di fuori del novero degli addetti ai lavori», con la conseguenza che, per assolvere a tale esigenza, il linguaggio dell'atto deve essere meno criptico e più intelleggibile anche al non giurista: così ancora ID., *Il linguaggio degli atti giudiziari*, cit., p. 477 ss.

<sup>(127)</sup> Discorre di «misura delle parole», F. DANOVÌ, *Presentazione*, in *La cura della relazione e la relazione di cura*, a cura di A. Maniaci, cit., p. XI ss., prec. p. XIV.

<sup>(128)</sup> La chiarezza e sobrietà del parlare e dello scrivere stanno quindi all'estremo opposto di un impoverimento del linguaggio, su cui avverte, in particolare volgendo lo sguardo alle più giovani generazioni aduse a comunicazioni minimali, in cui il vocabolario si riduce e restringe, P. BIAVATI, *Il linguaggio degli atti giudiziari*, cit., p. 478, secondo il quale «una lingua più povera e un vocabolario meno ricco incidono quando si devono distinguere in modo sottile concetti, nozioni e istituti, ma anche semplicemente quando si devono esporre i fatti».

<sup>(129)</sup> È la proposizione n. 5.6 del suo *Tractatus Logico-Philosophicus*, New York-London, 1922.

ta <sup>(130)</sup> – che paia facile a realizzarsi sin tanto che non ci si cimenti a metterla in pratica in prima persona – ché poi è questa la cifra del vero professionista e della vera arte. *Ars celare artem est.*

16. *Lessico e funzione sociale dell'avvocato: dall'approccio egocentrico a quello ontocentrico al conflitto.* — La ricchezza di linguaggio richiesta all'avvocato segna non poco il suo approccio al conflitto allorché egli si riconosca nel ruolo nobile di chi è pronto a mettere al centro il problema dell'assistito <sup>(131)</sup>; un avvocato che da mero *litigator*, focalizzato sulla sola massimizzazione dell'esito processuale, diventa quindi (anche) *problem solver* e *legal designer* <sup>(132)</sup>.

<sup>(130)</sup> Il riferimento è qui alla sottile distinzione, accertamente svolta dal c.d. *Plain Language Movement* – promosso da D. MELLINKOFF, *The Language of the Law*, New York, 1963, e sulla cui evoluzione v. M. BLASIE, *The Rise of Plain Language Laws*, in «University of Miami Law Review», 2022, vol. 76, p. 447 ss. – tra «*plain language*» (linguaggio chiaro, nel senso di semplice) e «*simple language*» (linguaggio facile, nel senso di semplificato, agevolato, quale linguaggio destinato a riceventi con difficoltà di comprensione nella lettura per ragioni di salute, poca conoscenza della lingua, *et similia*). In questa direzione si esprime da ultimo la normativa adottata dall'*International Organization for Standardization* (ISO) 24495-1: 2023 «*Plain language - Part 1: Governing principles and guidelines*», elaborata dal Comitato Tecnico ISO/TC 37 «*Language and terminology*» nel giugno 2023, ratificata dal Presidente dell'Ente italiano di normazione (UNI) il 1° febbraio 2024, e pubblicata nella versione ufficiale in italiano nell'aprile 2024, quale UNI ISO 24495-1 «Linguaggio chiaro - Parte 1: Principi e linee guida»: v. a riguardo *Introduzione*, p. 2.

<sup>(131)</sup> Così R. SUSSKIND, *Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future*, 2<sup>a</sup> ed., Oxford, 2017.

<sup>(132)</sup> Con riguardo all'avvocato quale *problem solver*, v. B. JORDAAN, *Negotiation and Dispute Resolution for Lawyers*, cit., p. 37 ss., che ricorda come l'*American Bar Association* attribuisca ogni anno il premio *Lawyer as Problem Solver* sulla base delle capacità dell'avvocato di analizzare la controversia con approccio interdisciplinare, prendendo in considerazione la varietà di interessi del cliente e la molteplicità di fattori e circostanze che incidono sul suo problema; di tradurre le posizioni giuridiche in interessi; di generare e valutare soluzioni al problema arate come innovative; di creare consenso attorno ad una soluzione che risponde all'obiettivo e all'interesse del cliente o dei soggetti coinvolti. In questo senso, l'avvocato diventa anche *legal designer*, in collaborazione con il proprio cliente, per «disegnare» la soluzione più appropriata alle

Tale prospettiva, diversa da quella tradizionale, incide giocoforza sul lessico che l'avvocato impiegherà nel colloquio con la persona che vive il conflitto. L'attitudine non egocentrica ma ontocentrica al conflitto – focalizzata, cioè, non sullo scontro tra posizioni giuridiche reciprocamente escludenti, ma sul problema da risolvere, rispetto cui parti e avvocati sono al servizio – passa infatti per la cura delle parole impiegate. Muove in particolare dall'abbandono di quella terminologia bellica che tradizionalmente segna la via processuale, quale trasposizione nelle aule giudiziarie di un duello in singular tenzone<sup>(133)</sup>.

Non più «controparte» o «avversario», ma «altra parte»; non più «armi difensive», ma «soddisfazione dei propri interessi»; non più «vittoria/sconfitta», ma «soluzione (alle radici) del problema»<sup>(134)</sup>: sono soltanto alcuni degli accorgimenti dell'avvocato nella scelta delle parole, capaci di trasmettere a chi narra il conflitto una prospettiva diversa dalla sua automatica trasposizione sul piano del giustiziabile, e destinata a far diventare il processo soltanto una delle ipotetiche vie di soluzione della lite<sup>(135)</sup>.

sue esigenze: v. M. KLEMOLA, A. KOHLMEIER, *The Legal Design Book: Doing Law in the 21st Century*, 2021; S. URSEL, *Building Better Law: How Design Thinking Can Help Us Be Better Lawyers, Meet New Challenges, and Create the Future of Law*, in «Windsor Yearbook of Access to Justice», 2017, vol. 34, p. 28 ss., prec. p. 58.

<sup>(133)</sup> In questi termini, G. COSI, *Conoscere il conflitto*, cit., p. 5, p. 16 ss.; ID., *L'accordo e la decisione*, cit., p. 113 ss., p. 126 ss., che contrappone il modello di percezione del conflitto egocentrico a quello ontocentrico: il primo, incentrato sulla contrapposizione tra la «mia» visione del problema contro la «tua» visione del problema, destinato ad un *aut aut, tertium non datur*, e così al vero/falso, vincere/perdere; il secondo, propositivo di un visione ontocentrica del problema, in cui il ruolo da protagonista è assegnato proprio a quest'ultimo – dato che fatalmente accomuna i confliggenti – e rispetto ai quali costoro si pongono «al servizio» per trovarne una soluzione. È questa la premessa per «separare il problema dalle persone» e concentrarsi sulla soluzione del problema, lavorando intensamente su questo e rispettando invece le persone.

<sup>(134)</sup> Ancora, sul punto, G. COSI, *L'accordo e la decisione*, cit., p. 119.

<sup>(135)</sup> Solo in questo modo l'avvocato uscirebbe dal ricorso a quel linguaggio che «stilizza i soggetti in puri individualisti possessivi e in puri *homini oeconomici*»: così G. COSI, *L'avvocato e il suo cliente*, cit., p. 66. Da ultimo, in questa direzione, M. BINA, *La felicità dell'avvocato*, cit., p. 44, secondo cui

Questo tipo di «eloquenza» reca con sé ricadute importanti, non solo sulla singola relazione avvocato-assistito, ma anche sulla percezione che l'avvocatura ha di se stessa, sulla visione della professione forense da parte della collettività come sulla cultura del conflitto.

Si tratta di ricadute che non mettono in discussione né sminuiscono il peso specifico della preparazione giuridica e tecnico-linguistica dell'avvocato. La capacità dell'avvocato di far emergere gli interessi della parte e di individuare nel caso concreto una via a-giudiziale di soluzione del conflitto, infatti, non potranno mai andare disgiunte dalla competenza tecnico-giuridica dell'avvocato di redigere negozi, così come di rappresentare e difendere la parte in giudizio <sup>(136)</sup>. La soluzione consensuale del conflitto, infatti, comporta quasi sempre la necessità di tradurre l'accordo raggiunto dalle parti in un negozio validamente espresso in linguaggio giuridico, quale linguaggio convenzionalmente comprensibile e opponibile a terzi in un determinato ordinamento <sup>(137)</sup>. Non solo. Qualsiasi soluzione consensuale delle parti che venga trasfusa dall'avvocato in un negozio giuridico implica la compe-

«[p]iù adeguato (...) 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, ad individuare diverse alternative tra quelle previste dalla legge, tra le quali, poi, il cliente può scegliere».

<sup>(136)</sup> Così, per tutti, J. MACFARLANE, *The New Lawyer*, cit., cap. 1, § *Rethinking Practice Habits*; nonché cap. 7, § *The Role of Legal Expertise in Legal Negotiation and Consensus Building*.

<sup>(137)</sup> V., per tutti, F.P. LUIISO, *Diritto processuale civile*, 14<sup>a</sup> ed., Milano, 2024, vol. V, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, p. 9 ss.; G. RUFFINI, *Giustizia, giurisdizione, processo*, in *Diritto processuale civile*, a cura di G. Ruffini, vol. I, *La giustizia civile*, Bologna, 2023, p. 22 ss., che nel discorrere degli strumenti di giustizia consensuale, ricorda i negozi giuridici risolutivi delle liti che possono seguire al raggiunto consenso delle parti nella soluzione della controversia, quali, tra gli altri: la rinuncia unilaterale alla pretesa; il riconoscimento unilaterale della fondatezza di un'altrui pretesa inizialmente contestata; il contratto di transazione di cui all'art. 1965, comma 1, cod. civ.; il negozio di accertamento quale *species* del contratto di transazione, su cui, da ultimo, in una fine analisi, M GRADI, *Teoria dell'accertamento consensuale: storia di un'incomprensione*, in «Giustizia consensuale», 2021, p. 303 ss.

tenza del legale di prefigurare le possibili conseguenze processuali derivanti dal mancato rispetto del negozio siglato, e così gli scenari che potrebbero schiudersi in giudizio allorché si adisca la via giurisdizionale. Non a caso si è soliti ripetere che l'ottimo contrattualista è sempre ottimo processualista <sup>(138)</sup>: la stesura di un negozio giuridico capace di reggere allo «scorrere della vita», e così agli «accidenti» che possono incrinare il rispetto, comporta, infatti, l'abilità di prevedere cosa accadrebbe nel giudizio instaurato per colpirne la «patologia» <sup>(139)</sup>.

Senza contare, inoltre, che approccio «collaborativo» al conflitto – nel senso di «aperto a soluzioni altre» rispetto al processo – non significa «remissività» dell'avvocato (e della parte), bensì loro assertività, intesa, questa, quale capacità comunicativa che non scade in cedevolezza o aggressività, ma consiste nell'abilità di affermare in modo chiaro ed efficace un'opinione, un interesse, una posizione nel rispetto dell'interlocutore, di cui si è pronti ad ascoltare, pur senza eventualmente condividerla, l'opinione, l'interesse, la posizione <sup>(140)</sup>. La parola «assertività» deriva, d'altro canto, da *ad-serere*, dove *serere* significa «intrecciare» e *ad* è pre-

<sup>(138)</sup> Così A. BRIGUGLIO, *La professione forense nel contenzioso civile 40 anni dopo (Festeggiando l'anniversario della fondazione della Facoltà di Giurisprudenza della LUISS)*, in «Giustizia civile», 2022, p. 577, che nell'evidenziare la scontata osmosi formativa e pratica, nello svolgimento della professione forense, tra dimensione stragiudiziale e contenziosa, ricorda come «solo chi sa scrivere un contratto è in grado di gestirne la patologia in giudizio e solo chi conosce quel che succede davanti al giudice, e quando il piacevole clima da brindisi *post closing* è un lontano ricordo, può saper scrivere un contratto».

<sup>(139)</sup> Non è un caso che soglia ripetersi che anche la soluzione a-giurisdizionale della controversia si svolga sempre «all'ombra del diritto», riferendosi alla suggestiva formula coniata da R.H. MNOOKIN, L. KORNHAUSER, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, in «Yale Law Journal», 1979, p. 950 ss., prec. p. 968, che ammoniscono sul fatto che la via di soluzione della lite alternativa al processo non deve svolgersi «nel vuoto», ma all'«ombra della legge», nel senso che è ciò che la legge assicura alle parti in caso di mancato accordo, a costituire, nel negoziato, «merce di scambio», una sorta di «dotazione» («*they bargain in the shadow of the law (...). In other words, the outcome that the law will impose if no agreement is reached gives each [party] certain bargaining chips – an endowment of sorts*»).

<sup>(140)</sup> Sulla comunicazione assertiva v. E. GIUSTI, A. TESTI, *L'assertività*,

fisso rafforzativo: il comunicatore assertivo è quindi colui che sa «intrecciare con abilità», ossia sa tessere una comunicazione «con arte».

17. *L'avvocato e l'«emancipazione dell'assistito»: quando l'auto-determinazione diventa sinonimo di autoresponsabilità.* — Quanto all'impatto sulla collettività della diffusione di un approccio collaborativo dell'avvocato al conflitto, si intende come questo, ove abbracciato con competenza e su larga scala dall'avvocatura, non può che sortire il benefico effetto di indurre la collettività – che ad essa si rivolga – ad una diversa attitudine alla conflittualità. Ne esce in questo modo esaltata la funzione sociale dell'avvocato quale «educatore civico» <sup>(141)</sup>.

L'abilità dell'avvocato di gestire il rapporto con l'assistito mettendo al centro la soluzione del problema, anziché lo scontro frontale, sollecita, infatti, quella c.d. capacitazione della persona <sup>(142)</sup> – intesa quale progressiva autoconsapevolezza del possesso delle risorse per risolvere il conflitto (in inglese: *empowerment*) <sup>(143)</sup> – che rappresenta la migliore manifestazione del diritto di autodeterminazione in quanto sinonimo di autoresponsabilità <sup>(144)</sup>.

Roma, 2020; D. DI LAURO, *L'assertività: comunicare in modo chiaro ed efficace*, Milano, 2009.

<sup>(141)</sup> La bella immagine dell'avvocato quale «*civics teacher*» è ripresa da B.A. GREEN, R.G. PEARCE, «*Public Service Must Begin at Home: The Lawyer as Civics Teacher in Everyday Practice*», in «*William & Mary Law Review*», 2009, vol. 50, p. 1207 ss., spec. pp. 1213-1214; nonché E. WALD, R.G. PEARCE, *Being Good Lawyers*, cit., p. 623, che interpretano il ruolo di «educatori civici» degli avvocati nel senso che «*[t]hey would explain not only the letter of the law, but the meaning of being a responsible member of the community*», esaltando la dimensione relazionale del loro rapporto con il cliente.

<sup>(142)</sup> Così A. SIMONCINI, E. CREMONA, *Mediazione e Costituzione*, in «*Giustizia consensuale*», 2022, p. 3 ss., p. 19 ss.

<sup>(143)</sup> Per tutti, R.A.B. BUSH, J.P. FOLGER, *The Promise of Mediation*, cit., p. 45 ss., p. 53 ss.

<sup>(144)</sup> In questo senso, acutamente, dall'angolatura del contenzioso da crisi familiare, ma con riflessione estendibile ad ogni tipologia di contenzioso, A. SPADAFORA, *La «nuova» autonomia privata familiare tra norma sostanziale e norma processuale*, in «*Famiglia e diritto*», 2023, p. 177 ss.

Da un tale cambiamento di sguardo e di azione discende quindi una rivisitazione del rapporto avvocato-assistito, che diventa così «relazione», in cui tanto il secondo che il primo sono al centro <sup>(145)</sup>: la persona che vive il conflitto, perché intesa nella sua «interezza», in una visione olistica che non la riduce all'atomistico interesse della vittoria processuale <sup>(146)</sup>; il professionista, perché esperto che, grazie alla sua conoscenza tecnica e alle sue capacità relazionali, comunicative ed emotive, è in grado di accompagnare il cliente verso il miglior soddisfacimento del suo vero interesse <sup>(147)</sup>.

Insieme, quindi, avvocato e assistito diventano «compagni di viaggio» <sup>(148)</sup>, in una relazione che pur superando il paternalismo

<sup>(145)</sup> Così C. MARCUCCI, *Un nuovo Avvocato per un nuovo Cliente*, cit., p. 187, secondo cui le figure del professionista e dell'assistito sono al centro «[c]iascuna con tutto il suo bagaglio di umanità, razionalità ed emotività. Dal loro incontro professionale ed umano allo stesso tempo nasce la possibilità di un aiuto a tutto tondo da parte del professionista».

<sup>(146)</sup> Discorrono di «atomistic interest» quale «self-interest as the narrow, short term interest of the atomistic actor», E. WALD, R.G. PEARCE, *Being Good Lawyers*, cit., pp. 604 e 612 ss., secondo cui ad una visione atomistica dell'interesse dell'individuo corrisponde l'«ideology of lawyers as hired guns», ossia dell'avvocato quale «pistola assoldata» dal cliente. Si oppone a tale approccio riduzionista, il c.d. *holistic lawyering*, che promuove un avvocato che analizza il conflitto e si relaziona con l'assistito, inteso come persona, «nel suo insieme»: a riguardo, v. W. VAN ZYVERDEN, *Holistic Lawyering: A Comprehensive Approach to Dispute Resolution*, in «Boston University Public Interest Law Journal», 1993, vol. 3, p. 5 ss.; R. STEINBERG, *Beyond Lawyering: How Holistic Representation Makes for Good Policy, Better Lawyers, and More Satisfied Clients*, in «New York University Review of Law & Social Change», 2006, vol. 30, p. 625 ss.; anche qui torna il paragone con il mondo medico, dove avanza l'idea della c.d. salutogenesi – concetto e approccio coniato da A. ANTONOVSKY, *Health, Stress and Coping*, San Francisco, 1979 – che indaga le cause e le fonti della salute nella convinzione che ogni persona è un complesso di varie componenti (fisiche, relazionali, emotive e spirituali) con la conseguenza che solo un'attenzione integrata a tutti questi fattori può aumentare la salute dell'individuo: a riguardo v. M. GLÖCKLER, *Salutogenesi: le fonti della salute fisica, psichica e spirituale*, in *Salute, malattia e salutogenesi: le fonti della salute fisica, psichica e spirituale*, Milano, 2004, p. 11.

<sup>(147)</sup> Torna qui l'immagine del c.d. *Delta-lawyer*, su cui, *si vis*, ancora, S. DALLA BONTÀ, *Il giurista-avvocato alla prova del comunicare, mediare e negoziare in rete nella soluzione del contenzioso civile*, cit., p. 166.

<sup>(148)</sup> Così, con felice immagine, C. MARCUCCI, *Un nuovo Avvocato per un*

della mistica della delega professionale, non identifica l'autodeterminazione della persona che vive il conflitto con la sua esclusiva responsabilità nelle decisioni che l'abbiano ad oggetto, una volta ricevute le informazioni tecniche necessarie <sup>(149)</sup>. Al contrario, vede l'avvocato non perdere «il timone» che la sua conoscenza tecnico-legale ed esperienza professionale gli consegna, ancorché nel costante riconoscimento e rispetto dell'autonomia della persona assistita <sup>(150)</sup>. Si tratta pertanto di un «viaggio a due», che vede l'avvocato attivamente impegnato «nell'offrire e fornire informazioni oneste, nel tempo e modo più opportuno e consono ai bisogni [dell'assistito], chiarendo dubbi, esplorando paure, accogliendo oscillazioni nelle volontà e ambiguità decisionali» <sup>(151)</sup>.

In questa «rotta di viaggio», trovano così riconoscimento anche le emozioni dell'assistito, che non più liquidate come indesiderato intralcio allo svolgimento della professione forense, vengono accortamente raccolte e gestite quali parte integrante della persona – in carne ed ossa – che vive il conflitto. Si erge qui la sfida dell'avvocato attento alle emozioni – il c.d. *Affective Lawyer* <sup>(152)</sup>

*nuovo Cliente*, cit., p. 187, riprendendo le riflessioni di L. ORSI, *La relazione in medicina*, cit., p. 15. Tale immagine si sposa con quella dell'«alleanza» tra avvocato e cliente, anch'essa assonante all'«alleanza terapeutica» tra medico e paziente: v. C. MENICHINO, *Prevenzione dei conflitti e relazione professionale*, cit., p. 131.

<sup>(149)</sup> Ritorna qui il paragone con la relazione medico-paziente che, secondo il paradigma di cui nel testo, vede il medico trasformare il proprio ruolo da prescrittore e attuatore di strategie terapeutiche, in compagno di viaggio che cammina a fianco del malato: così ancora C. MENICHINO, *Prevenzione dei conflitti e relazione professionale*, cit., p. 131.

<sup>(150)</sup> V. ancora C. MARCUCCI, *Un nuovo Avvocato per un nuovo Cliente*, cit., p. 187, nel raccogliere le riflessioni di L. ORSI, *La relazione in medicina*, cit., p. 15. In questo senso anche J. MACFARLANE, *The New Lawyer*, cit., cap. 6, § *Affective Lawyering*, che ricorda come nel rapporto avvocato-cliente la misura del potere di ciascuno deve essere pur sempre chiara: l'avvocato è il depositario di una conoscenza legale superiore; il cliente è il «padrone» del conflitto.

<sup>(151)</sup> Così, testualmente, C. MARCUCCI, *Un nuovo Avvocato per un nuovo Cliente*, cit., p. 187.

<sup>(152)</sup> Con tale espressione ci si riferisce ad un'avvocatura sensibile agli aspetti emotivi, che applica un c.d. *affective method*, che «*acknowledges that clients demand an emotional response*»: così L. MILLS, *Affective Lawyering: Emotional*

– chiamato a trovare un delicato, ma benefico equilibrio tra intelligenza emotiva, empatia e professionalità legale, nel rispetto dei doveri deontologici <sup>(153)</sup>. Una sfida importante, solo raccogliendo la quale, però, l'avvocato sarà in grado di rispondere alla sua nobile funzione sociale, in un modo che invero solo l'essere umano – è il c.d. *Vitruvian Lawyer* <sup>(154)</sup> – e non la macchina, neppure nelle forme avanzate dell'intelligenza artificiale, può offrire <sup>(155)</sup>.

Ebbene, è quindi così che l'attitudine «collaborativa» dell'av-

*Dimensions of the Lawyer-Client Relationship*, in D. STOLLE, D. WEXLER, B. WINICK, *Practicing Therapeutic Jurisprudence*, Durham, 2000, p. 419 ss., spec. p. 422; nonché J. MACFARLANE, *The New Lawyer*, cit., cap. 6, § *Affective Lawyering*.

<sup>(153)</sup> Sulla sfida che un tale approccio reca si consenta rinvio a S. DALLA BONTÀ, *Il giurista-avvocato alla prova del comunicare, mediare e negoziare in rete*, cit., p. 177 ss., ove si richiama il rischio – iconicamente espresso – del c.d. *Guru Lawyer*, ovvero dell'avvocato che investe l'assistito con la paternalistica imposizione del suo sistema valoriale: così T.L. SHAFFER, R.F. COCHRAN, *Lawyers as Strangers and Friends: A Reply to Professor Sammons*, in «University of Arkansas at Little Rock Law Review», 1995, vol. 18, p. 69 ss., spec. p. 83. Chiaro è, infatti, che l'avvocato non è né autorizzato né abilitato ad assumere un ruolo terapeutico, cosa che assistenti sociali e professionisti della salute mentale prontamente denunciano.

<sup>(154)</sup> È questa l'espressione coniata, in un suggestivo richiamo al famoso disegno a penna e inchiostro leonardesco, da H.G. ESCAJEDA, *The Vitruvian Lawyer: How To Thrive in an Era of AI and Quantum Technologies*, in «Kansas Journal of Law & Public Policy», 2020, vol. 29, p. 421 ss., spec. p. 451 ss., che trasmette l'immagine di un avvocato che, come l'uomo vitruviano, è capace di allargare sino alle estremità del cerchio e del quadrato che lo circondano – il mondo – i propri arti, in un'apparente staticità, ma invero potente dinamismo, evocativo delle potenzialità dell'essere umano. Curiosità, creatività, interdisciplinarietà, sperimentalismo del genio che quel disegno confezionò – Leonardo da Vinci – costituirebbero pertanto il modello ispirativo dell'avvocato di oggi e di domani. Un avvocato chiamato a estendere e unire più saperi nella sua persona e pronto a quella flessibilità, adattabilità e comunicazione tra contesti e discipline diversi, che gli permettano di immaginare, realizzare e vivere scenari nuovi della sua professione: così S. DALLA BONTÀ, *Il giurista-avvocato alla prova del comunicare, mediare e negoziare in rete*, cit., p. 167 ss.

<sup>(155)</sup> In questi termini C. MARCUCCI, *Un nuovo Avvocato per un nuovo Cliente*, cit., pp. 188-189, che ricorda come la consulenza personale dell'avvocato manterrà un senso se saprà essere «*client tailored* e connotata in termini di profondità umana».

vocato, riverberandosi sull'assistito attraverso il rapporto fiduciario che lega costui al primo, schiude all'osservanza del dovere costituzionale di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. da parte dell'individuo che vive il conflitto, e di qui della collettività tutta <sup>(156)</sup>. Così come è il riconoscimento della centralità della «relazione» tra avvocato e assistito, nei termini più sopra descritti, che assicura al primo l'assolvimento del suo dovere di solidarietà sociale, quale aspetto irrinunciabile della prestazione professionale, che reclama quell'acquisizione di «competenza» (o meglio: di «competenze») di cui discorre l'art. 14 cod. deont. for. <sup>(157)</sup>.

18. *L'avvocato quale «liberatore» della dimensione relazionale, orizzontale e quindi fiduciaria del diritto.* — Ne emerge in questi termini nuovamente e circolarmente esaltata la funzione sociale dell'avvocato, architetto e costruttore di relazioni, grazie alla sua capacità di veicolare al cliente il ruolo – non solo sanzionatorio, ma primariamente – relazionale del diritto <sup>(158)</sup>, quale «indicatore

<sup>(156)</sup> In questo senso, ancora, A. SIMONCINI, E. CREMONA, *Mediazione e Costituzione*, cit., p. 19 ss., che mettono in luce come la Costituzione italiana, attraversata da un chiaro *favor relationis*, concepisca i diritti sociali come diritti a relazioni costitutive e, al contempo, sancisca doveri inderogabili a loro preservazione, tra cui si pone l'art. 2, seconda parte, Cost., che, quale fondamento costituzionale della giustizia consensuale, esorta l'individuo a ricorrere alle «risorse relazionali che ognuno di noi ha in potenza, ma che debbono essere adeguatamente esercitate, pena l'incapacitazione».

<sup>(157)</sup> In questa direzione muovono le riflessioni di C. MARCUCCI, *Un nuovo Avvocato per un nuovo Cliente*, cit., p. 191, secondo cui soltanto con un bagaglio culturale attento alla relazione, l'avvocato può esercitare la funzione sociale che gli è propria.

<sup>(158)</sup> T. GRECO, *Relazioni giuridiche: una difesa dell'orizzontalità nel diritto*, in «Teoria e critica della regolazione sociale», 2014, p. 9 ss., nonché ID., *La legge della fiducia: alle radici del diritto*, Roma-Bari, 2021, p. 143 ss., il quale invita a riconoscere che il sistema giuridico non si basa unicamente sulla forza, ma si compone anche dell'«elemento della relazione», dal momento che non si può eliminare «ciò che il diritto richiede in termini di riconoscimento reciproco e di fiduciosa relazionalità». Riconoscimento, questo, che porta con sé la «responsabilità» degli uni verso gli altri, ossia la capacità di rispondere a qualcuno e quindi «il fatto (...) che io adempio ad una norma non solo perché me lo chiede lo Stato, ma perché quella norma regola i miei comportamen-

della convivenza civile» nella sua dimensione orizzontale, anziché verticale <sup>(159)</sup>.

Forte di una solida preparazione giuridica, unita ad un sapere interdisciplinare che gli consenta di decodificare la complessità del conflitto, l'avvocato si staglia quindi quale promotore e «liberatore» della dimensione positiva – «fiduciaria» direbbe il filosofo Tommaso Greco <sup>(160)</sup> – dell'essere umano che egli assiste e di cui è capace di intendere, interpretare, valorizzare i tratti unici e la capacità relazionale <sup>(161)</sup>.

Trova in ciò la sua radice profonda l'adagio secondo cui «non si fa l'avvocato, ma si è avvocato» <sup>(162)</sup>: un avvocato che si educa e

ti nei confronti degli altri». Ne deriva che il diritto, prima che indirizzarsi ai funzionari, ha quali destinatari i consociati, dal momento che esso costituisce criterio di orientamento delle loro condotte: i sistemi normativi sono perciò, primariamente, «dispositivi di relazione», come dice S. NATOLI, *Il rischio di fidarsi*, Bologna, 2016, p. 107.

<sup>(159)</sup> Così L. BREGGIA, *Il giudice civile dinanzi alla mediazione*, cit., p. 152.

<sup>(160)</sup> T. GRECO, *La legge della fiducia*, cit., in cui – come efficacemente recensisce L. BREGGIA, *Il giudice civile dinanzi alla mediazione*, cit., p. 126 – la «malta» che l'autore ha utilizzato per rinsaldare e rinvigorire la dimensione orizzontale del diritto è «l'inserimento della fiducia come elemento strutturale del diritto».

<sup>(161)</sup> Illuminanti, a riguardo, le considerazioni di A. SIMONCINI, E. CREMONA, *Mediazione e Costituzione*, cit., pp. 18-19, che ricordano come l'«individuo» al centro della Costituzione italiana non è un individuo astratto, quale quello che segna, al contrario, la concezione dello Stato liberale, ma un individuo concreto, intriso di tutti i suoi bisogni, e di cui uno Stato sociale – e vien da aggiungere: un avvocato che svolga la sua nobile funzione sociale – non può che farsi carico, al fine di promuovere appieno le potenzialità del singolo. In questo senso, v. l'acuta osservazione di C. MARCUCCI, *Un nuovo Avvocato per un nuovo Cliente*, cit., p. 189, che ammonisce contro l'avanzare di una visione in cui «il concetto di popolazione prevalga su quello di persona».

<sup>(162)</sup> Riecheggiano in questo adagio le accorate parole di P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, 4<sup>a</sup> ed., Firenze, 1959, p. XXIX: «[m]olte professioni possono farsi col cervello e non col cuore. Ma l'avvocato no. L'avvocato non può essere un puro logico, né un ironico scettico, l'avvocato deve essere prima di tutto un cuore: un altruista, uno che sappia comprendere gli altri uomini e farli vivere in sé, assumere su di sé i loro dolori e sentire come sue le loro ambascie».

si nutre nella cultura della giustizia. Ché d'altronde la giustizia è educazione e l'educazione è giustizia <sup>(163)</sup>.

Un'equazione, quest'ultima, che apre ad un altro, vasto orizzonte: quello della formazione – universitaria e non solo – del giurista-futuro avvocato. Orizzonte verso cui le riflessioni intorno alla sua funzione sociale gettano un ponte da attraversare: la migliore immagine della relazione <sup>(164)</sup>.

<sup>(163)</sup> In questo messaggio (*Education for Justice*) si coglie il significato profondo dell'acronimo (*Edu4Just*) che designa il Progetto di rilevante interesse nazionale (PRIN) 2022. Lo stretto legame tra giustizia ed educazione si riscontra in molti, fruttosi e fecondi progetti, tra cui piace ricordare quello promosso da L. BREGGIA, *Dalla giustizia all'educazione: l'educazione come promessa di giustizia*, in <[www.lucianabreggia.it](http://www.lucianabreggia.it)>.

<sup>(164)</sup> Così *Il ponte e le sue metafore: percorsi interdisciplinari tra psiche e cultura*, a cura di D. La Barbera, M. Inguglia e R. Valsavoia, Roma, 2010.

## Abstract

Il saggio delinea il ruolo sociale dell'avvocato nella società contemporanea, sottolineando la funzione dell'avvocato quale promotore di soluzioni conciliative, nonché come facilitatore di una comunicazione efficace e costruttiva. La centralità del colloquio avvocato-assistito è presentata come momento cruciale per la scoperta dell'autentico interesse della persona coinvolta nel conflitto, fondamento per una gestione olistica e responsabile della lite. La nuova figura dell'avvocato, oltre che esperto tecnico-legale, è conseguentemente intesa come professionista dotato di competenze relazionali e comunicative avanzate, capace di accompagnare l'assistito in un percorso di emancipazione e autodeterminazione responsabile. Infine, l'autrice valorizza il contributo dell'avvocato quale promotore di una cultura della giustizia che coniuga competenza tecnica e umanità, per la quale è richiesto un profondo impegno formativo ed etico.

*The essay outlines the social role of the lawyer in contemporary society, emphasizing the lawyer's function as a promoter of conciliatory solutions and as a facilitator of effective and constructive communication. The centrality of the lawyer-client dialogue is presented as a crucial moment for uncovering the genuine interests of the individual involved in the conflict, serving as the foundation for a holistic and responsible management of disputes. Consequently, the modern lawyer is conceived not only as a technical-legal expert but also as a professional endowed with advanced relational and communicative skills, capable of guiding the client through a process of empowerment and responsible self-determination. Finally, the author highlights the lawyer's contribution as a promoter of a culture of justice that integrates technical competence with humanity, a role that requires profound educational and ethical commitment.*

LUIGI LOMBARDO

*Presidente della Corte di appello di Messina*

IL CONTRIBUTO DELL'AVVOCATO  
ALLA GIUSTIZIA DELLA SENTENZA  
TRA OBBLIGO DI LEALTÀ E OBBLIGO DI VERITÀ

SOMMARIO: 1. Processo, dubbio, giudizio. – 2. Il contraddittorio come dialogo tra il giudice e gli avvocati. – 3. Il contributo degli avvocati all'elaborazione della sentenza. – 4. Avvocati e obbligo di verità tra norme processuali e principi costituzionali. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Processo, dubbio, giudizio.* — Il processo, inteso come processo giurisdizionale, è lo strumento al quale si ricorre per regolare secondo diritto una vicenda umana che l'attore sostiene essere *contra ius*. Esso presuppone il disaccordo delle parti in ordine alla regolamentazione giuridica da dare al rapporto sostanziale; e il disaccordo si esprime, nel processo, nella contrapposizione tra le tesi delle parti e nell'alternatività delle soluzioni proposte.

Il giudice viene, così, chiamato a scegliere tra la tesi proposta dall'attore e l'antitesi proposta dal convenuto; egli è investito dal «dubbio» nel suo significato più profondo, quale si coglie nel suo etimo, l'espressione latina «*duo habeo*», cioè ho due possibilità, due strade alternative dinanzi al me, sono dinanzi ad un bivio.

Il numerale due costituisce la radice comune dei termini «dubitare» e «duellare» <sup>(1)</sup>: il dubbio nasce dal duello dei difensori <sup>(2)</sup>. Nella misura in cui scaturisce dal conflitto tra tesi alternative tra

<sup>(1)</sup> Cfr. F. CARNELUTTI, *Tempo perso*, Firenze, 1959, p. 230.

<sup>(2)</sup> N. IRTI, *Dubbio e decisione*, in «Rivista di diritto processuale», 2001, p. 65.

loro, il dubbio ha la funzione euristica di ausilio del giudice nella ricerca della giusta decisione. Esso impone una scelta, spesso ardua per il decidente.

E il dubbio, nella misura in cui risulta difficile da superare, genera sofferenza nel giudice che deve decidere. La necessità di sciogliere il dubbio, di formulare il giudizio che pone fine al processo <sup>(3)</sup>, è un «dramma» per il giudice <sup>(4)</sup>, gravato dal sovrumano compito di ricostruire una vicenda fattuale a lui ignota e di dettare per essa un comando individuale nel quale venga ad inverarsi la norma generale e astratta. Il giudice, come scrive Giuseppe Capograssi, «come non ha a disposizione l'azione, che deve giudicare, perché è passata, non ha a disposizione nemmeno la legge, perché la legge è generale e deve diventare legge dell'azione singola, perché possa giudicare l'azione singola. Così si può dire che il giudice non ha nulla, deve procurarsi tutto» <sup>(5)</sup>.

E tuttavia, il giudice, nella scelta che deve compiere, non è solo. La sua decisione nasce e matura, all'interno del processo, nel dialogo con gli avvocati e nel confronto con essi.

<sup>(3)</sup> Nel diritto romano e fino all'Ottocento, il termine *iudicium* indicava tutto il processo nel suo complesso, mentre il termine *processus* aveva un significato del tutto generico (procedere, progredire, avanzare), non riferito all'attività del giudice. È dovuta alla dottrina giuridica tedesca dell'Ottocento l'attribuzione al termine «processo» del significato che intendiamo oggi, come il complesso delle attività che si svolgono dinanzi al giudice; mentre i francesi preferirono adottare il termine «procedura». Oggi per «processo» intendiamo la «sequenza concatenata di atti processuali che vanno verso l'atto finale: la sentenza».

È venuto conseguentemente a mutare anche il significato del termine «giudizio», che è ora riferito al prodotto dell'attività intellettuale del giudice che costituisce il contenuto della sentenza. Nel termine giudizio viene così a risorgere quello che era il significato primigenio del termine «sentenza» secondo la sua originaria radice, la quale si riferisce proprio al giudizio: *sententia animi iudicis*, è il «sentire del giudice», il suo parere, la sua opinione, ossia il suo giudizio. Il termine «giudizio», distinguendosi da quello di «processo», è venuto così ad indicare lo scopo del processo: si inizia un processo per ottenere un giudizio.

<sup>(4)</sup> Cfr. il recente volume di A. LO GIUDICE, *Il dramma del giudizio*, Milano-Udine, 2023.

<sup>(5)</sup> G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in «Rivista di diritto processuale», 1950, pubblicato anche in ID., *Opere*, vol. V, Milano, 1959, p. 59 s.

2. *Il contraddittorio come dialogo tra il giudice e gli avvocati.* — Il processo giurisdizionale ha la struttura di un dialogo a tre voci: «*processus est actus trium personarum: actoris, rei, iudicis*», recita il noto aforisma di Bulgaro. Il principio del «contraddittorio» («*audiatur et altera pars*») ne costituisce la regola aurea e rappresenta il *locus* nel quale si genera lo scontro e il confronto tra i contrapposti argomenti delle parti.

Nella tradizione liberale trasfusa nel codice del 1865, il principio del contraddittorio era inteso in senso puramente formale, come garanzia della astratta possibilità della parte di intervenire nel dialogo processuale. Era quello un modello processuale integralmente «dispositivo», nel quale il principio del contraddittorio era visto come mera occasione di incontro delle attività dei contendenti, come possibilità di dar sfogo alla loro abilità e ai loro impulsi egoistici, per trascinare il giudice dalla propria parte, persuadendolo delle proprie ragioni e conseguendo, così, unilateralmente la vittoria nell'agone processuale <sup>(6)</sup>.

Il codice del 1940 ha superato tale visione protoliberale del processo, da un lato introducendo il dovere delle parti di comportarsi in giudizio con lealtà e probità (art. 88 cod. proc. civ.), norma alla quale è poi strettamente collegata la possibilità per il giudice di desumere argomenti di prova dalla condotta sleale della parte o dal suo rifiuto di consentire l'ispezione di persone e di cose da lui ordinata (artt. 116 e 118 cod. proc. civ.); dall'altro, rafforzando il ruolo del giudice – quale espressione dell'interesse pubblico all'amministrazione della giustizia – e attribuendo ad esso non solo un potere di direzione «formale» del processo (art. 175 cod. proc. civ.), il cui andamento temporale è sottratto alla disponibilità delle parti e quindi anche alle loro possibili manovre dilatorie <sup>(7)</sup>, ma anche ampi poteri di direzione «materiale», che

<sup>(6)</sup> Come nota E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in «Rivista di diritto processuale», 1966, p. 593, il contraddittorio si riduceva ad essere «il mezzo che consente di scoprire i piani dell'avversario, di neutralizzare le sue azioni, di trarre profitto dai suoi errori».

<sup>(7)</sup> Per tali rilievi, M. CAPPELLETTI, *Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudiziali della struttura del processo*, in «Rivista di diritto processuale»,

gli consentono di prendere parte alla preparazione del materiale decisorio <sup>(8)</sup>.

È venuta così a mutare la stessa configurazione del contraddittorio, che, superata la struttura duale che vede una parte contrapposta all'altra, assume ora le sembianze di una relazione triadica, nella quale il giudice diviene partecipe del contraddittorio, in un costante dialogo con le parti della causa <sup>(9)</sup>.

È implicito, in questo modello processuale, un dovere di collaborazione delle parti col giudice nella trattazione della causa e nella ricerca della verità <sup>(10)</sup>. Ed il contraddittorio è venuto ad as-

1967, p. 418; v. anche P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 1943, vol. I, p. 210 s.

<sup>(8)</sup> Basti pensare al potere riconosciuto al giudice di richiedere chiarimenti alle parti e indicare loro le questioni rilevabili d'ufficio (art. 183 cod. proc. civ.), di disporre d'ufficio l'assunzione di mezzi di prova (art. 115 cod. proc. civ.), di disporre l'interrogatorio non formale delle parti (art. 117 cod. proc. civ.). Si tratta di poteri che consentono al giudice di interloquire nella trattazione e istruzione della causa, di supplire all'incapacità e agli errori delle parti, di sollecitarle a chiarire le loro domande ed eccezioni ed – eventualmente – a correggerle, *ad supplendum defectum advocatorum* e nell'ottica di rendere effettiva la loro eguaglianza nel processo. Cfr. E. GRASSO, *Dei poteri del giudice*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, vol. I, 2, Torino, 1973, p. 1301; ID., *La collaborazione nel processo civile*, cit., p. 602 s., nota 47; M. CAPPELLETTI, *Iniziativa probatorie del giudice e basi pregiudiziali della struttura del processo*, cit., p. 413 s.

<sup>(9)</sup> Per l'idea che il giudice è «partecipe del contraddittorio» insieme alle parti, oltre ai citati scritti del Grasso, v. anche, tra i tanti, V. ANDRIOLI, *Prova (diritto processuale civile)*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XIV, Torino, 1967, p. 275; N. PICARDI, *La dichiarazione di fallimento: dal procedimento al processo*, Milano, 1974, p. 162; B. CIACCIA CAVALLARI, *La contestazione nel processo civile*, vol. I, Milano, 1992, p. 116; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 3<sup>a</sup> ed., vol. I, Bologna, 1998, p. 34, che parla di «dialetticità trilatera del processo».

<sup>(10)</sup> Cfr. E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, cit., p. 580 ss., cui si deve la enucleazione del c.d. «principio della collaborazione». In senso adesivo, tra i tanti L.P. COMOGLIO, *Direzione del processo e responsabilità del giudice*, in «Rivista di diritto processuale», 1977, p. 26 ss. Già prima del noto studio del Grasso, tuttavia, avevano fatto cenno alla collaborazione tra le parti in funzione della ricerca della verità, E. REDENTI, *Atti processuali (diritto processuale civile)*,

sumere una funzione epistemica, quale strumento di ricerca della verità e della giustizia della decisione <sup>(11)</sup>.

3. *Il contributo degli avvocati all'elaborazione della sentenza.* — Quando si parla del contributo delle parti all'elaborazione della decisione è naturale riferirsi prima di tutto al contributo offerto dagli avvocati.

La parte non può stare in giudizio da sola, se non nelle cause che abbiano minimo valore (art. 82 cod. proc. civ.); e la rappresentanza del difensore è estesa a tutti gli atti del processo, ad esclusione di quelli che la legge riserva espressamente alla parte o che importano la disposizione del diritto in contesa (art. 84 cod. proc. civ.) <sup>(12)</sup>.

in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, 1959, p. 107; P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954, p. 128 s.

<sup>(11)</sup> Proprio nella contrapposizione dialettica fra le parti in condizioni di parità il giudice riesce a trovare «il miglior mezzo per vedere dinanzi a sé, illuminata sotto i più diversi profili, la verità tutt'intera»: così P. CALAMANDREI, *La dialetticità del processo*, in ID., *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, 1965, p. 682 ss.; per l'idea secondo cui il principio del contraddittorio rappresenta una scelta di opportunità politico-legislativa, che punta a sfruttare la contrapposizione dialettica e la collaborazione delle parti litiganti per perseguire il fine pratico della razionale ricerca della verità e della giustizia sostanziale della sentenza, v. P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1939, I, p. 115; ID., *Il processo come giuoco*, in «Rivista di diritto processuale», 1950, I, p. 27; ID., *Processo e democrazia*, cit., p. 124 ss.; E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, cit., p. 589 s.; E. FAZZALARI, *Processo (teoria generale)*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XIII, Torino, 1968, p. 1072; A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in *Commentario del codice di procedura civile* diretto da E. Allorio, vol. I, 2, Torino, 1973, p. 1085 s.; N. PICARDI, *Il principio del contraddittorio*, in «Rivista di diritto processuale», 1998, p. 680 s.

<sup>(12)</sup> La legge processuale impone la «rappresentanza tecnica», la quale viene ritenuta indispensabile non solo per accantonare l'animosità e la passionalità propria delle parti sostanziali del rapporto ed assicurare al dibattito processuale la serenità e il distacco necessari al suo regolare e proficuo svolgimento, ma soprattutto per rendere effettivo l'esercizio del diritto di difesa costituzionalmente garantito (art. 24, comma 2, Cost.), giacché solo il ministero di un tecnico del diritto, che abbia le conoscenze giuridiche necessarie, può tutelare veramente e secondo legge i diritti della parte. È questa, d'altra parte, la ragione per cui l'accesso alla professione forense è regolato dallo Stato, che si

Solo gli avvocati, in quanto tecnici del diritto, sono in grado di rappresentare al giudice le pretese giuridiche dei loro assistiti; solo i difensori sono in grado di dialogare col giudice e farsi intendere da lui.

Spetta, perciò, agli avvocati il compito di scegliere la strategia processuale più adeguata alla difesa dei loro rappresentati. Essi, con le loro scelte, delimitano il campo di possibilità in cui si muove la decisione del giudice (il c.d. *thema decidendum*), di modo che esattamente, sotto questo profilo, è stato detto che «i difensori anche loro decidono, né più né meno dei giudici»<sup>(13)</sup>.

Innanzitutto, l'avvocato è chiamato a selezionare i fatti giuridici che fondano la pretesa del suo assistito e ad allegarli in giudizio. Egli deve cernere l'utile dall'inutile, estrarre dalle conoscenze del suo rappresentato i fatti che servono al riconoscimento delle sue pretese e presentarli al giudice; deve anche qualificare giuridicamente tali fatti e dedurne le relative conseguenze secondo diritto.

Già i primi atti processuali – l'atto di citazione e la comparsa di risposta<sup>(14)</sup> – costituiscono veri e propri progetti della sentenza che il giudice è chiamato a pronunciare per definire la causa, progetti che solo l'avvocato può redigere proprio perché tecnico del diritto come il giudice. L'atto di citazione e la comparsa di risposta non sono atti delle parti sostanziali del rapporto processuale; sono atti essenzialmente dell'avvocato, espressione delle sue competenze tecnico-giuridiche.

Accanto ai fatti giuridici veri e propri (c.d. principali), l'avvocato dovrà poi individuare ed allegare i fatti secondari o indiziari, che servono alla prova dei primi; egli dovrà ancora

fa carico di verificare che l'aspirante avvocato sia in possesso delle competenze tecnico-giuridiche necessarie per esercitare bene il suo ufficio.

<sup>(13)</sup> N. IRTI, *Dubbio e decisione*, cit., p. 65.

<sup>(14)</sup> Nell'atto di citazione l'attore deve allegare i fatti costitutivi del suo preteso diritto «in modo chiaro e specifico» e formulare le relative conclusioni (art. 163 cod. proc. civ.); nella comparsa di risposta il convenuto deve prendere posizione «in modo chiaro e specifico» sui fatti dedotti dall'attore e, ove non si limiti alla semplice negazione dei fatti costitutivi, deve allegare – a sua volta – i fatti impeditivi, modificativi o estintivi del diritto preteso dall'attore e formulare le sue conclusioni (art. 167 cod. proc. civ.).

individuare le prove rilevanti, dedurle nel processo e farle acquisire ai fini dell'accertamento sia dei fatti principali che di quelli secondari.

Ma il contributo dei difensori all'elaborazione della sentenza non si arresta all'allegazione dei fatti e alle deduzioni probatorie; esso si estende anche alla valutazione delle prove acquisite, che deve essere compiuta – secondo il metodo del «prudente apprezzamento» previsto negli artt. 116, comma 1, cod. proc. civ., per le prove dirette, e 2729, comma 1, cod. civ., per le prove indirette<sup>(15)</sup> – sulla base di quelle regole sociali e assiologiche, felicemente definite da Friedrich Stein «regole d'esperienza», che costituiscono il «senso comune» e la cultura dell'uomo medio<sup>(16)</sup>.

Sono gli avvocati che, con le loro deduzioni, collaborano col giudice nella selezione di queste regole, suggerendogli come valutare le prove e, quindi, come ricostruire il fatto.

<sup>(15)</sup> Sulla valutazione delle prove, oltre ai notissimi scritti di Michele Taruffo, mi permetto di rinviare a L. LOMBARDO, *La prova giudiziale: contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano, 1999, p. 411 ss.; e, da ultimo, a ID., *Il metodo del «prudente apprezzamento» nella valutazione degli indizi*, in *Il ragionamento presuntivo: presupposti, struttura, sindacabilità*, a cura di S. Patti e R. Poli, Torino, 2022, p. 102 ss.

<sup>(16)</sup> Secondo Friedrich Stein, le regole d'esperienza sono «definizioni o giudizi ipotetici di contenuto generale, indipendenti dal caso concreto da decidersi nel processo e dalle sue circostanze singole, guadagnate mediante l'esperienza, ma autonome rispetto ai singoli casi dalla cui osservazione sono tratte, e oltre i quali pretendono valore per altri casi»: così F. STEIN, *Das Private Wissen des Richters*, Leipzig, 1893, p. 21 s.; nella dottrina italiana, sulla nozione di regola d'esperienza, v., tra i tanti, i classici P. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in «Rivista critica di scienze sociali», 1914, pubblicato anche in ID., *Studi sul processo civile*, vol. I, Padova, 1930, p. 14 ss.; G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 1964, p. 96 ss.; G.R. PISTOLESE, *La prova civile per presunzioni e le c.d. massime di esperienza*, Padova, 1935, spec. p. 23 ss.; C. VOCINO, *Sulla c.d. «attuazione della legge» nel processo di cognizione*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, Milano, 1951, vol. II, p. 636 ss.; F. BATTAGLIA, *Scienze della natura e scienze umane: alcune considerazioni sulle «massime d'esperienza»*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1963, p. 583 ss.; M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, p. 197 ss.; ID., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, pp. 242 ss. e 516 ss.

Come gli avvocati partecipano alla ricostruzione del fatto, allo stesso modo essi partecipano, poi, all'interpretazione delle norme giuridiche da applicare.

La ricerca del significato degli enunciati linguistici che compongono la disposizione normativa <sup>(17)</sup>, il superamento di quella innata «indeterminatezza» (o «vaghezza») che è propria della norma <sup>(18)</sup> – necessaria, tuttavia, per assicurarle quei caratteri di

<sup>(17)</sup> L'enunciato è la più piccola unità linguistica portatrice di significato completo, dalla quale muove l'interpretazione della legge (cfr. G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, vol. I, 2, del *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, Milano, 1980, p. 106). Esso si distingue dalla proposizione, che è costituita dal designato dell'enunciato, ossia dal significato che l'enunciato assume. Sul punto, v. N. ABBAGNANO, *Proposizione*, in ID., *Dizionario di filosofia*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1971, nella rist., Milano, 1993, p. 703 ss.; v. anche I.M. COPI, *Introduction to logic*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1961, nella trad. it., *Introduzione alla logica*, Bologna, 1964, p. 17 s.; F. WAISMANN, *The principles of linguistic philosophy*, London-New York, 1965, nella trad. it., *I principi della filosofia linguistica*, Roma, 1969, p. 292 ss.; G. DEWEY, *Logic: the theory of inquiry*, London, 1938, nella trad. it., *Logica, teoria dell'indagine*, Torino, 1974, vol. II, p. 355 ss.; v. anche C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme: un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990, p. 62 ss., che evidenzia come il fenomeno della c.d. vaghezza delle norme, quale imprecisione del loro significato, attenga proprio alla «proposizione normativa», che rappresenta il significato dell'enunciato normativo o degli enunciati normativi eventualmente combinati tra loro.

<sup>(18)</sup> Sulla indeterminatezza delle norme giuridiche e sulla «struttura aperta» delle norme, v. H.L.A. HART, *The concept of law*, Oxford, 1961, nella trad. it., *Il concetto di diritto*, a cura di M. A. Cattaneo, Torino, 1965, p. 146 ss., uno dei principali rappresentanti della c.d. scuola della giurisprudenza analitica inglese; nella dottrina italiana, v. soprattutto C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., che al termine «indeterminatezza» preferisce sostituire quello di «vaghezza», inteso però come sinonimo del primo. È comune il *distinguo*, all'interno della categoria della «indeterminatezza» o «vaghezza in senso lato», tra «ambiguità», intesa come «indeterminazione semantica: non sappiamo bene cosa significhi quella norma» e «vaghezza» (in senso stretto), intesa come «indeterminazione casistica: "non sappiamo bene quali fattispecie concrete rientrano nella fattispecie astratta contemplata dalla norma"»: così, L. LOMBARDI VALLAURI, *Norme vaghe e teoria generale del diritto*, in «Jus», 1999, p. 25 ss.; ma v. anche C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, cit., p. 46 ss.; A. BELVEDERE, *Linguaggio giuridico*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, Aggiornamento, vol. I, Torino, 2000, p. 561 ss.; A. BELVEDERE, *Il problema delle definizioni nel*

generalità ed astrattezza che le consentono di valere in una serie innumerabile di casi – esigono una indagine di tipo semantico, che inserisca il linguaggio adottato dal legislatore nel più vasto quadro del linguaggio adottato dalla comunità dei giuristi e delle convenzioni linguistiche da esso presupposte <sup>(19)</sup>.

In questa indagine è di grande rilievo il ruolo dell'avvocato, che – partecipe com'è della comunità dei giurisperiti – è chiamato a suggerire al giudice, in sintonia con le convenzioni linguistiche con lui condivise, il significato delle formule adottate dal legislatore.

Il contributo dell'avvocato si rivela fondamentale, ancora, nell'ulteriore indagine necessaria per portare alla luce lo spirito della norma (la c.d. «intenzione del legislatore» di cui all'art. 12, comma 1, delle preleggi).

Si tratta di cogliere i giudizi di valore che sono stati all'origine della norma, di risalire ai moventi e ai fini della sua genesi <sup>(20)</sup>; ma anche di rinnovare tali giudizi, di renderli aderenti alle caratteristiche della fattispecie oggetto del giudizio, di tener conto delle altre norme del sistema (prime tra tutte le norme costituzionali) nel quale la norma da interpretare si inserisce, dei giudizi di valore ad esse sottostanti e della interpretazione consolidata nella giurisprudenza <sup>(21)</sup>.

In questa complessa attività interpretativa – che è un procedimento non solo logico, ma anche assiologico e teleologico <sup>(22)</sup>

*codice civile*, Milano, 1977, p. 163 ss.; L. LANTELLA, *Pratiche definitorie e proiezioni ideologiche nel discorso giuridico*, in A. BELVEDERE, M. JORI, L. LATTELLA, *Definizioni giuridiche e ideologie*, Milano, 1979, p. 34 ss.

<sup>(19)</sup> Cfr. R. GUASTINI, *Interpretazione dei documenti normativi*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XVII, Roma, 1989, p. 3.

<sup>(20)</sup> V., per tutti, E. BETTI, *Teoria generale della interpretazione*, Milano, 1955, vol. II, p. 822.

<sup>(21)</sup> In questo senso, secondo V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, Milano, 1964, p. 207, la disposizione oggetto di interpretazione è «soltanto una delle componenti della norma», in quanto il significato di questa dipende dalla connessione della disposizione interpretata con le altre disposizioni vigenti e coi principi del sistema giuridico.

<sup>(22)</sup> Sul punto, tra i tanti, T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, in «Rivista di diritto processuale», 1957, p. 352 s.; A. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del «fatto» nell'esperienza giuridica*, in

– il contributo degli avvocati risulta indispensabile nel suggerire al giudice il vero significato della norma ed i valori ad essa sottesi.

In definitiva, il contributo l'avvocato nell'elaborazione della decisione risulta essere a tuttotondo e costante nel corso di tutto il processo. Dagli atti introduttivi fino alle conclusioni finali e alle comparse che le seguono, sono i difensori a fornire al giudice gli elementi necessari per maturare la giusta decisione.

4. *Avvocati e obbligo di verità tra norme processuali e principi costituzionali.* — V'è, tuttavia, da chiedersi se gli avvocati, in questa loro partecipazione alla raccolta e all'elaborazione degli elementi decisori, siano tenuti ad un obbligo di verità o se, invece, essi possano – secondo la tradizione del c.d. liberalismo processuale e in una visione agonistica del processo – esercitare le loro facoltà processuali al solo scopo di far ottenere al loro assistito il risultato più propizio possibile, senza alcun vincolo o limite di condotta che non sia il divieto di usare mezzi fraudolenti e senza alcun obbligo di collaborare all'accertamento della verità.

Prima che fosse emanato il codice di procedura civile vigente, il progetto Chiovenda, risalente al 1919, proponeva (art. 20) di introdurre espressamente un obbligo delle parti e degli avvocati di «non dire cosa consapevolmente contraria al vero»; ed anche Carnelutti, nel suo progetto del 1926, proponeva (art. 28) di introdurre un dovere delle parti «di affermare al giudice i fatti secondo la verità» <sup>(23)</sup>.

Queste spinte verso la moralizzazione del processo, per quanto autorevoli fossero, non furono però in grado di superare le resistenze culturali dell'epoca – legate alle tradizioni storiche liberali – contrarie all'introduzione di un obbligo giuridico di verità.

«Annali dell'Università di Macerata», 1929, pubblicato anche in ID., *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, p. 272 ss.; N. BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in «Rivista di filosofia», 1967, pubblicato anche in ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino, 1970, p. 163 ss.

<sup>(23)</sup> Per i riferimenti, rimando a M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018, p. 500 s.

È così che nel codice del 1940, pur nel quadro di un processo civile connotato dal rafforzamento dei poteri del giudice e dalla tensione verso la ricerca della verità, non si rinviene l'enunciazione di un espresso dovere di verità delle parti <sup>(24)</sup>, ma solo la previsione del dovere delle parti e dei loro difensori di «comportarsi in giudizio con lealtà e probità» (art. 88 cod. proc. civ.). A presidio dell'adempimento di tale dovere sono poi riconosciuti al giudice il potere di trarre argomenti di prova dalla condotta processuale della parte (art. 116, comma 2, cod. proc. civ.) e dal suo rifiuto di eseguire senza giusto motivo l'ordine di esibizione (art. 118, comma 2, cod. proc. civ.), il potere di condannare la parte che ha violato i doveri di lealtà e probità a rimborsare all'altra parte, indipendentemente dalla soccombenza, le spese che le ha causato (art. 92, comma 1, cod. proc. civ.) e quello di pronunciare – su istanza della parte vittoriosa – condanna al risarcimento dei danni della parte soccombente che abbia «agito o resistito in giudizio con malafede o colpa grave» (art. 96, comma 1, cod. proc. civ.).

Alla base della introduzione del dovere di lealtà e probità, sconosciuto al codice del 1865, vi è stata senza dubbio la volontà di assicurare che le parti e i loro difensori, nell'esercizio dei poteri processuali loro riconosciuti dall'ordinamento, tenessero una condotta corretta nei confronti dell'avversario <sup>(25)</sup>.

Enrico Tullio Liebman ha ben colto come la previsione codicistica del dovere di lealtà e probità fosse funzionale al corretto svolgimento del contraddittorio tra le parti. Egli, nel suo noto manuale, ha sottolineato come il dovere di lealtà e probità deve essere letto come obbligo delle parti di non turbare il regolare

<sup>(24)</sup> Tale obbligo era invece contenuto nel progetto preliminare del guardasigilli Solmi, del 1936.

<sup>(25)</sup> Anche a voler considerare il processo come «giuoco» (sul tema, P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, cit., p. 23 ss.; F. CARNELUTTI, *Giuoco e processo*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV del suo insegnamento*, Napoli, 1953, vol. III, p. 1 ss.), è stato esattamente rilevato che «come nel gioco, così nel processo non si bara» (G. CALOGERO, *Probità, lealtà, veridicità nel processo civile*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1939, I, p. 134).

svolgimento del contraddittorio e di rispettarsi reciprocamente, secondo il principio dell'uguaglianza delle rispettive posizioni <sup>(26)</sup>.

Diverso è tuttavia il significato intrinseco del dovere di lealtà rispetto a quello di probità. Mentre la «probità» attiene alla condotta della parte – *uti cives* – verso l'intera comunità ed ha quindi una connotazione pubblicistica; la «lealtà» afferisce, invece, alla condotta di una parte verso l'altra <sup>(27)</sup>, alla relazione che si instaura tra le parti del processo, quale proiezione della relazione – di natura privatistica – esistente nel mondo dei rapporti giuridici sostanziali.

La lealtà processuale prescrive il «rispetto verso l'altra parte» e pone l'obbligo di tenere, nei suoi confronti, una condotta corretta, improntata all'osservanza dei principi generali della buona fede e del *neminem laedere* <sup>(28)</sup>. La lealtà processuale si risolve, perciò, nel divieto di esercitare i poteri processuali in modo da arrecare all'avversario un danno ingiusto.

Si tratta indubbiamente di un obbligo di natura giuridica <sup>(29)</sup>, la cui violazione costituisce un «fatto illecito processuale», *species* autonoma del più ampio *genus* dei comportamenti *contra ius*, che trova fondamento a livello sostanziale nell'art. 2043 cod. civ.

<sup>(26)</sup> E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, 3<sup>a</sup> ed., vol. I, Milano 1973, p. 98 s.

<sup>(27)</sup> In questo senso, M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 754 s. che rifiuta l'opinione avanzata in dottrina (L.P. COMOGLIO, *Dei doveri delle parti e dei difensori*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani e R. Vaccarella, vol. I, Torino, 2021, *sub* art. 88, p. 1124) secondo cui l'espressione «lealtà e probità» darebbe luogo ad una endiadi.

<sup>(28)</sup> M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 585 ss.

<sup>(29)</sup> Sulla natura pienamente giuridica del dovere posto dall'art. 88 cod. proc. civ., v. A. CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2014, pp. 47 ss. e 491 ss., che sottolinea come il dovere di lealtà e probità opera «come limite esterno alle regole che governano il processo, il cui utilizzo, anche laddove non generi invalidità processuali (...), deve comunque avvenire secondo i canoni della correttezza e della buona fede processuale, del *fair play* processuale, ossia in modo tale da non alterare in concreto il paritario contraddittorio fra le parti, ricorrendo all'inganno o alla mistificazione» (p. 501).

(<sup>30</sup>). Deve perciò ritenersi illecita, per violazione dell'art. 88 cod. proc. civ., ogni attività processuale volta ad influire sui modi del contraddittorio, al solo fine di pregiudicare l'avversario o di comprimere le sue facoltà difensive (<sup>31</sup>).

Come ha ritenuto la dottrina più avvertita, nell'obbligo di lealtà così configurato è implicito il divieto di mentire consapevolmente, ossia di affermare fatti che si sanno essere contrari al vero, di negare fatti che si sanno essere corrispondenti al vero, di tacere fatti rilevanti di cui si è a conoscenza (<sup>32</sup>). Si tratta di un obbligo di verità verso le altre parti del processo, che ha carattere essenzialmente privatistico, promanando dai principi della buona fede e del *neminem laedere* (<sup>33</sup>). Non si è leali, nel processo, quando si mente e la menzogna è in grado di provocare all'avversario un danno ingiusto.

L'obbligo di lealtà processuale, così inteso, ha trovato preciso fondamento nella Carta costituzionale del 1948.

(<sup>30</sup>) L.P. COMOGGIO, *Dei doveri delle parti e dei difensori*, cit., p. 1125.

(<sup>31</sup>) L.P. COMOGGIO, *Dei doveri delle parti e dei difensori*, cit., p. 1126 s., secondo il quale, in questo quadro, devono ritenersi illecite l'esercizio abusivo e defatigante di determinati rimedi, l'ingiustificata inottemperanza ad un provvedimento giudiziale di esibizione o di ispezione, le ripetute contestazioni della giurisdizione del giudice adito, le manovre surrettizie di ritiro del fascicolo di parte a discapito del principio di acquisizione documentale.

(<sup>32</sup>) Secondo la dottrina più accreditata, l'obbligo di verità, che scaturisce dal dovere di lealtà, implica: a) il divieto di allegare consapevolmente fatti storici (principali o secondari) falsi o di contestare consapevolmente fatti (principali o secondari) veri, con la precisazione che la verità dei fatti va intesa come verità soggettiva, e non come verità materiale; b) l'obbligo di completezza, inteso come divieto di reticenza, divieto di formulare una allegazione dei fatti consapevolmente incompleta, senza che ciò implichi l'obbligo di allegare anche fatti a sostegno delle domande e delle eccezioni altrui (A. CARRATTA *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, cit., p. 510 s.; M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 311 ss.); c) l'obbligo di chiarificazione, inteso come obbligo di collaborare nel processo, fornendo le informazioni e le prove di cui la parte è in possesso, richieste dall'avversario o dal giudice (M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 343 ss.).

(<sup>33</sup>) M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 587, che riserva l'espressione «dovere di verità» al dovere di comportamento onesto dei litiganti nell'interesse pubblicistico.

È noto che tre furono le parole chiave della Rivoluzione francese, di quella rivoluzione che rovesciò l'*Ancien Régime* e fondò lo Stato moderno: *liberté, égalité, fraternité*. Ebbene, mentre le garanzie di libertà sono esplicitamente assicurate da numerosi articoli della Costituzione e il principio di eguaglianza è mirabilmente sancito nell'art. 3 Cost., la *fraternité* – il terzo corno della triade – sembra dimenticata dalla nostra Carta fondamentale<sup>(34)</sup>. Ma si tratta solo di una apparenza.

La *fraternité*, in realtà, si ritrova nell'art. 2 Cost. sotto la veste della «solidarietà», laddove i cittadini sono chiamati a «l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale», che costituiscono la base della civile convivenza.

La solidarietà, tuttavia, non sta da sola; e il suo significato può cogliersi soltanto in relazione agli altri due richiamati principi, quello della libertà e quello della eguaglianza. In rapporto a tali principi, la solidarietà si traduce nel dovere dei cittadini di rispettare le libertà altrui e di riconoscersi eguali agli altri consociati. La solidarietà, in altre parole, è il dovere di riconoscere e di rispettare i diritti altrui<sup>(35)</sup>.

Il cittadino è tale, è parte della comunità sociale, perché è solidale; ed è solidale se, e in quanto, esercita i propri diritti rispettando i diritti altrui e in modo da non recare ad altri danno ingiusto<sup>(36)</sup>. Non è solidale, invece, chi ostacoli l'esercizio e il riconoscimento dei diritti degli altri consociati.

<sup>(34)</sup> Non così nella *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* adottata dall'Assemblea generale dell'Onu il 10 dicembre 1948, laddove si legge: «Tutti gli esseri umani nascono liberi e uguali per dignità e diritti. Essi sono dotati di ragione e coscienza e devono agire gli uni nei confronti degli altri in uno spirito di fraternità».

<sup>(35)</sup> Sul tema, S. RODOTÀ, *Solidarietà: un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014; nonché il bel saggio di L. CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico*, in «Costituzionalismo.it», 2016, p. 45 ss.

<sup>(36)</sup> Cfr. G. SILVESTRI, *L'abuso del diritto nel diritto costituzionale*, in <www.rivistaaic.it>, 17 giugno 2016, § 2, p. 3. V. anche F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1954, nella rist. della 9ª ed., Napoli, 1977, p. 77, che sottolinea come «il diritto soggettivo arriva fin dove comincia la sfera d'azione della solidarietà: quindi gli atti emulativi e gli altri non rispondenti alla buona fede o alla correttezza, come contrari alla solidarietà, non rientra-

Così concepito, il dovere di solidarietà, previsto dall'art. 2 Cost., viene a riflettersi prepotentemente all'interno del processo, inverandosi proprio nell'art. 88 cod. proc. civ.

L'obbligo di lealtà, da quest'ultima disposizione previsto, letto alla luce del dovere costituzionale di solidarietà, viene a risolversi nell'obbligo delle parti e dei difensori di tenere una condotta processuale che non ostacoli la tutela giurisdizionale dei diritti e l'esercizio della difesa dell'avversario (art. 24, commi 1 e 2 Cost.), che non ostacoli l'accertamento veritiero dei fatti.

Ma, oltre che nell'art. 2 Cost., l'obbligo di lealtà processuale ha trovato poi – a partire dalla riforma del 1999 – ulteriore e più forte fondamento costituzionale nella consacrazione, in seno all'art. 111 Cost., del principio del «giusto processo» e della garanzia del «contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità»<sup>(37)</sup>. La garanzia del giusto processo è indubbiamente garanzia della giusta decisione e la giustizia della decisione dipende innanzitutto dall'accertamento veritiero dei fatti di causa<sup>(38)</sup>.

Questa configurazione costituzionale del contraddittorio, come *locus* nel quale le parti dialogano in condizioni di parità, comporta il definitivo superamento della concezione liberista del processo propria del pensiero liberale classico, che – presupponendo una inesistente eguaglianza delle parti – puntava in realtà a mantenere lo *status quo* nei rapporti di forza tra di esse. La Carta costituzionale prende atto della disparità dei mezzi di attacco e di difesa a disposizione delle parti, fatalmente legata alle rispettive condizioni economiche e sociali, e si fa carico di promuovere l'eguaglianza sostanziale delle parti nella tutela giurisdizionale dei loro diritti.

no nel contenuto del diritto soggettivo, non costituiscono un abuso, ossia uno sviamento, del diritto; al contrario ne sono fuori, costituiscono un eccesso dal diritto e, in quanto tali, s'intende agevolmente che possano essere illeciti, secondo le norme generali».

<sup>(37)</sup> Sul punto, L.P. COMOGLIO, *Dei doveri delle parti e dei difensori*, cit., p. 1128 s.; M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 729.

<sup>(38)</sup> Cfr., per tutti, M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali*, vol. III, 2, sez. I, del *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, Milano, 1992, p. 42 ss.

In questo quadro di valori costituzionali, la collaborazione delle parti nel processo non può essere più configurata come un «onere», secondo la visione tradizionale della dottrina <sup>(39)</sup>, ma assume la veste dell'«obbligo», innanzitutto verso l'altra parte, le cui facoltà difensive non devono essere pregiudicate o compresse <sup>(40)</sup>.

L'obbligo di lealtà processuale previsto dall'art. 88 cod. proc. civ. diviene, a sua volta, obbligo di non impedire l'accertamento della verità dei fatti, di non ostacolare, con la menzogna, il riconoscimento dei diritti altrui <sup>(41)</sup>. Risulta, perciò, illecita la condotta della parte che, attraverso il mendacio o la reticenza scientemente esercitati, limiti le possibilità difensive dell'avversario, privandolo sostanzialmente del diritto di partecipare in condizioni di parità alla dialettica processuale <sup>(42)</sup>.

Appare paradossale che questo obbligo di verità, che trova un preciso fondamento costituzionale, non abbia trovato esplicita previsione nella disciplina del codice di procedura civile (oggetto, peraltro, di continui interventi di novellazione) ed abbia, invece, trovato posto solo nel codice deontologico forense.

Il codice deontologico forense per gli avvocati italiani (nel testo approvato dal Consiglio nazionale forense nel 2014, dopo il testo originario adottato nel 1997), oltre agli obblighi di «indipendenza, lealtà, correttezza, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza» (art. 9), prevede espressamente all'art. 50 – sulla scia del codice deontologico degli avvocati europei <sup>(43)</sup> – il «dovere di

<sup>(39)</sup> F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. II, Padova, 1933, p. 402 ss.; P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, 2<sup>a</sup> ed. Padova, 1943, vol. I, p. 220 s.; ma anche E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, cit., p. 601 s.

<sup>(40)</sup> In tal senso, M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 743 ss.

<sup>(41)</sup> Cfr. A. CARRATTA *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, cit., p. 505, per il quale l'art. 88 cod. proc. civ. assolve la 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».

<sup>(42)</sup> In tali termini, A. CARRATTA *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, cit., p. 507.

<sup>(43)</sup> Tale codice è stato approvato dal *Conseil des barreaux européens* il 28 ottobre 1988. Esso, al par. 4.4, prevede che: «L'avvocato non potrà mai comunicare consapevolmente al giudice informazioni false o fuorvianti».

verità» del difensore, stabilendo che l'avvocato non deve allegare fatti di sua diretta conoscenza, sui quali sia destinato a fondarsi il provvedimento del giudice, che egli conosca non essere veri <sup>(44)</sup> e non deve neppure introdurre nel giudizio ed utilizzare prove che egli sappia essere false <sup>(45)</sup>.

Sono previsioni che, indubbiamente, collocano gli avvocati nella posizione di partecipi della ricerca della verità processuale e della elaborazione della sentenza giusta.

5. *Considerazioni conclusive.* — In conclusione, da quanto detto si può comprendere come il contributo degli avvocati alla elaborazione della sentenza sia di grande rilievo. La sentenza, piuttosto che essere il prodotto dell'opera solitaria del giudice, è il risultato della dialettica processuale, nel cui ambito gli avvocati forniscono al giudice il materiale istruttorio e gli argomenti su cui fondare la decisione.

L'obbligo di verità, cui indubbiamente sono tenuti gli avvocati, rende il loro ministero partecipe della ricerca della giustizia della decisione. Si comprende, allora, come l'ufficio dell'avvocato non sia quello di essere «difensore di interessi» quali che siano, ma è quello di essere «difensore di diritti», cioè di interessi che l'ordinamento giuridico ritiene meritevoli di tutela.

La giustizia del caso singolo – che è regolamentazione del caso secondo diritto – è la missione alla quale l'avvocato è chiamato.

<sup>(44)</sup> «L'avvocato, nel procedimento, 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» (art. 50, comma 5).

<sup>(45)</sup> «L'avvocato non deve introdurre nel procedimento prove, elementi di prova o documenti che sappia essere falsi» (art. 50, comma 1); «L'avvocato non deve utilizzare nel procedimento prove, elementi di prova o documenti prodotti o provenienti dalla parte assistita che sappia o apprenda essere falsi» (art. 50, comma 2).

## Abstract

Il saggio è dedicato al ruolo dell'avvocato nel processo civile quale contributore essenziale alla giustizia della sentenza. L'autore concepisce il processo come un dialogo tra giudice e avvocati, sottolineando come il principio del contraddittorio implichi una relazione di collaborazione attiva e paritaria, volta alla ricerca della verità sostanziale. Viene evidenziato il ruolo tecnico-giuridico dell'avvocato nella selezione e nell'allegazione dei fatti, che influenzano significativamente l'elaborazione della decisione giudiziale. Viene inoltre discusso l'obbligo di lealtà e probità, incorporato nel codice di procedura civile, nel quale viene riposto il fondamento del dovere di verità delle parti, nella prospettiva del principio costituzionale di solidarietà e della garanzia del giusto processo.

*The essay focuses on the lawyer's role in civil proceedings as an essential contribution to the fairness of the judgment. The author conceives the process as a dialogue between judge and lawyers, emphasizing that the principle of adversarial proceedings entails an active and equal collaboration aimed at the pursuit of substantive truth. The lawyer's technical and legal function is highlighted, particularly in the selection and presentation of facts, which significantly influence the formulation of the judicial decision. The essay further discusses the duty of loyalty and integrity, embedded in the Italian Code of Civil Procedure, as the foundation for the parties' duty of truth, framed within the broader perspective of the constitutional principle of solidarity and the guarantee of due process.*

GIUSEPPE TOSCANO  
*Ricercatore nell'Università di Messina*

IL «DELITTO DI DIFESA»  
IL RISCHIO PENALE DELL'AVVOCATO  
NEI RAPPORTI COL CLIENTE

SOMMARIO: 1. Tra «doxa» e «paradoxa». – 2. I reati contro l'interesse dell'assistito. – 3. I reati a vantaggio dell'assistito: il difensore «pubblico ufficiale» e i delitti di falso. – 4. Il concorso tra avvocato e cliente: la responsabilità per «consiglio tecnico». – 5. La responsabilità per concorso «esterno» in associazione mafiosa. – 6. L'«aiuto» al cliente «dopo che fu commesso un delitto»: la «solidarietà anomala» nel favoreggiamento. – 7. La «solidarietà naturale» tra avvocato e cliente: la piena tutela del diritto di difesa quale condizione per un «giusto processo».

1. *Tra «doxa» e «paradoxa».* — Il tema del rischio penale dell'avvocato si presenta di per sé non solo articolato e complesso, ma anche particolarmente insidioso, in ragione della percezione collettiva del ruolo del difensore nel processo penale che si è sviluppata e diffusa negli ultimi anni. Ci si riferisce al fatto che, nella *doxa* comune, l'avvocato penalista è sempre meno riconosciuto per il ruolo che gli è proprio, vale a dire quello di tutore dei diritti dell'assistito e, come tale, presidio di legalità e democrazia; al contrario, egli viene sovente rappresentato ed etichettato come una figura «ambigua», di ostacolo all'esercizio della funzione giurisdizionale e ai limiti della connivenza col reo. Tale visione, palesemente distorta e fondata su narrazioni superficiali e strumentali, ha lentamente contribuito a erodere la fiducia nell'avvocatura, con ripercussioni sull'immagine pubblica della categoria e, di conseguenza, sulla stessa effettività del diritto di difesa.

Poste queste premesse, si comprende perché l'analisi della responsabilità penale dell'avvocato richiede non solo un approccio cauto e rigoroso, quantomai indispensabile per evitare di alimentare inconsiamente proprio quella narrazione che si intende superare, ma anche un dialogo costante con i valori espressi dall'etica professionale forense. Ciò risponde, si badi bene, non solo alla necessità di assumere una corretta postura nell'affrontare il tema in questione, ma anche all'esigenza di attribuire il giusto rilievo alle regole deontologiche che di tali valori sono espressione, qui chiamate a interagire con le norme incriminatrici di riferimento e contribuire alla definizione dell'area della rilevanza penale <sup>(1)</sup>.

È necessario, infatti, considerare che, accanto alle condotte del difensore che manifestano una chiara contrarietà alla legge penale (e, evidentemente, anche alle regole professionali), vi sono numerose situazioni in cui il confine tra l'esercizio legittimo del *munus* difensivo e l'abuso penalmente rilevante è assai più sottile. Si allude a quell'ampia «zona grigia» formata da comportamenti che, perlomeno astrattamente, rientrano nelle ordinarie mansioni dell'avvocato (si pensi, per esempio, alla prestazione di consulenze), ma che, in determinate circostanze, possono nondimeno assumere rilevanza penale. In tali ipotesi, come avremo modo di osservare, la definizione del perimetro entro il quale può legittimamente dispiegarsi il magistero difensivo richiede non solo una disamina delle fattispecie incriminatrici potenzialmente implicate, ma anche un'attenta valutazione di diritti e doveri legati alla professione forense, onde evitare, da una parte, eccessi punitivi e, dall'altra, la creazione di aree d'impunità ingiustificate.

Ovviamente, i limiti di questo contributo non permettono né di enumerare o approfondire ciascuna delle fattispecie cri-

<sup>(1)</sup> Su ruolo e criticità delle regole deontologiche della professione forense rispetto al funzionamento del sistema giustizia è indispensabile il rinvio a D. NOTARO, *In foro illicito versari: l'abuso del processo fra dimensione etica e risposta penale*, Torino, 2015, p. 35 ss. e, con particolare riferimento al diritto di difesa, p. 165 ss.

minose astrattamente applicabili in simili frangenti, né tantomeno di poter considerare in modo esaustivo tutti i profili evocati. Tuttavia, attingendo dalla prassi giurisprudenziale, si cercherà di esaminare le ipotesi di reato più ricorrenti legate a condotte commesse dagli avvocati nell'esercizio del mandato, in modo da fornire una visione quanto più possibile organica e sistematica del tema in esame. A tal fine, per ragioni di ordine espositivo, verrà proposta una classificazione che distingue anzitutto tra reati «contro» l'interesse dell'assistito e reati «a vantaggio» di quest'ultimo.

L'obiettivo, evidentemente, non è quello di offrire un inventario delle possibili aree di rischio penale della professione forense, ma di cercare di cogliere (ed esaltare) il senso e la funzione del difensore, proprio attraverso l'osservazione degli abusi penalmente rilevanti che questi può compiere nell'esercizio del mandato. Un simile approccio, per molti versi paradossale, potrà consentirci non solo di conoscere meglio i limiti legali del mandato difensivo, ma soprattutto di apprezzarne l'indispensabilità per il funzionamento del sistema giudiziario e per la tutela dei diritti degli assistiti.

2. *I reati contro l'interesse dell'assistito.* — Nel panorama della responsabilità penale dell'avvocato per reati commessi contro l'interesse dell'assistito, possiamo preliminarmente distinguere tra reati «propri» e reati «comuni».

Tra i reati «propri» rivestono importanza cruciale le ipotesi di infedeltà del patrocinatore, disciplinate dagli artt. 380, 381 e 382 cod. pen., noti anche come «reati di prevaricazione», che elevano a fattispecie penalmente rilevanti alcune violazioni gravi dei doveri deontologici connessi alla professione forense <sup>(2)</sup>.

<sup>(2)</sup> Per un primo inquadramento di tali delitti si vedano A. CALAMANTI, *Il diritto di difesa tra favoreggiamento e patrocinio infedele*, Milano, 1987, spec. p. 71 ss.; C. LONGARI, *Antagonismo formale e infedele patrocinio*, in «Archivio penale», 1993, p. 260 ss.; M.B. MIRRI, *Infedeltà del patrocinatore o consulente tecnico*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, vol. VI, Torino, 1992, p. 418 ss.

L'articolo 380 cod. pen., rubricato «patrocinio o consulenza infedele», sanziona con la reclusione da uno a tre anni e con la multa non inferiore a 516 euro, il patrocinatore o il consulente tecnico «che, rendendosi infedele ai suoi doveri professionali, arreca nocumento agli interessi della parte da lui difesa, assistita o rappresentata dinanzi all'Autorità giudiziaria, o alla Corte penale internazionale».

Sussidiaria a tale fattispecie è la previsione successiva, che punisce con la pena da sei mesi a tre anni, qualora il fatto non costituisca un più grave reato, le «altre infedeltà del patrocinatore o del consulente tecnico», estendendo la nozione di «infedeltà» di tali figure alle ipotesi in cui prestino contemporaneamente, anche per interposta persona, il loro patrocinio o la loro consulenza a favore di parti avverse<sup>(3)</sup>.

In entrambi i casi, si apprezza chiaramente la violazione del dovere di fedeltà sancito all'art. 10 cod. deont. for.<sup>(4)</sup>, ma ciò non esclude la plurioffensività di tali illeciti, posto che la condotta tipica risulta lesiva non solo degli interessi della parte

<sup>(3)</sup> Il secondo comma dell'art. 381 cod. pen. prevede un'ipotesi attenuata, punita con la pena della reclusione fino a un anno e della multa da 51 euro a 516 euro, applicabile «se il patrocinatore o il consulente, dopo aver difeso, assistito o rappresentato una parte, assume, senza il consenso di questa, nello stesso procedimento, il patrocinio o la consulenza della parte avversaria».

<sup>(4)</sup> Tale norma dispone che: «L'avvocato deve adempiere fedelmente il mandato ricevuto, svolgendo la propria attività a tutela dell'interesse della parte assistita e nel rispetto del rilievo costituzionale e sociale della difesa». Rispetto alla fattispecie di cui all'art. 381 cod. pen., viene in immediata evidenza anche l'art. 24 del codice deontologico forense, rubricato «Conflitto di interessi», in base al quale: «L'avvocato deve astenersi dal prestare attività professionale quando questa possa determinare un conflitto con gli interessi della parte assistita e del cliente o interferire con lo svolgimento di altro incarico anche non professionale». Secondo G. INSOLERA, *L'avvocato penalista tra deontologia e rischio penale*, in «Critica del diritto», 2011, p. 223 ss., tali delitti richiamano «l'intero sistema della deontologia professionale». In argomento v., altresì, D. NOTARO, In foro illecito versari, cit., p. 173 ss.

assistita <sup>(5)</sup>, ma anche del regolare funzionamento dell'attività giudiziaria <sup>(6)</sup>.

Questo dimostra che la responsabilità (ma si potrebbe dire, in senso più esteso, «la funzione») dell'avvocato non si lega al mero rapporto privatistico con il proprio assistito, ma assume anche una dimensione pubblica, incidendo direttamente sulla corretta amministrazione della giustizia. Ciò, beninteso, non assegna una veste pubblicistica all'esercizio della professione forense, ma mette in luce la sua «rilevanza pubblica» e la sua indispensabilità per la tutela dei diritti individuali e per il funzionamento del sistema giudiziario <sup>(7)</sup>.

Sotto questo profilo, non pare un caso che, stando al dato letterale, entrambi i reati sono configurabili nell'ambito di un

<sup>(5)</sup> La lesione degli interessi dell'assistito è valorizzata anche attraverso le aggravanti previste nei commi successivi dell'art. 380 cod. pen.: il comma 2, n. 2, della disposizione prevede infatti che la pena è aumentata: «se il fatto è stato commesso a danno di un imputato»; il terzo comma aggiunge che «[s]i applicano la reclusione da tre a dieci anni e la multa non inferiore a 1.032 euro, se il fatto è commesso a danno di persona imputata di un delitto per il quale la legge commina l'ergastolo ovvero la reclusione superiore a cinque anni».

<sup>(6)</sup> La plurioffensività di tali illeciti, manifestata dalla descrizione della condotta tipica e dalla collocazione topografica della norma, è ormai riconosciuta dalla dottrina maggioritaria. Si veda, in tal senso, F. APREA, *Irrilevanza del consenso al patrocinio infedele prestato dal cliente*, in «Giurisprudenza italiana», 2012, p. 2636 ss.; G. COCCO, *Appunti sui reati comuni degli avvocati*, in «Responsabilità civile e previdenza», 2010, p. 2188 ss.; A. FERRARO, *Il nocimento agli interessi della parte nella struttura del delitto previsto dall'art. 380 c.p.*, in «Cassazione penale», 1981, p. 210 ss.; C. LONGARI, *Antagonismo formale e infedele patrocinio*, cit., p. 260 ss.; M.B. MIRRI, *Infedeltà del patrocinatore o consulente tecnico*, cit., p. 418 ss.; la natura monoffensiva era in passato sostenuta da R. PANNAIN, *Prevaricazione e infedeltà dei patrocinatori*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XIII, Torino, 1966, p. 811 ss.; R. VENDITTI, *Infedeltà del patrocinatore o del consulente tecnico*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI, Milano, 1971, p. 426.

<sup>(7)</sup> V., in tal senso, A. CALAMANTI, *Presupposti ed oggettività giuridica del reato di infedele patrocinio*, in «L'indice penale», 2000, p. 264 ss.; ID., *Il diritto di difesa tra favoreggiamento e patrocinio infedele*, cit., p. 71, che in proposito distingue tra bene giuridico protetto, ravvisato esclusivamente nella tutela della parte assistita, e scopo o *ratio* della norma, che ricomprende altresì interessi pubblicistici.

rapporto professionale che sia giustificato dalla pendenza di un procedimento; la violazione degli obblighi assunti con il mandato deve quindi collocarsi in tale specifico contesto, anche se la condotta rilevante non è limitata ai soli comportamenti processuali ma si estende altresì a quelli extraprocessuali <sup>(8)</sup>.

Emerge pertanto un'idea di giustizia che si fonda sulla leale cooperazione tra tutte le parti, inclusi avvocati e consulenti: laddove questa venga meno, anche attraverso comportamenti che ostacolano la corretta rappresentanza degli interessi del cliente, si produce un'offesa all'attività giudiziaria nel suo complesso.

Ciò posto, specie con riferimento all'ipotesi di cui all'art. 380 cod. pen., non sempre appare così chiara la linea di demarcazione tra il semplice illecito disciplinare e la condotta penalmente rilevante.

In linea generale, si può affermare che la condotta infedele è quella che «tradisce» il vincolo fiduciario che è alla base del mandato difensivo, il quale obbliga il legale ad agire nell'interesse esclusivo del cliente. Sembrano quindi assumere rilevanza penale le ipotesi in cui l'avvocato agisce deliberatamente per ottenere un vantaggio per sé o per altri a scapito del cliente. Restano invece escluse dall'ambito applicativo di tale fattispecie le ipotesi di negligenza o inadeguatezza della difesa da parte dell'avvocato, che possono tuttavia integrare violazioni deontologiche e dare luogo a responsabilità civile.

Al di là di tali ipotesi «estreme», per accertare l'esistenza di un'infedeltà penalmente rilevante si suggerisce in dottrina di considerare il contesto complessivo della strategia difensiva adottata e, alla luce di questo, distinguere i casi di deliberata infedeltà dalle azioni discutibili o addirittura erronee, ma mosse dalla volontà

<sup>(8)</sup> Cfr. R. ORLANDI, «Atipica» punibilità di un consiglio difensivo, in «La giustizia penale», 2013, II, p. 488 ss.; A. PALMA, *Il consiglio criminoso dell'avvocato integra la fattispecie di patrocinio infedele?*, in «La giustizia penale», 2013, II, p. 250 ss.; anche la giurisprudenza considera la pendenza del procedimento quale presupposto del reato in esame: v., tra le tante, Cass. pen., sez. II, 22 marzo 2011, n. 17106, in «Diritto e giustizia», 11 maggio 2011; Cass. pen., sez. VI, 28 marzo 1995, n. 4668, in «Cassazione penale», 1996, p. 1809.

di perseguire l'interesse del cliente <sup>(9)</sup>. In tal modo, si cerca di proteggere il cliente senza però intaccare l'autonomia del patrocinatore nella definizione della linea difensiva e nella conduzione del processo.

I medesimi interessi vengono poi in rilievo nell'articolo 382 cod. pen., rubricato «millantato credito del patrocinatore», che si realizza allorché l'avvocato, «millantando credito presso il giudice o il pubblico ministero che deve concludere, ovvero presso il testimone, il perito o l'interprete, riceve o fa dare o promettere dal suo cliente, a sé o ad un terzo, denaro o altra utilità, col pretesto di doversi procurare il favore del giudice o del pubblico ministero, o del testimone, perito o interprete, ovvero di doverli remunerare».

In tal caso, appare ancor più evidente l'offesa all'attività giudiziaria arrecata dal patrocinatore, la cui condotta incide direttamente sulla fiducia dei cittadini nelle istituzioni <sup>(10)</sup>. La condotta tipica, peraltro, assume qui una tale pregnanza che non sembra lasciar spazio a incertezze interpretative.

Merita infine un cenno la previsione di cui all'art. 391-*bis* cod. pen., che nell'ambito del delitto di «agevolazione delle comunicazioni dei detenuti sottoposti alle restrizioni di cui all'articolo 41-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354» contempla un'aggravante specifica applicabile «se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale, da un incaricato di pubblico servizio ovvero da un soggetto che esercita la professione forense». L'inclusione degli avvocati tra i soggetti per i quali è prevista un'aggravante si lega al fatto che essi, al pari degli altri soggetti qualificati, rivestono un ruolo che li pone nella condizione di poter compiere tali condotte, e l'aumento di pena risulta chiaramente finalizzato a rafforzare il valore deterrente della norma. Al contempo, essa conferma come la tutela dell'amministrazione della giustizia, qui connessa con esi-

<sup>(9)</sup> V., in particolare, C. LONGARI, *Antagonismo formale e infedele patrocinio*, cit., p. 260 ss.

<sup>(10)</sup> Sul punto, anche per una puntuale ricognizione dei precetti deontologici violati da una simile condotta, v. D. NOTARO, *In foro illecito versari*, cit., p. 210 ss.

genze di sicurezza, rappresenti un limite intrinseco al magistero difensivo <sup>(11)</sup>.

Al di fuori dei reati propri legati alla qualifica soggettiva del difensore, l'abuso professionale può altresì integrare fattispecie comuni.

Tra questi, si annoverano i comportamenti ingannevoli finalizzati a ottenere indebiti vantaggi economici a spese del cliente, come la simulazione di attività professionali non effettivamente svolte, o la richiesta di pagamenti extra non concordati. Questi comportamenti possono integrare fattispecie di reato come la truffa (art. 640 cod. pen.) o l'estorsione (art. 629 cod. pen.), a seconda delle circostanze.

Merita infine di essere considerata la possibile configurazione del reato di appropriazione indebita in capo all'avvocato, laddove questi si appropri di fondi dei clienti nella sua disponibilità perché destinati a specifiche spese legali o depositati in conti fiduciari.

Ad ogni modo, anche rispetto a tali fattispecie non specificamente rivolte all'attività del difensore, il codice deontologico forense non solo fornisce una cornice teorica fondamentale per perimetrare il relativo ambito applicativo, ma stabilisce anche regole di condotta imprescindibili che guidano l'operato dell'avvocato nel rispetto dei diritti del cliente e del corretto funzionamento dell'amministrazione della giustizia.

3. *I reati a vantaggio dell'assistito: il difensore «pubblico ufficiale» e i delitti di falso.* — Esaminate le ipotesi in cui l'agire illecito dell'avvocato si rivolge contro gli interessi del proprio assistito, possiamo ora concentrarci sulle fattispecie che contemplan condotte criminose perpetrate in direzione opposta. In questo contesto, vengono in rilievo sia fattispecie monosoggettive, sia ipotesi di concorso con il cliente in reati propri di quest'ultimo, sia condotte di «aiuto» post-criminoso.

<sup>(11)</sup> In argomento v. F. SIRACUSANO, *L'art. 391-bis c.p. e la contiguità alla mafia*, in «Archivio penale», 2015, p. 169 ss., che inquadra tale fattispecie quale tassello della progressiva tipizzazione delle diverse dimensioni della collusione con le organizzazioni mafiose.

Tra le ipotesi monosoggettive, pare essenziale esaminare il tema dei falsi del difensore, non solo per la sua crescente rilevanza pratica, ma anche perché offre l'opportunità di approfondire, da una diversa prospettiva, il rapporto tra l'avvocato e la giustizia penale. Questo tema si è posto soprattutto dopo l'entrata in vigore della legge 7 dicembre 2000, n. 397, che, come è noto, ha introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento una disciplina organica delle indagini difensive <sup>(12)</sup>.

Tale disciplina, nelle intenzioni del legislatore, risultava indivisibilmente orientata ad un potenziamento del ruolo del difensore nel processo penale, anche nella prospettiva di dare attuazione a un importante corollario del diritto di difesa, ossia il c.d. «diritto di difendersi provando», invocato dalla dottrina già sotto la vigenza del vecchio codice di rito <sup>(13)</sup>. Al contempo, è emerso immediatamente il rischio che il riconoscimento di nuovi poteri di indagine al difensore potesse ampliare l'area della responsabilità penale dell'avvocato, in virtù della possibilità di attribuirgli, in tale specifico contesto, la qualifica di pubblico ufficiale.

La dottrina più acuta, cogliendo prontamente il pericolo di simili risvolti, si era affrettata a precisare che il difensore rimaneva comunque portatore di un interesse privatistico e, per tale ragione, non era tenuto all'obbligo di verità e di imparzialità che invece grava sui pubblici ufficiali <sup>(14)</sup>.

<sup>(12)</sup> Per un commento alla disciplina complessiva delle indagini difensive si veda, per tutti, G. DI CHIARA, *Le linee prospettive del «difendersi ricercando»: luci e ombre delle nuove investigazioni difensive (l. 7.12.2000 n. 397)*, in «La legislazione penale», 2002, p. 6 ss.

<sup>(13)</sup> Tra i diversi autori che avevano auspicato un intervento in tal senso, indispensabile il richiamo a V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, 6<sup>a</sup> ed., vol. II, Torino, 1968, p. 552 ss.; e G. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1968, p. 3 ss.

<sup>(14)</sup> Si veda, in particolare, G. INSOLERA, *L'innaffiatore innaffiato, ovvero la tutela penale delle indagini difensive*, in «Diritto penale e processo», 2001, p. 1417, che si autodefinisce in proposito «la solita Cassandra». Nello stesso senso E. AMODIO, *Il dovere di verità del difensore nel processo penale*, in «Diritto penale e processo», 2006, p. 1457 ss.; S. DEL CORSO, *Uno «spettro» si aggira nel palazzo di giustizia, l'avvocato pubblico ufficiale*, in *Scritti in onore di Antonio*

Ciononostante, le avvertenze della dottrina trovarono concretizzazione pochi anni più tardi, allorquando le Sezioni unite riconobbero la qualifica di pubblico ufficiale in capo al difensore in sede di verbalizzazione delle dichiarazioni raccolte in sede di indagini difensive, con conseguente applicabilità nei suoi confronti del delitto di cui all'art. 476 cod. pen. <sup>(15)</sup>.

Nel caso di specie, si trattava di un difensore che aveva prima documentato e poi utilizzato processualmente le informazioni delle persone in grado di riferire circostanze utili alla attività investigativa, verbalizzandole in modo incompleto o infedele. Ad avviso delle Sezioni unite, considerato che l'atto ha la stessa natura e gli stessi effetti processuali del corrispondente verbale redatto dal pubblico ministero, deve riconoscersi la sussistenza in capo al difensore della qualifica di pubblico ufficiale.

Giova premettere che, a tal riguardo, il dato normativo sembra fornire indicazioni contrastanti: da una parte, l'art. 359 cod. pen., richiamando «i privati che esercitano professioni forensi» tra le persone esercenti un servizio di pubblica necessità, sembra escludere la qualifica di pubblico ufficiale in capo all'avvocato; bisogna nondimeno considerare la concezione funzionale-oggettiva adottata dal legislatore per la descrizione degli agenti pubblici, che, in linea teorica, permette di attribuire la qualifica di pubblico ufficiale anche in capo al difensore nell'esercizio di specifiche mansioni.

Per questa ragione, nonostante l'intervento delle Sezioni unite, la questione risulta ancora controversa e meritevole di approfondimento. Ai fini di un suo corretto inquadramento, appare fondamentale focalizzarsi sugli interessi tutelati dalle fattispecie di cui agli artt. 476 e 479 cod. pen. e sul legame tra questi e la qualifica soggettiva richiesta.

*Cristiani*, a cura di G. De Francesco, Torino, 2001, p. 205 ss.; P. MADDALENA, *Per la difesa libera di investigare: facoltà e diritti, nessun dovere*, in «Diritto e giustizia», 2000, n. 40, p. 8 ss.

<sup>(15)</sup> Il riferimento è alla sentenza Cass. pen., sez. un., 28 settembre 2006, n. 32009, in «Diritto penale e processo», 2007, p. 347 ss., con nota critica di A. VALLINI, *Il difensore che verbalizza un'intervista difensiva è pubblico ufficiale, il suo falso è in atto pubblico*.

Sia quindi consentito ricordare che le fattispecie *de quibus* sono poste a tutela della fede pubblica, intesa quale fiducia che la collettività ripone nella veridicità e autenticità degli atti pubblici, i quali, proprio perché redatti da un pubblico ufficiale, assumono una forza probatoria privilegiata <sup>(16)</sup>. È dunque il possesso della qualifica soggettiva di pubblico ufficiale a rendere più grave l'offesa alla fede pubblica, viceversa punita con una pena più lieve ai sensi degli artt. 482 o 483 cod. pen.

Il falso del pubblico ufficiale esprime infatti un maggiore disvalore, atteso che su tale soggetto grava un'aspettativa di verità e imparzialità che risulta evidentemente tradita dalla falsità commessa. Bisogna quindi valutare se anche rispetto alla veridicità dei verbali d'indagine raccolti dal difensore sorga la medesima aspettativa <sup>(17)</sup>.

Sotto questo profilo, giova osservare che la posizione del difensore in fase di indagine è del tutto peculiare: l'art. 327-*bis* cod. proc. pen., rubricato «Attività investigativa del difensore», pone infatti un preciso vincolo finalistico all'attività investigativa del legale, affermando che essa deve essere svolta «nelle forme e per le finalità stabilite nel titolo VI *bis* del presente libro».

Risulta poi parimenti vero quanto osservato dalle Sezioni unite, vale a dire che il verbale redatto dal difensore ha la stessa natura e gli stessi effetti processuali del corrispondente verbale redatto dal pubblico ministero. Va però aggiunto che il difensore può raccogliere elementi a favore della parte assistita senza il dovere di equidistanza che invece vincola il pubblico ministero; quest'ultimo, secondo l'art. 358 cod. proc. pen., deve infatti svolgere indagini anche a favore dell'indagato e riversare in giudizio tutte le

<sup>(16)</sup> Ancora valida la descrizione del bene giuridico della fede pubblica in senso oggettivo sostenuta da A. DE MARSICO, *Falsità in atti*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVI, Milano, 1967, p. 561 ss., che la intendeva quale «fiducia in certe forme determinate, che imponendo di ritenere rispondenti al vero certe situazioni condizionano od agevolano lo svolgersi della vita economica e giuridica fra i consociati, e finisce così per essere fiducia nel traffico».

<sup>(17)</sup> All'«affidamento» fa appello, tra gli altri, R. BARTOLI, *Falsità documentali*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, p. 2389.

prove raccolte, indipendentemente dalla loro utilità per l'accusa o per la difesa. Il difensore, al contrario, non ha alcun obbligo di presentare prove che possano nuocere al proprio assistito, ma può limitarsi a utilizzare solo quelle favorevoli <sup>(18)</sup>.

Pertanto, considerato che il verbale di dichiarazioni raccolte in sede di indagini difensive può essere legittimamente ritenuto, appare problematico, se non contraddittorio, affermare che l'avvocato assuma in queste vesti la qualifica di pubblico ufficiale. Anche nello svolgimento di indagini difensive, infatti, il suo operato non risulta connotato da quella neutralità e terzietà richiesta ai pubblici ufficiali, dai quali si esige un comportamento esclusivamente volto alla tutela dell'interesse pubblico.

Va difatti considerato che i pubblici ufficiali sono soggetti a una più grave responsabilità in caso di falsità materiale o ideologica, che riflette il maggiore affidamento che la collettività ripone sugli atti compiuti da chi riveste tale qualifica. Il medesimo rigore, invece, non sembra applicabile al difensore, la cui funzione rimane orientata *ex lege* alla tutela dell'interesse del proprio assistito. Permane dunque il divieto, penalmente sanzionato, di compiere falsità materiali o ideologiche nel contesto di atti pubblici, ma tale divieto conserva la medesima valenza che ha per ogni cittadino.

4. *Il concorso tra avvocato e cliente: la responsabilità per «consiglio tecnico».* — Vi sono ipotesi in cui il «consiglio tecnico» reso dall'avvocato al cliente può configurare in capo al primo una responsabilità penale a titolo concorsuale per reati «propri» del secondo <sup>(19)</sup>. Si tratta di un argomento che la dottrina tradizionale colloca nel più generale ambito della responsabilità penale per condotte c.d. neutre, espressione di matrice tedesca con la quale si allude a quei comportamenti che, in sé considerati, rientrano

<sup>(18)</sup> Tale aspetto viene rimarcato soprattutto da G. FRIGO, *L'indagine difensiva da fonti dichiarative*, in *Processo penale: il nuovo ruolo del difensore*, a cura di L. Filippi, Padova, 2001, p. 223 ss.

<sup>(19)</sup> Sul concorso in reato proprio essenziale il rinvio ad A. GULLO, *Il reato proprio*, Milano, 2005, p. 237 ss.; M. PELISSERO, *Il concorso nel reato proprio*, Milano, 2004, spec. p. 346 ss.

nella normale vita di relazione o si legano allo svolgimento di attività professionali consentite dalla legge <sup>(20)</sup>.

In riferimento all'attività professionale dell'avvocato, la responsabilità per consiglio tecnico trova il suo terreno elettivo nei settori del diritto tributario, societario e fallimentare, ovvero in contesti in cui è tipico avvalersi della consulenza di esperti <sup>(21)</sup>.

<sup>(20)</sup> Il tema ha ricevuto particolare attenzione, soprattutto nella dottrina tedesca, già negli anni Novanta del secolo scorso. Possono qui citarsi, tra i contributi più significativi, K. AMBOS, *Beihilfe durch Alltagshandlungen*, in «Juristische Arbeitsblätter», 2000, p. 720 ss.; K. AMELUNG, *Die «Neutralisierung» geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands*, in *Festschrift für Gerald Grünwald: zum siebzigsten Geburtstag*, a cura di E. Samson, F. Dencker, P. Frisch, H. Frister e W. Reiß, Baden-Baden, 1999, p. 9 ss.; A. HARTMANN, *Sonderregeln für die Beihilfe durch «neutrales» Verhalten?*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 2004, p. 598 ss.; W. HASSEMER, *Professionelle Adäquanz: Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung*, in «Wistra», 1995, n. 3, p. 41 ss.; M. HELFER, *La complicità del professionista nel diritto penale dell'economia*, in *I criteri d'imputazione soggettiva nel diritto penale dell'economia: nuove tendenze in Italia e in Austria a confronto*, a cura di M. Ronco e M. Helfer, Padova, 2017, p. 115 ss.; H. NIEDERMAIR, *Straflose Beihilfe durch neutrale Handlungen?*, in «Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft», 1995, p. 508 ss.; T. ROTSCH, *«Neutrale Beihilfe»: Zur Fallbearbeitung im Gutachten*, in «Jura», 2004, p. 14 ss.; più recentemente, anche la dottrina italiana ha manifestato crescente interesse per l'argomento, come dimostrano, soprattutto, i lavori monografici di E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale: il concorso del professionista tramite azioni «neutrali»*, Torino, 2018; e M. MASUCCI, *Sul «rischio penale» del professionista*, Napoli, 2012, p. 19 ss.; v., altresì, M. BIANCHI, *La «complicità» mediante condotte «quotidiane»: apparente neutralità, psichica connivenza, adeguatezza sociale, ruolo istituzionale*, in «L'indice penale», 2009, p. 37 ss.; I. CARACCIOLI, *Sui rischi penali e sanzionatori dei c.d. «avvocati d'affari»*, in «Archivio penale», 2009, p. 48 ss.; A. PERINI, *Il consiglio tecnico come forma di compartecipazione dell'estraneo nei reati propri*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 2003, p. 724.

<sup>(21)</sup> Nella materia societaria e fallimentare, v. P. ALDROVANDI, *Responsabilità concorsuale del professionista nei reati societari*, in «Diritto e pratica delle società», 2004, n. 5, p. 65 ss.; V. PANUCCIO, *Il concorso del professionista nel reato di bancarotta (con particolare riguardo al legale dell'imprenditore)*, in «Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia», 1994, p. 210 ss.; F. SALVIANI, *Il concorso del legale e del consulente contabile nel reato di bancarotta fraudolenta*, in «Cassazione penale», 2017, p. 1196 ss.; L. TROYER, *La responsabilità del pro-*

Bisogna quindi comprendere in quali casi la consulenza prestata dal professionista può essere fonte di responsabilità penale.

In linea con l'orientamento tradizionale della giurisprudenza di legittimità, può anzitutto escludersi la responsabilità omissiva del professionista per il mancato impedimento del reato da parte del proprio cliente, anche qualora sia consapevole della sua intenzione illecita. Non può infatti configurarsi in capo al medesimo la sussistenza di un obbligo giuridico di impedire l'azione delittuosa altrui <sup>(22)</sup>.

Maggiormente controverso è invece l'inquadramento del concorso in forma commissiva a causa della non semplice individuazione dei connotati del contributo causale penalmente rilevante.

Secondo un primo orientamento, è sufficiente rilevare che il contributo del professionista, sia esso di natura materiale o morale, abbia favorito o rafforzato la volontà illecita altrui. Assumerebbe dunque rilevanza penale anche un consiglio o un suggerimento volto a far compiere un'azione penalmente illecita, ovviamente a condizione che detto consiglio o suggerimento venga accolto <sup>(23)</sup>.

Secondo un diverso indirizzo, invece, il mero consiglio risulterebbe privo di rilevanza penale, ritenendosi necessario anche un contributo di tipo «organizzatorio» o «esecutivo» <sup>(24)</sup>.

*fessionista a titolo di concorso nel reato di bancarotta fraudolenta: la Cassazione non scioglie i dubbi interpretativi*, in «Rivista dei dottori commercialisti», 2004, p. 401 ss.; con riferimento ai reati tributari, v. A. ELIA, *L'avvocato che consiglia al cliente di presentare una dichiarazione Iva non veritiera commette il reato di infedele patrocinio*, in «Il fisco», 2012, p. 1639; M. GALLO, *La responsabilità del professionista in materia tributaria*, in «Bollettino tributario di informazioni», 1984, p. 291 ss.; C. SANTORIELLO, *Responsabilità del consulente consapevole della condotta illecita di falsa fatturazione*, in «Il fisco», 2015, p. 2373.

<sup>(22)</sup> Già in questi termini Cass. pen., sez. III, 17 ottobre 1959, in «La giustizia penale», 1959, II, c. 191 ss.

<sup>(23)</sup> V., in materia di bancarotta documentale post-fallimentare, Cass. pen., sez. VI, 13 gennaio 1994, in «Giurisprudenza italiana», 1995, II, p. 198 ss.; in dottrina, sebbene con parametri più restrittivi, l'ammissibilità di un concorso morale per «consiglio tecnico» non viene esclusa da E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale*, cit., p. 184.

<sup>(24)</sup> Cfr. Cass. pen., sez. V, 23 ottobre 1979, in «Rivista penale», 1979, p. 329 ss., che, ai fini del concorso del professionista nel reato di bancarotta

Tale approccio risulta preferibile perché maggiormente funzionale alla definizione dell'imputazione per il professionista, risultando più nitida la distinzione tra la consulenza lecita e le condotte penalmente rilevanti <sup>(25)</sup>. In tal modo, peraltro, si contiene il rischio di semplificazioni probatorie, spesso ricorrenti nella prassi, divenendo necessario un rigoroso accertamento causale, ancorato al fatto-reato <sup>(26)</sup>. Ciò significa che bisogna dimostrare con esattezza che la condotta illecita dell'*intraneus* sia eziologicamente collegata al contributo del professionista. Si pensi, ad esempio, non a generici consigli per eludere il fisco, ma ad una consulenza su come strutturare un'operazione commerciale finalizzata a realizzare una frode fiscale, che poi viene seguita dal cliente.

Ad ogni modo, il solo rischio di incorrere in responsabilità penale in ragione della consulenza prestata al proprio cliente esorta l'avvocato ad agire con la massima diligenza professionale e mantenere un comportamento trasparente e conforme alla legge. Tale cautela si rivela ancor più opportuna nel contesto storico attuale, caratterizzato da una crescente domanda di punizione anche nei confronti di tali figure di professionisti alla quale non pare esser rimasto «insensibile» il legislatore.

fraudolenta, ha affermato la necessità di un'assistenza materiale in sede di stipulazione dei negozi simulati attraverso i quali viene realizzato tale delitto nel caso di specie. In dottrina, in senso analogo, V. PANUCCIO, *Il concorso del professionista nel reato di bancarotta*, cit., p. 215; C. SANTORIELLO, *Responsabilità del consulente consapevole della condotta illecita di falsa fatturazione*, cit., p. 2373. L'irrilevanza del mero consiglio tecnico è invece da altri sostenuta facendo leva sul principio di autoreponsabilità, che limiterebbe la responsabilità del professionista ai soli casi in cui abbia contribuito anche alla materiale attuazione dell'atto illecito: così M. MASUCCI, *Sul «rischio penale» del professionista*, cit., p. 19 ss.

<sup>(25)</sup> Tale indirizzo risulta prevalente soprattutto in materia di reati fallimentari: v., tra le più note, Cass. pen., sez. V, 31 gennaio 1998, n. 1245, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1998, p. 301 ss., relativa ad uno dei processi legati all'inchiesta «mani pulite». L'indirizzo di maggiore rigore sembra invece maggioritario in relazione ai reati tributari: v. Cass. pen., sez. III, 28 aprile 2016, n. 17418, in «Guida al diritto», 2016, fasc. 21, p. 29.

<sup>(26)</sup> V., in tal senso, E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale*, cit., p. 80.

Viene in evidenza in proposito il terzo comma dell'art. 13-*bis* del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, introdotto dal d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158, che prevede un'aggravante a effetto speciale, cui si lega un aumento della metà della pena, per i delitti tributari commessi da un professionista nell'esercizio dell'attività di consulenza fiscale attraverso l'elaborazione o la commercializzazione di modelli di evasione fiscale.

Il legislatore ha quindi voluto colpire in modo più severo quelle situazioni in cui il professionista, che dovrebbe fornire consulenza legale e fiscale nel rispetto delle normative, sfrutta la propria competenza per elaborare vere e proprie strategie di evasione fiscale.

Va tuttavia osservato che tale disposizione, oltre a non brillare per la chiarezza della sua formulazione, prevede un inasprimento della pena per il consulente, pari a un aumento secco della metà della pena, che appare del tutto sproporzionato rispetto alla gravità del fatto <sup>(27)</sup>.

Si avverte così la valenza meramente simbolica di una norma che dimostra la crescente propensione a considerare con maggiore severità il ruolo di figure tradizionalmente percepite come indipendenti e autonome, quali avvocati e consulenti, amplificando il rischio di vederle coinvolte in procedimenti penali per attività legate all'esercizio della loro professione. Tale evoluzione riflette un mutamento culturale che privilegia la repressione piuttosto che la tutela delle libertà professionali, con evidente alterazione dell'equilibrio tra indipendenza e responsabilità che è alla base delle professioni liberali.

5. *La responsabilità per concorso «esterno» in associazione mafiosa.* — Un ambito di particolare complessità e delicatezza, in cui l'avvocato può trovarsi esposto a potenziali profili di responsabi-

<sup>(27)</sup> Nello stesso senso, A. INGRASSIA, *Circostanze e cause di non punibilità: la voluntary disclosure, in I reati tributari*, a cura di R. Bricchetti e P. Veneziani, vol. XIII del *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, Torino, 2017, p. 555, che evidenzia l'intento del legislatore di «rendere draconiana la pena per il consulente».

lità penale, è quello relativo alla difesa di soggetti accusati del delitto di associazione a delinquere di stampo mafioso di cui all'art. 416-*bis* cod. pen. <sup>(28)</sup>.

È ben noto, anche per il clamore mediatico che ha accompagnato simili vicende, che nel tempo non sono mancate ipotesi in cui l'attività professionale di taluni difensori sia sconfinata in forme «paradigmatiche» di concorso esterno nell'associazione criminale <sup>(29)</sup> e, talora, persino in condotte di partecipazione interna <sup>(30)</sup>.

Le ipotesi problematiche, tuttavia, non riguardano casi in cui il difensore presta un sostegno concreto e inequivoco all'attività

<sup>(28)</sup> Per un inquadramento generale del tema, v. R. D'ANTONI, *La responsabilità penale dell'«avvocato della mafia»*, in *I reati associativi: paradigmi concettuali e materiale probatorio: un contributo all'analisi e alla critica del diritto vivente*, a cura di L. Picotti, G. Fornasari, F. Viganò e A. Melchionda, Padova, 2005, p. 75; M. VALIANTE, *L'avvocato dei mafiosi (ovvero il concorso eventuale di persone nell'associazione criminosa)*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1995, p. 820 ss.

<sup>(29)</sup> V. Trib. Palermo, 18 novembre 1996, in «Il foro Italiano», 1997, II, c. 611 ss., con nota di C. VISCONTI, *Difesa di mafia e rischio penale*, che ha condannato per concorso esterno un avvocato che aveva esercitato pressioni su un medico affinché modificasse le conclusioni di una perizia sfavorevole agli interessi processuali di alcuni imputati appartenenti all'associazione mafiosa da lui assistiti. Più di recente, v. Cass. pen, sez. I, 7 marzo 2022, n. 8123, in <www.iusinitinere.it>, 10 marzo 2022, ove si è ribadito che: «Il concorso esterno nell'associazione di tipo mafioso è configurabile nelle ipotesi in cui il libero professionista, pur non essendo inserito nella struttura organizzativa della consorceria, instaura con la stessa un rapporto sinallagmatico, incentrato su un sistema di reciproci vantaggi, economici e professionali».

<sup>(30)</sup> V. Cass. pen., sez. II, 29 aprile 2014, n. 17894, in «Cassazione penale», 2015, p. 1390 ss., secondo cui: «l'avvocato che – senza limitarsi a fornire al proprio cliente-associato consigli, pareri ecc. mantenendosi nell'ambito di quanto legalmente consentito – si trasformi in un “consigliori” della cosca, assicurando un'assistenza tecnico-legale finalizzata a suggerire sistemi e modalità di elusione fraudolenta della legge (nella specie, diretti a far acquisire agli esponenti del sodalizio il controllo di una società), risponde del delitto di concorso esterno, ovvero di quello di partecipazione all'associazione, qualora ricorrano gli ulteriori presupposti della “*affectio societatis*” e dello stabile inserimento nella struttura organizzativa del sodalizio». Sul tema v., per tutti, S. BELTRANI, *La c.d. «borghesia mafiosa» tra partecipazione all'associazione e concorso esterno*, in «Rivista penale», 2013, p. 327 ss.

della consorzeria, ma si riferiscono a condotte che possiamo considerare «ai limiti» del mandato professionale <sup>(31)</sup>.

Per stabilire anche qui i confini dell'agire lecito, bisogna muovere dalla consapevolezza che la percezione distorta del ruolo dell'avvocato, cui si faceva cenno in premessa, si avverte ancor più sensibilmente nel contesto in esame. È infatti innegabile che, soprattutto in riferimento a siffatta tipologia di clientela, la figura del difensore venga percepita e strumentalmente rappresentata non come quella di un professionista impegnato nella tutela irrinunciabile dei diritti dell'imputato, ma come un soggetto che, con la sua attività, mostra sospetta contiguità con la consorzeria criminale.

Si tratta di un aspetto assai problematico perché, lungi dal restare circoscritto alla percezione collettiva, rischia di penetrare nei procedimenti penali e condizionarne l'esito. Non è infatti un mistero che l'indeterminatezza della fattispecie di cui all'art. 416-*bis* cod. pen., esasperata peraltro dal combinato con l'art. 110 cod. pen., abbia talora condotto alla censura di generiche forme di contatto con ambienti mafiosi, sulla base di valutazioni di tipo «impressionistico-intuitivo» <sup>(32)</sup>. È facile comprendere che il difensore dei membri dell'associazione, complice anche il clima di stigmatizzazione sociale sopra descritto, sia naturalmente esposto, forse più di ogni altro, a simili eccessi.

Non è certo questa la sede per ritornare sulle problematiche di carattere dogmatico e applicativo legate alla figura del concor-

<sup>(31)</sup> Si veda Cass. pen., sez. I, 18 maggio 1994, in «Cassazione penale», 1995, p. 2611, che ha escluso la configurabilità del concorso esterno in capo ad un avvocato accusato di contiguità con una cosca mafiosa, negando, in verità, la stessa ammissibilità in principio di tale istituto. La sentenza è nota anche per aver palesato il contrasto interno alla prima sezione della Corte di cassazione circa l'ammissibilità del concorso esterno, a cui porranno rimedio le Sezioni unite con la nota sentenza Demitry dell'ottobre dello stesso anno: Cass. pen., sez. un., 5 ottobre 1994, in «Cassazione penale», 1995, p. 842 ss., con nota di F.M. IACOVIELLO, *Il concorso eventuale nel delitto di partecipazione ad associazione per delinquere*; e in «Il foro Italiano», 1995, II, c. 423 ss., con nota di G. INSOLERA, *Il concorso esterno nei delitti associativi*.

<sup>(32)</sup> Così G. FIANDACA, C. VISCONTI, *Scenari di mafia: orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Torino, 2010, p. 552.

so esterno in associazione mafiosa <sup>(33)</sup>. Ci limitiamo a ricordare come, a partire dalle Sezioni unite Mannino del 2005, la giurisprudenza individui quale «concorrente esterno» quel soggetto che, pur non inserito stabilmente nella struttura organizzativa dell'associazione e privo dell'*affectio societatis*, fornisce tuttavia un concreto e specifico contributo, sempre che questo abbia un'effettiva rilevanza causale ai fini della conservazione o del rafforzamento delle capacità operative dell'associazione <sup>(34)</sup>.

Le coordinate tracciate dalla giurisprudenza delle Sezioni unite, già di per sé ambigue, incontrano ulteriori difficoltà applicative nel caso degli avvocati. L'attività difensiva, infatti, implica per sua natura rapporti stretti e continuativi con il cliente, che certo non devono sfociare in un contributo concreto o stabile alle attività illecite dell'associazione, ma non possono neppure essere intesi come sinonimo di connivenza. Ciò che è facilmente distinguibile in astratto, risulta tuttavia ben più difficile da discernere nella realtà concreta.

Così, se può pacificamente considerarsi concorrente esterno l'avvocato che, pur non essendo formalmente affiliato all'organizzazione, funga da tramite tra i vertici mafiosi in stato di detenzione o latitanza e l'esterno, più controverso potrebbe risultare il caso

<sup>(33)</sup> Nella mole sconfinata di contributi dedicati al tema, ci limitiamo qui a rinviare, anche per una rappresentazione delle diverse posizioni emerse a riguardo in dottrina e giurisprudenza, a G. DE VERO, *Il concorso esterno in associazione mafiosa tra incessante travaglio giurisprudenziale e perdurante afa-sia legislativa*, in «Diritto penale e processo», 2003, p. 1325 ss.; G. INSOLERA, *Il concorso esterno nei delitti associativi: la ragione di Stato e gli inganni della dogmatica*, in «Il foro Italiano», 1995, II, c. 423 ss.; C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003, spec. p. 477 ss.; G. PANEBIANCO, *Reati di associazione e declinazioni preternazionali della criminalità organizzata*, Milano, 2018, p. 257 ss.; e, tra i contributi più recenti, a V. MAIELLO, *Il cantiere sempre aperto del concorso esterno*, in *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione: dialogando con Gaetano Insolera*, a cura di R. Acquaroli, E. Fronza e A. Gamberini, Roma, 2021, p. 499 ss.

<sup>(34)</sup> Cfr. Cass. pen., sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748, in «Cassazione penale», 2005, p. 3732 ss.; e in «Il foro italiano», 2006, II, cc. 81 ss., con nota di G. FIANDACA, C. VISCONTI, *Il patto di scambio politico-mafioso al vaglio delle Sezioni Unite*.

in cui questi fornisca al proprio assistito assistenza legale sulla gestione del proprio patrimonio nella previsione dell'applicazione di una misura ablativa. Dinanzi a casi simili, non sempre è agevole comprendere se il legale stia realmente contribuendo alla difesa dei diritti del proprio assistito o se, al contrario, stia facilitando l'operato dell'organizzazione criminale.

Diviene dunque essenziale operare un'analisi particolarmente rigorosa, che consideri non solo la materialità delle condotte poste in essere dal legale e l'effetto concreto che le stesse producono sul rafforzamento della compagine mafiosa, ma anche la prova dell'elemento soggettivo che non può essere dato per presupposto.

Sotto quest'ultimo profilo, le stesse Sezioni unite Mannino hanno opportunamente osservato che, in tali casi, occorre verificare se il soggetto si sia posto o meno in una posizione di «contiguità consapevole» rispetto all'associazione mafiosa, divenendo, di fatto, uno strumento attraverso il quale l'organizzazione abbia rafforzato la propria influenza e capacità di azione <sup>(35)</sup>. Di conseguenza, nel nostro caso, affinché si configuri il concorso esterno, è necessario provare che l'avvocato abbia agito con la consapevolezza di travalicare i limiti del proprio mandato e contribuire alla conservazione, rafforzamento e realizzazione del programma criminoso dell'associazione mafiosa.

Conviene però ricordare come da tale impostazione si sia recentemente discostata una nota pronuncia della sesta sezione della Corte di cassazione, emessa in sede cautelare, di particolare interesse ai nostri fini non solo per i suoi contenuti, ma anche perché il caso riguardava proprio la figura di un legale che, sfruttando canali e relazioni istituzionali, avrebbe messo a disposizione del sodalizio informazioni riservate concernenti una collaborazione con la giustizia *in itinere* <sup>(36)</sup>.

In tale occasione, i giudici di legittimità, ai fini dell'apprezzamento della rilevanza causale dell'apporto dell'*extraneus*, hanno riesumato il vecchio criterio della «fibrillazione» elaborato dalla

<sup>(35)</sup> Cfr. Cass. pen., sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748, cit.

<sup>(36)</sup> Cfr. Cass., sez. VI, 25 giugno 2020, n. 25619, in <[www.giurisprudenza-penale.com](http://www.giurisprudenza-penale.com)>, 24 novembre 2020.

sentenza Demitry del 1994. Di conseguenza, si è ritenuto configurabile nel caso di specie il «concorso esterno» sul presupposto che l'intervento del legale avrebbe permesso agli esponenti della consorteria di superare una «situazione critica» e «di operare in condizioni di maggiore sicurezza e avvedutezza»<sup>(37)</sup>.

Ciò dimostra come la figura del concorso esterno, fermo il suo riconoscimento ormai consolidato in giurisprudenza, continui a mostrare vistose oscillazioni, anche in sede di legittimità, in relazione alla definizione dei suoi contenuti e presupposti. Anche in ragione di tale incertezza, va richiesto all'avvocato, sperando che risulti sufficiente, un elevato livello di professionalità, capace di garantire una piena e incondizionata difesa dei diritti dell'assistito all'interno del perimetro, mobile e sfumato, della legalità. Allo stesso tempo, è necessario il massimo scrupolo anche da parte della magistratura inquirente e giudicante, chiamata a discernere le attività che costituiscono espressione del mandato difensivo da quelle illecite, affinché possa dirsi pienamente tutelata non solo l'integrità professionale degli avvocati, ma anche il diritto di difesa degli imputati.

6. *L'«aiuto» al cliente «dopo che fu commesso un delitto»: la «solidarietà anomala» nel favoreggiamento.* — Dopo aver analizzato le ipotesi in cui il difensore assume il ruolo di concorrente nel reato, possiamo ora esaminare la vasta area grigia di comportamenti di «aiuto» del legale nei confronti dell'assistito; condotte che, seguendo l'espressione utilizzata dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, denotano l'esistenza di un sodalizio anomalo tra i due soggetti.

<sup>(37)</sup> Tale pronuncia si pone in continuità con la nota pronuncia delle Sezioni unite Chiocchini del 2020, che, chiamate a pronunciarsi sulla natura dell'aggravante dell'agevolazione mafiosa di cui all'art. 416-bis.1 cod. pen., si sono preoccupate di delineare, in un *obiter*, il confine tra tale fattispecie e il concorso esterno in associazione mafiosa, facendo riferimento al criterio della «fibrillazione»: v. Cass. pen., sez. un., 3 marzo 2020, n. 8545, in «Sistema penale», 16 marzo 2020, con nota di S. FINOCCHIARO, *Le Sezioni unite sulla natura dell'aggravante dell'agevolazione mafiosa e sulla sua estensione ai concorrenti: tra punti fermi e criticità irrisolte*.

Il concetto di «sodalizio anomalo» rimanda immediatamente al delitto di favoreggiamento, nel cui contesto è stato elaborato e risulta tuttora confinato. L'art. 378 cod. pen., come è noto, punisce la condotta di chi, dopo la commissione di un delitto, al di fuori delle ipotesi di concorso, agevola taluno nell'eludere le investigazioni dell'autorità o nel sottrarsi alle ricerche <sup>(38)</sup>.

Dalla semplice lettura della disposizione, si comprende come la configurabilità di tale delitto in capo all'avvocato risulti intrinsecamente problematica: l'attività difensiva, per sua natura, è finalizzata ad «aiutare» l'assistito, con il quale, si potrebbe dire, esiste un «sodalizio naturale». Ne deduciamo che detto legame assume invece forme patologiche, divenendo «anomalo», quando l'aiuto fornito dal legale esorbita dai limiti dell'esercizio del magistero difensivo e, anziché essere volto a garantire il diritto di difesa, diviene ostacolo alla corretta amministrazione della giustizia <sup>(39)</sup>.

Si tratta, pertanto, di operare anche qui un corretto bilanciamento tra l'esigenza di garantire l'esercizio del diritto di difesa e quella di tutelare l'amministrazione della giustizia.

Sul piano concettuale, le questioni appaiono dunque chiare.

<sup>(38)</sup> Sui profili generali del delitto di favoreggiamento, anche in relazione alla condotta del difensore, v. A. CALAMANTI, *Il diritto di difesa tra favoreggiamento e patrocinio infedele*, cit., p. 30 ss.; E. DINACCI, *Favoreggiamento personale e tipologia delle attività investigative tra vecchio e nuovo*, Padova, 1989, p. 113 ss.; D. PULITANÒ, *Il favoreggiamento personale tra diritto e processo penale*, Milano, 1984, p. 193 ss.; M. ZANOTTI, *Studi in tema di favoreggiamento personale*, Padova, 1984, p. 134 ss.; sul tema si vedano altresì R. CAUTERUCCIO, *Il reato di favoreggiamento del difensore*, in «Rivista penale», 2012, p. 25 ss.; M. CERESA GASTALDO, *A proposito del confine fra atto defensionale atipico e reato di favoreggiamento*, in «Cassazione penale», 1988, p. 1427 ss.; F. COSTANTINI, *Il favoreggiamento personale del difensore*, in «Giurisprudenza di merito», 2010, p. 193 ss.; G. INSOLERA, *L'avvocato penalista tra deontologia e rischio penale*, cit., p. 223 ss.; P. MOSCARINI, *Difesa tecnica e favoreggiamento*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1981, p. 1594 ss.

<sup>(39)</sup> La giurisprudenza di legittimità, accanto ai doveri legati alla tutela dell'assistito, pone infatti in capo al difensore «l'obbligo di concorrere a creare le condizioni d'una sentenza giusta»: così Cass. pen., 11 novembre 1980, senza numero, in «Cassazione penale», 1982, p. 940 ss., con nota di P. CORSO, *Sulla configurabilità di un obbligo del difensore di concorrere a creare le condizioni d'una sentenza giusta*.

Tuttavia, nella realtà emergono situazioni caratterizzate da sfumature sempre mutevoli, che rendono difficile tracciare un confine netto tra l'agire lecito e l'aiuto penalmente rilevante. Infatti, gli stessi criteri all'uopo individuati da dottrina e giurisprudenza, al di là delle valutazioni di merito, risultano comunque inevitabilmente elastici e abbisognano di essere costantemente plasmati alla luce delle peculiarità del caso concreto.

Non v'è dubbio che il difensore agisca in modo lecito se, pur consapevole della colpevolezza del suo assistito, gli suggerisce di non rendere alcuna dichiarazione agli organi inquirenti al fine di pianificare una migliore strategia difensiva. All'estremo opposto, possono pacificamente integrare il delitto di favoreggiamento quei comportamenti materiali che si pongono al di fuori delle attività tipicamente difensive e si traducono in un aiuto all'assistito ai sensi dell'art. 378 cod. pen. <sup>(40)</sup>.

Tuttavia, come si accennava, esiste una vasta gamma di comportamenti, che astrattamente rientrano nelle attività tipiche del difensore, ma la cui liceità può risultare meno pacifica in ragione dell'effetto che producono, che è quello tipico del delitto di favoreggiamento. Si allude ai consigli, alle informazioni e alle comunicazioni fornite dall'avvocato al cliente, che, per contenuto e modalità, potrebbero essere utilizzate da quest'ultimo per eludere le investigazioni dell'autorità o sottrarsi alle ricerche. Emblematico il caso «di scuola» del difensore che avvisa il proprio cliente dell'imminente applicazione di provvedimenti coercitivi nei suoi confronti, la cui attuazione richiede segretezza nei confronti del destinatario, facilitando, di fatto, la possibilità per quest'ultimo di sottrarsi alla loro esecuzione.

Secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza, l'elemento centrale che deve essere valorizzato ai fini di valutare la legittimità o meno dell'operato dell'avvocato risiede nelle mo-

<sup>(40)</sup> Emblematica Cass. pen., sez. IV, 5 aprile 2007, n. 38516, in «Guida al diritto», 2008, p. 67, in cui è stata ravvisata la sussistenza del tentativo di favoreggiamento personale in capo al difensore di un imputato che, nel corso delle indagini preliminari, aveva proposto, senza esito, alla persona informata sui fatti di modificare la deposizione già resa alla polizia giudiziaria.

dalità con cui l'informazione, poi trasmessa all'assistito, è stata acquisita.

In quest'ordine di idee, laddove l'informazione sia stata ottenuta lecitamente, la sua divulgazione andrebbe considerata legittima in virtù del rapporto fiduciario che intercorre tra il difensore e il proprio assistito. Chiara in tal senso la previsione di cui all'art. 27, comma 8, cod. deont. for., ove si afferma che: «L'avvocato deve riferire alla parte assistita, se nell'interesse di questa, il contenuto di quanto appreso legittimamente nell'esercizio del mandato» <sup>(41)</sup>.

Diversamente, laddove l'informazione sia stata acquisita in modo illecito, la sua divulgazione costituirebbe un abuso della funzione difensiva, integrando così il reato di favoreggiamento personale. Questo si verifica, ad esempio, quando il difensore concorre nei delitti di rivelazione di segreti d'ufficio (art. 326 cod. pen.) o di segreti inerenti a un procedimento penale (art. 379-*bis* cod. pen.), inducendo un pubblico ufficiale o un altro soggetto tenuto al segreto a rivelargli informazioni riservate <sup>(42)</sup>.

Tuttavia, restano di dubbia legittimità le situazioni in cui l'informazione comunicata al cliente sia stata appresa «ufficiosamente» dal legale, che magari ha avuto accesso a informazioni riservate o non ufficiali. Parimenti dubbi sono i casi in cui il difensore ha il «sospetto» che possano essere emessi provvedimenti cautelari nei

<sup>(41)</sup> La Suprema Corte ha, per esempio, ritenuto configurabile la fattispecie di favoreggiamento personale nelle ipotesi in cui il difensore fornisce a persone terze, diverse dal proprio assistito, notizie apprese in ragione del mandato difensivo espletato in favore di quest'ultimo e che devono rimanere riservate, e ciò al fine di aiutarle a eludere le investigazioni: in tal senso, cfr. Cass. pen., sez. III, 18 giugno 2014, n. 16789; cfr., altresì, Cass. pen., sez. VI, 18 maggio 2010, n. 20813, in cui la Suprema Corte ha escluso la sussistenza del favoreggiamento personale a carico del difensore che, avendo casualmente appreso della misura cautelare emessa nei confronti del proprio assistito, lo aveva avvisato di tale provvedimento.

<sup>(42)</sup> Cfr. Cass. pen., sez. VI, 18 luglio 2013, n. 35327, che ha ravvisato il delitto di favoreggiamento personale nella condotta del difensore che, avendo acquisito illegalmente la notizia dell'emissione di una misura cautelare nei confronti del proprio assistito, lo ha informato, permettendogli così di sottrarsi all'esecuzione del provvedimento e alle ricerche dell'autorità.

confronti del proprio assistito a causa della conoscenza di indagini collaterali e glielo comunicò, consentendogli così di sottrarsi tempestivamente alle ricerche effettivamente in corso.

In queste ipotesi, come è agevole comprendere, si rende necessario un approccio «caso per caso», adottando come criterio guida il rispetto dei limiti legali e deontologici del mandato difensivo, onde evitare che un eccessivo avanzamento del fronte della tutela penale si traduca in una compressione illegittima del diritto di difesa.

La questione, al di là delle soluzioni giurisprudenziali, sottende peraltro un tema di natura teorico-dogmatica meritevole di approfondimento anche in questa sede perché foriero di ricadute pratiche significative. Si è infatti affermato che l'attività rientrante all'interno del mandato difensivo e dei doveri deontologici ad esso collegati, sebbene possa tradursi in un «aiuto» ai sensi dell'art. 378 cod. pen., non assume rilevanza penale se esplicata nei limiti del mandato difensivo. Bisogna però comprendere da cosa dipende la «non punibilità», cioè verificare se le regole deontologiche rappresentino un limite di tipicità della fattispecie o incidano sull'antigiuridicità del fatto.

Secondo un indirizzo sviluppatosi soprattutto in seno alla dottrina tedesca, occorrerebbe fare riferimento al criterio della «adeguatezza professionale», che fungerebbe in questi casi da limite della tipicità della condotta <sup>(43)</sup>. Rispetto all'attività dell'avvocato, detto criterio andrebbe in particolare valutato alla luce delle regole deontologiche della professione forense. A tale impostazione, tuttavia, si contesta un errore anzitutto di metodo, poiché essa riconosce un ruolo ancillare al diritto penale rispetto alle discipline di settore, con il conseguente rischio che ciascuna categoria possa liberamente precostituirsi aree di impunità <sup>(44)</sup>.

<sup>(43)</sup> Si veda, per tutti, W. HASSEMER, *Professionelle Adäquanz*, cit., p. 82. Nella nostra dottrina v. M. ZANOTTI, *Studi in tema di favoreggiamento personale*, cit., p. 134 ss.

<sup>(44)</sup> V., per tutti, l'approfondimento critico di E. BASILE, *Consiglio tecnico e responsabilità penale*, cit., p. 106.

L'impostazione prevalente nella nostra giurisprudenza di legittimità, avviata dalla nota sentenza Fasano del 2000 e recepita anche in dottrina, fa invece leva sulla scriminante dell'esercizio del diritto di cui all'art. 51 cod. pen. <sup>(45)</sup>. La questione viene dunque riportata sul piano del bilanciamento di interessi, che vede qui contrapposti, da un lato, la tutela dell'amministrazione della giustizia e, dall'altro, il diritto di difesa dell'assistito, che il difensore è chiamato a tutelare.

In senso parzialmente diverso si colloca parte della dottrina, che condivide la scelta di ritenere in questi casi insussistente l'anti-giuridicità del fatto, ma chiama in causa la scriminante dell'adempimento del dovere, sul presupposto che i doveri deontologici, basandosi su regole espresse, assicurano una maggiore prevedibilità della situazione scriminante e favoriscono la serenità e sicurezza nello svolgimento dell'incarico da parte del difensore <sup>(46)</sup>.

In verità, per quanto possa sembrare una questione meramente qualificatoria, sembra concettualmente più pertinente il richiamo all'esercizio del diritto. Infatti, affermare che alla base della situazione scriminante vi è un «dovere» da adempiere rischia di porre l'avvocato in una situazione di conflitto tra il dovere deontologico e l'esigenza di evitare di incorrere in una responsabilità penale. Per comprendere meglio l'insidiosità di tale conflitto, possiamo tornare all'ipotesi dell'avvocato che dispone di una notizia acquisita «ufficiosamente»: in questo caso, egli si troverebbe a dover scegliere tra informare il cliente, esponendosi ad una potenziale responsabilità penale, o non comunicare l'informazione, rischiando di venire meno a un proprio dovere deontologico.

Il richiamo all'esercizio del diritto, invece, consente di evitare questa dicotomia, preservando meglio il delicato equilibrio tra il diritto di difesa e la tutela dell'amministrazione della giustizia e garantendone un adeguato bilanciamento.

<sup>(45)</sup> V. Cass. pen., sez. VI, 6 luglio 2000, n. 7913, in «Cassazione penale», 2001, p. 939. Nello stesso senso M. BIANCHI, *La «complicità» mediante condotte «quotidiane»*, cit., p. 83.

<sup>(46)</sup> In tal senso, v. G. INSOLERA, *L'avvocato penalista tra deontologia e rischio penale*, cit., p. 238 ss.

7. La «solidarietà naturale» tra avvocato e cliente: la piena tutela del diritto di difesa quale condizione per un «giusto processo». — Alla luce della disamina svolta, sembra potersi riconoscere in capo al difensore una duplice funzione: egli è, anzitutto, il garante dei diritti del proprio assistito, la cui piena tutela è condizione imprescindibile per assicurare la celebrazione di un giusto processo; al contempo, pur operando da una prospettiva «di parte», l'avvocato rappresenta un ingranaggio essenziale della più ampia macchina giudiziaria, concorrendo ad assicurarne il corretto e ordinato funzionamento.

La «solidarietà naturale» tra avvocato e cliente, pertanto, lungi dal dare «scandalo», deve invece essere intesa come elemento imprescindibile per garantire la piena tutela dei diritti e il complessivo equilibrio del sistema. Al contrario, le degenerazioni di tale rapporto, compromettendo una siffatta armonia, non possono ritenersi sempre penalmente lecite; in questo senso, il concetto di «solidarietà anomala», confinato dalla giurisprudenza nell'ambito del favoreggiamento, si presta ad assumere una valenza più ampia, dimostrandosi idoneo a inglobare tutte le diverse manifestazioni di connivenza penalmente rilevante tra difensore e assistito.

Resta, dunque, il delicato compito del difensore di raccordare questa sua duplice dimensione, ossia di garantire la più ampia protezione ai diritti del proprio assistito, senza però scivolare in patologiche degenerazioni del proprio ufficio.

In proposito si potrebbe dire che, in linea generale, l'avvocato, nel suo ruolo di garante dei diritti dell'assistito, è chiamato a mettere in atto ogni mezzo lecito e ogni argomentazione giuridica idonea a tutelarne al meglio gli interessi. Deve pertanto astenersi dal superare i limiti del mandato difensivo, evitando comportamenti che possano contribuire, in chiave materiale o morale, alla commissione di reati da parte del cliente o che possano aiutarlo ad eludere le investigazioni dell'autorità o a sottrarsi alle ricerche.

Sappiamo, tuttavia, che, al di là delle indicazioni desumibili dalle previsioni incriminatrici e dal codice deontologico, non sempre risulta agevole delineare i confini del mandato difensivo. Si ripropone infatti costantemente il dubbio su quale sia il limite massimo di espansione del diritto di difesa, cioè fino a che punto

l'avvocato possa spingersi nel proteggere la posizione del proprio cliente.

Riaffiora su questo versante il tema «titanico» del rapporto tra l'avvocato e la verità.

Una lettura superficiale dell'art. 24 della Costituzione potrebbe indurci a ritenere che l'avvocato, fermo restando il rispetto della liceità dei mezzi, possa in ogni modo contribuire a manipolare la verità dei fatti o ostacolarne l'accertamento in nome della tutela del diritto di difesa dell'assistito. In realtà, la disamina del diritto positivo dimostra come la questione sia più complessa, perché anche il riconoscimento di un ipotetico «diritto alla menzogna» incontrerebbe necessariamente dei limiti <sup>(47)</sup>.

In proposito, sembra profilarsi una distinzione tra «dovere di verità» e «dovere di contribuire all'accertamento della verità».

Con riferimento al primo, questo può configurarsi a carico dell'avvocato nell'esercizio del mandato difensivo solo in quelle situazioni in cui si sia generata un'aspettativa di verità. Ciò è evidente nella disciplina dei falsi del difensore: egli può scegliere di non utilizzare dichiarazioni ricevute in sede di investigazioni difensive se ritenute contrarie agli interessi dell'assistito, ma, una volta immesse nel processo, ha l'obbligo di riportarle fedelmente, pena la responsabilità per il delitto di falso ideologico. Al contrario, un dovere di verità non può prospettarsi laddove non sussista una simile aspettativa, ossia con riguardo alle condotte che rientrano naturalmente nelle prerogative dell'avvocato, come negli scritti difensivi, nell'esame dei testimoni o nelle conclusioni orali. In questi casi, fermi i limiti di legge, l'avvocato può esercitare la propria strategia difensiva senza essere vincolato da un dovere di verità, la cui sola prospettiva si porrebbe in contrasto quasi grottesco col diritto di difesa.

Ciò che invece non può mai configurarsi a carico dell'avvocato è un dovere di contribuire alla ricerca della verità. Tale funzione,

<sup>(47)</sup> Sul tema, da una prospettiva che sarebbe riduttivo circoscrivere alla sola dimensione processualciviltistica, risulta imprescindibile richiamare l'ampia e pregevole disamina di M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018.

infatti, costituisce prerogativa dello Stato, e perciò non può esistere alcun obbligo per la difesa di presentare nel processo elementi potenzialmente sfavorevoli per il proprio assistito o di collaborare con l'autorità giudiziaria <sup>(48)</sup>. Anzi, anche in ragione della presunzione di innocenza, l'avvocato può legittimamente consigliare al proprio assistito di avvalersi delle facoltà che la legge gli riconosce, come il diritto al silenzio e financo di dare risposte non veritiere, senza che ciò possa essere interpretato come indice di colpevolezza.

Ciò posto, per evitare fraintendimenti, è importante chiarire che l'assenza di un dovere di contribuire alla verità non equivale a considerare l'avvocato un fattore d'intralcio alla giustizia; al contrario, egli è chiamato a essere «seminatore di dubbi, censore implacabile, custode guardingo e puntiglioso della regolarità del metodo» <sup>(49)</sup>. In questi termini, l'attività difensiva risulta fondamentale per consentire al giudice di considerare ogni possibile interpretazione dei fatti e delle norme e non trascurare alcun elemento rilevante per la decisione <sup>(50)</sup>, riducendo così il rischio più drammatico che grava sul processo penale: la condanna dell'innocente <sup>(51)</sup>.

<sup>(48)</sup> Esclude la sussistenza di un dovere di «leale collaborazione» in capo al difensore L. FILIPPI, *Punti di frizione tra diritto di difesa e invalidità degli atti processuali*, in *Oneri e limiti del diritto di difesa*, a cura di G. Garuti e A. Marandola, Milano, 2012, p. 35 ss.

<sup>(49)</sup> Così T. PADOVANI, *Il diritto di difesa tecnica*, in *Processo e garanzie della persona*, Atti del convegno in onore di Mario Chiavario, numero speciale de «La legislazione penale», 19 ottobre 2020, p. 105.

<sup>(50)</sup> Così P. BORGNA, *Difesa degli avvocati scritta da un pubblico accusatore*, Bari, 2014, p. 44.

<sup>(51)</sup> Necessario il rinvio a F. STELLA, *Giustizia e modernità: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2003, p. 212.

## Abstract

Il saggio affronta il tema della responsabilità penale dell'avvocato con riferimento al rapporto con il cliente, evidenziando le ambiguità e le insidie che caratterizzano tale figura nel processo penale. L'autore analizza la distinzione tra i reati commessi contro gli interessi dell'assistito, quali l'infedeltà del patrocinatore e il millantato credito, e i reati a vantaggio del cliente, con particolare attenzione ai delitti di falso attribuibili all'avvocato in qualità di pubblico ufficiale nelle indagini difensive. Viene esaminata la responsabilità penale per il cosiddetto consiglio tecnico, con riferimento ai settori tributario e societario, e approfondita la problematica del concorso esterno in associazione mafiosa, che impone un rigoroso bilanciamento tra tutela della professionalità forense e prevenzione della contaminazione criminale. L'autore dedica inoltre ampio spazio al tema del favoreggiamento, distinguendo tra le condotte lecite nell'ambito del mandato difensivo e quelle penalmente rilevanti che costituiscono forme di «solidarietà anomala» tra avvocato e cliente. Infine, viene sottolineata la duplice funzione dell'avvocato quale garante dei diritti individuali e pilastro del sistema giudiziario, richiamando la necessità di un equilibrio tra il diritto di difesa e la ricerca della verità.

*The essay addresses the issue of criminal liability of the lawyer in relation to the client, highlighting the ambiguities and pitfalls that characterize this role within criminal proceedings. The author analyzes the distinction between offenses committed against the interests of the client, such as breach of fiduciary duty and fraudulent claims, and offenses committed for the benefit of the client, with particular attention to falsification offenses attributable to the lawyer in their capacity as a public official during defensive investigations. The essay examines criminal liability in connection with so-called technical advice, especially in the tax and corporate law sectors, and explores the complex issue of external complicity in mafia-type associations, which requires a careful balance between safeguarding professional legal conduct and preventing criminal contamination. Significant attention is also devoted to the issue of aiding and abetting, distinguishing between lawful conduct within the scope of the defense mandate and criminally relevant behavior constituting forms of «abnormal solidarity» between lawyer and client. Finally, the essay emphasizes the lawyer's dual function as both a guarantor of individual rights and a pillar of the judicial system, underlining the necessity of balancing the right of defense with the pursuit of truth.*

PIERGIUSEPPE LAI

*Professore associato nell'Università di Sassari*

### «RELAZIONI PERICOLOSE» FRA IL GIUDICE E L'AVVOCATO (\*)

SOMMARIO: 1. L'etica del giudice tra regole processuali, deontologiche e disciplinari. – 2. Il caso deciso dal Consiglio superiore della magistratura e le relazioni tra il giudice e l'avvocato. – 3. Le «gravi ragioni di convenienza» per l'astensione e la responsabilità disciplinare del giudice civile. – 4. La «relazione sentimentale» con l'avvocato e l'astensione obbligatoria del giudice. – 5. L'astensione facoltativa e l'imparzialità del giudice. – 6. Le Sezioni unite del 2012 e l'interesse del giudice nella causa. – 7. La tassatività dei motivi di astensione obbligatoria del giudice civile alla prova del tempo. – 8. Conclusioni.

1. *L'etica del giudice tra regole processuali, deontologiche e disciplinari.* — Nel processo civile l'attività affidata al giudice, quella propriamente del giudicare sulle pretese delle parti, richiede particolari competenze giuridiche <sup>(1)</sup>, ma altresì una capacità relazionale di dialogo costruttivo con gli altri protagonisti del giudizio, specialmente i difensori delle parti <sup>(2)</sup>.

(\*) Commento alla sentenza del Consiglio superiore della magistratura, 28 luglio 2022, n. 143.

<sup>(1)</sup> La capacità tecnica è un attributo essenziale del giudice: cfr. S. COSTA, *La ricsuzione del giudice*, in «Studi sassaresi», 1935, p. 5 dell'estratto; M. LA TORRE, *Il giudice, l'avvocato, e il concetto di diritto*, Soveria Mannelli, 2002, p. 9 ss., il quale caratterizza l'evoluzione della figura muovendo dal diritto antico (greco-romano) per giungere alla sua moderna elaborazione in Francia e Germania, secondo modelli che l'autore considera convergenti (p. 47 s.).

<sup>(2)</sup> F. CARNELUTTI, *Actus trium personarum*, in «Rivista di diritto processuale», 1964, p. 525.

Il giudice, infatti, svolge la sua funzione seguendo un procedimento minuziosamente ordinato dalla legge <sup>(3)</sup>, che si protrae nel tempo e diviene occasione per coltivare più o meno intensi rapporti con le altre persone chiamate a contribuire, con la loro opera, a raggiungere lo scopo del processo: tra queste, anzitutto, figurano i difensori, i cancellieri, i consulenti o gli ufficiali giudiziari, nonché le stesse parti private oppure i terzi chiamati a rendere dichiarazioni di scienza (testimoni, sommari informatori, rappresentanti sindacali e via dicendo).

In questo periodo possono anche nascere relazioni personali che, come ben si comprende, proseguono così dentro come fuori del processo <sup>(4)</sup>.

Le regole del nostro codice di rito, per quella necessità di completezza che le contraddistingue <sup>(5)</sup>, offrono una basilare regolamentazione di queste relazioni individuando – ad esempio – alcune situazioni nelle quali il giudice, pur dotato delle più elevate competenze tecnico-giuridiche per la soluzione della questione prospettata dalle parti, deve astenersi dal giudizio per essere compromessa la sua imparzialità, in ragione di un legame con le parti o i loro difensori <sup>(6)</sup>.

<sup>(3)</sup> Sul tema, v. le belle pagine di P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, in Id., *Opere giuridiche*, vol. I, Padova, 1965, p. 625 ss.

<sup>(4)</sup> L'illustrazione dei benefici nascenti dal proficuo svolgimento di questi rapporti, specie quelli riferiti agli avvocati, è magistralmente compiuta da P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, 4<sup>a</sup> ed., rist., Milano, 2008; nonché da G. SCARSELLI, *Il giudice, tra principi deontologici e regole comportamentali*, in «Il foro italiano», 2010, V, c. 273 ss.; nei suoi tratti essenziali il fenomeno è descritto, sia pure in un contesto ordinamentale profondamente diverso, anche da J.M. MAYER, *The Lawyer and the Judge*, in «America Bar Association Journal», 1922, vol. 8, p. 443 s.

<sup>(5)</sup> Nonostante l'attività processuale sia integralmente governata da regole analitiche e precise, non è possibile negare aprioristicamente l'esistenza di uno spazio per considerazioni etiche anche nello svolgimento del compito del giudice: così M. SANCETTA, *Il giudice, la sentenza: convincimento e motivazione*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 2009, p. 107; v. altresì, E. FAZZALARI, *L'imparzialità del giudice*, in «Rivista di diritto processuale», 1972, p. 193 ss.

<sup>(6)</sup> Per una prima, non esaustiva, bibliografia sul tema dell'astensione ob-

Anche la legge sull'ordinamento giudiziario si preoccupa di dettare regole operative che tengono conto dei menzionati rapporti tra il giudice e gli altri soggetti del processo, in particolare gli avvocati, stabilendo – all'art. 18, comma 1 – che i «magistrati giudicanti e requirenti delle corti di appello e dei tribunali non possono appartenere ad uffici giudiziari nelle sedi nelle quali i loro parenti fino al secondo grado, gli affini in primo grado, il coniuge o il convivente, esercitano la professione di avvocato»<sup>(7)</sup>: il tono perentorio del divieto («non possono») è però subito attenuato nei commi successivi, in ragione delle dimensioni dell'ufficio, della sua articolazione in sezioni diverse, della materia civile, penale o giuslavoristica trattata e così via<sup>(8)</sup>.

bligatoria del giudice civile, cfr. S. COSTA, *Astensione e ricusazione di giudice (diritto processuale civile)*, in «Novissimo digesto italiano», vol. I, 2, Torino, 1957, p. 1461 ss.; T. SEGRÉ, *Astensione, ricusazione e responsabilità dei giudici*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, vol. I, 1, Torino 1973, p. 626 ss.; R. ROMBOLI, *Astensione e ricusazione del giudice (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. III, Roma, 1988, p. 1 ss.; L. DITTRICH, *Incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice civile*, Milano, 1991; A. PANZAROLA, *La ricusazione del giudice civile: il problema della impugnabilità della decisione*, Bari, 2008; A. TEDOLDI, *Astensione, ricusazione e responsabilità dei giudici*, vol. del *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2015; L. PRENDINI, *L'imparzialità del giudice e la sua tutela processuale*, Napoli, 2017; L. DITTRICH, *L'astensione e la ricusazione del giudice*, in *Diritto processuale civile*, diretto da L. Dittrich, vol. I, Torino, 2019, p. 499 ss.

<sup>(7)</sup> Si tratta di un'ipotesi che la dottrina riconduce alle c.d. incompatibilità organiche, per designare le «situazioni soggettive che incidono sul rapporto di immedesimazione organica del soggetto nell'ufficio, creando così un impedimento che si può riflettere sull'attitudine dell'organo allo svolgimento della funzione giudicante»: così L. DITTRICH, *Incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice civile*, cit., p. 21.

<sup>(8)</sup> Sul tema, cfr. P. GIANNITI, *Principi di deontologia giudiziaria*, Padova, 2002; D. CAVALLINI, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006*, Padova, 2011, p. 193 ss.; P. FIMIANI, M. FRESA, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari*, Torino, 2013, p. 153 ss.; S. DI AMATO, *La responsabilità disciplinare dei magistrati*, Milano, 2013; L. BAIRATI, *La responsabilità per fatto del giudice in Italia, Francia e Spagna, fra discipline nazionali e modello europeo*, Napoli, 2013; M. FRESA, *La responsabilità disciplinare*, in *Il magistrato e le sue quattro responsabilità*, a cura di V. Tenore, Milano, 2016, p. 193 ss.; L. FERRAJOLI, *Dieci regole di deontologia giudiziaria, conseguenti alla*

Entrambe le previsioni appena ricordate sono senza dubbio ispirate dalla necessità di assicurare (anche) un comportamento eticamente corretto del magistrato, col rimuovere o prevenire situazioni che potrebbero metterlo alla prova, ma mentre la prima è collocata nella fase dinamica del giudizio e si preoccupa anzitutto dell'imparzialità del giudice rispetto alla singola controversia affidatagli, la seconda è preposta a soddisfare le medesime esigenze, questa volta sul piano più vasto dell'organizzazione del «servizio» giurisdizionale.

Da tempo, tuttavia, è fortemente avvertita l'esigenza di sviluppare e diffondere una cultura della deontologia nel settore delle professioni legali che, se dapprima ha riguardato l'avvocatura, in seguito si è estesa – pur con alcune innegabili difficoltà – anche alla magistratura <sup>(9)</sup>.

*natura cognitiva della giurisdizione*, in *L'etica giudiziaria*, a cura di Giorgio Latanzi, Antonella Ciriello, Fabrizio Di Marzio, Gianluca Grasso e Sara Lembo, Roma, 2022, p. 25 ss.; da ultimo, v. i preziosi contributi raccolti nel volume curato da F. Gigliotti, *Codice disciplinare dei magistrati*, Milano, 2024.

<sup>(9)</sup> È stato osservato che la crescente attenzione per la deontologia giudiziaria può essere spiegata come il tentativo di «far corrispondere livelli precisi di responsabilità (etica, deontologica, disciplinare, ecc.) a un potere crescente della magistratura»: così D. BIFULCO, *Per una deontologia al di fuori della mischia: brevi note sul rapporto tra politica, magistratura ed etica giudiziaria*, in *Deontologia giudiziaria*, a cura di L. Aschettino, D. Bifulco, H. Épineuse e R. Sabato, Napoli, 2006, p. 126 ss.; in argomento, v. altresì L. FERRAJOLI, *L'etica della giurisdizione penale (Contributi per una definizione della deontologia dei magistrati)*, in «Questione giustizia», 1999, p. 483 ss.; M. ACIERNO, *Insegnare la deontologia: una sperimentazione*, in «Questione giustizia», 2004, p. 899 ss.; P. GIANNITI, *Principi di deontologia giudiziaria*, cit., *passim*; V. PACILEO, *Per una deontologia della prassi*, in «Questione giustizia», 2013, p. 65 ss.; M. SERIO, *Riflessioni sulla responsabilità giudiziale in diritto comparato*, in «Europa e diritto privato», 1998, p. 1149 ss.; ID., *Responsabilità o immunità giudiziale: studio comparatistico su un'apparente alternativa*, in «Il giusto processo civile», 2017, p. 333 ss.; A. DI FLORIO, *L'imparzialità dei magistrati come principio etico: riflessioni per un dibattito aperto*, in «Questione giustizia», 2024, p. 171 ss.; G. RAIMONDI, *Deontologia e professionalità del magistrato nella giurisprudenza Cedu*, in <[www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it)>, 9 ottobre 2020; 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.

La deontologia, in questo contesto, è l'etica che contraddistingue un'attività professionale particolarmente qualificata come quella svolta dal magistrato nell'esercizio della funzione giurisdizionale <sup>(10)</sup>. Essa assume connotati speciali quando, come nel caso del giudice, è riferita a una professione implicante non solo una notevole capacità tecnica, ma altresì l'assunzione di un ruolo pregnante all'interno della società, avvertito come cruciale nell'ordinamento dello Stato <sup>(11)</sup>.

Infatti, l'idea che colui al quale è affidato il compito di giudicare sulla conformità alla legge delle azioni altrui debba per primo, con il suo comportamento, dare esempio del rispetto di quelle regole, non è certo nuova. Già Cicerone, in un celebre passo delle Verrine, scriveva che: «Tutti coloro, giudici, che senza esservi stati indotti da nessuna inimicizia, senza aver subito personalmente alcuna offesa, senza essere stati attratti da alcuna speranza di premio, citano in giudizio un altro nell'interesse dello Stato, devono preventivamente considerare non soltanto quale onere temporaneamente si assumano, ma quanto sia impegnativo per tutta la vita il compito che si accingono ad affrontare. Si impongono infatti da soli l'obbligo di praticare sempre l'integrità, la temperanza e tutte le virtù di cui chiedono conto ad un altro, e tanto più se, come dicevo, lo fanno indotti esclusivamente dalla preoccupazione del bene comune» <sup>(12)</sup>.

<sup>(10)</sup> Per alcuni cenni d'inquadramento, oltre alle opere già citate alla nota precedente, cfr. G. LUCCIOLI, *Etica e deontologia nella professione del magistrato*, in <www.giustiziainsieme.it>, 31 gennaio 2025; I. TRUJILLO, *Virtù e professioni giuridiche: i limiti della deontologia*, in «Ars interpretandi», 2022, p. 87 ss.; Y. GAUDEMET, *Etica e diritto: la deontologia del giurista*, in «Diritto pubblico», 2015, p. 713 ss.

<sup>(11)</sup> D. BIFULCO, *Deontologia giudiziaria, disciplina e interpretazione della legge: territori (limitrofi?), da recintare con cura!*, in «Politica del diritto», 2004, p. 617 ss.; L. FERRAJOLI, *Deontologia giudiziaria*, in «Diritto e questioni pubbliche», 2013, p. 497 ss.; F. MASTROBERTI, *Gli scabini bendati: spunti storici sulla deontologia del giudice*, in «Iurisdicio», 2020, p. 152 ss.; M. LALATTA COSTERBOSA, *Il giudice coraggioso di Gustav Radbruch*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2022, p. 311 ss., spec. p. 316 ss.

<sup>(12)</sup> Questo l'esordio del terzo libro dell'*Actio secunda in Verrem* di Cicerone.

In epoca a noi più prossima, si è ancora osservato, volgendo lo sguardo all'etica della vita privata del magistrato, che «per nessun altro come per lui è valida la pretesa che egli giudichi se stesso come giudica i soggetti che a lui ricorrono o che a lui vengono sottoposti»; e, quindi, «quel rispetto delle norme etiche, giuridiche, consuetudinarie che egli in ogni istante della sua vita professionale implicitamente pretende dai soggetti, sanzionando convenientemente ogni violazione e valutando anzi ogni violazione alla luce della sua coscienza prima ancora che al metro tecnico della legge, egli è dapprima ed innanzitutto costretto a rispettare, se il suo monito vuole avere un senso, un contenuto, una giustificazione» (13).

Le istanze di codificazione delle regole etiche di condotta per i magistrati hanno trovato infine concretezza, dapprima, con l'adozione del codice etico dei magistrati (14) e, quindi, con l'emanazione di un decreto legislativo n. 109/2006, recante la disciplina degli illeciti dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nel quale gli artt. 2 e 3 introducono un minuzioso elenco delle fattispecie di illecito disciplinare, rispettivamente nell'esercizio e fuori dell'esercizio delle funzioni giudicanti.

Le singole ipotesi di responsabilità tipizzate dal legislatore differiscono molto le une dalle altre, anzitutto perché talune presentano un sorprendente livello di dettaglio mentre altre restano comprensibilmente generiche; tra queste ultime, per la gran parte

(13) Il severo monito è di P. PAJARDI, *L'etica del magistrato*, in «Jus», 1977, p. 280.

(14) Il codice etico dei magistrati italiani è stato adottato in ottemperanza all'art. 58-*bis* d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 (successivamente trasfuso nell'art. 54 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165), il quale imponeva alle associazioni di categoria delle varie magistrature e dell'Avvocatura dello Stato di elaborare un codice etico da sottoporre all'adesione degli appartenenti alla magistratura interessata. La bozza del codice è stata redatta dall'Associazione nazionale dei magistrati e approvata dai suoi organi rappresentativi il 7 maggio 1994. In argomento cfr., tra i tanti, A. PIZZORUSSO, *Il «codice etico» dei magistrati*, in *Deontologia giudiziaria*, a cura di L. Aschettino, D. Bifulco, H. Épineuse e R. Sabato, cit., p. 51 ss.; G. NATOLI, D. BIFULCO, *Il codice etico dei magistrati tra effettività, prassi e tempo*, in «Giustizia insieme», 2010, p. 27 ss.; G. CONTI, *Il codice etico dei magistrati: un passo in avanti o un'occasione perduta?*, in «Criminalia», 2010, p. 531 ss.

la condotta del magistrato assume rilievo disciplinare solo quando provochi un «ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti»<sup>(15)</sup>.

Sono invece poche, ma significative, le situazioni in cui la responsabilità disciplinare prescinde dalle conseguenze concrete dell'azione o dell'omissione del magistrato sulla posizione delle parti del processo. Tra queste, assume centrale rilievo – come dimostra la sua frequente ricorrenza nella pratica – la fattispecie integrata dalla «consapevole inosservanza dell'obbligo di astensione nei casi previsti dalla legge»<sup>(16)</sup>.

*2. Il caso deciso dal Consiglio superiore della magistratura e le relazioni tra il giudice e l'avvocato.* — La vicenda che offre l'occasione alle presenti note è stata affrontata dalla Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura, al quale sono affidate, in prima istanza, le decisioni sulle incolpazioni dei magistrati accusati di illeciti disciplinari, con la sentenza n. 142/2022 e rientra tra le ultime fattispecie ricordate nel paragrafo precedente, in cui la condotta manchevole del giudice è sanzionata a prescindere dall'effettiva incidenza sulla posizione processuale di una delle parti.

In particolare, con due dei tre capi d'incolpazione, il procuratore generale contestava al magistrato la ricorrenza di una situazione in cui l'astensione dal processo doveva ritenersi obbligata ai sensi dell'art. 51 cod. proc. civ. e di avere comunque proseguito l'incarico e definito i relativi procedimenti; il terzo capo incolpava il magistrato, nella sua qualità di giudice delegato in una procedu-

<sup>(15)</sup> Lo stabilisce espressamente l'art. 2, n. 1, lett. a), d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109.

<sup>(16)</sup> Per avere un'idea delle proporzioni del fenomeno descritto nel testo è sufficiente ricordare le più recenti decisioni rese dalle Sezioni Unite in qualità di giudice dell'impugnazione del provvedimento disciplinare inflitto per omessa astensione del giudice: Cass. civ., sez. un., 21 marzo 2023, n. 8034; Cass. civ., sez. un., 16 luglio 2021, n. 20385; Cass. civ., sez. un., 3 settembre 2020, n. 18302; Cass. civ., sez. un., 5 febbraio, 2020, n. 2709; Cass. civ., sez. un., 18 novembre 2019, n. 39833; Cass. civ., sez. un., 28 gennaio 2019, n. 2301; Cass. civ., sez. un., 27 dicembre 2018, n. 33537; Cass. civ., sez. un., 10 settembre 2018, n. 21974; Cass. civ., sez. un., 20 maggio 2016, n. 10502.

ra fallimentare, di avere esercitato pressioni sul curatore affinché sostituisse l'avvocato fiduciario della procedura con altro difensore, con la quale lo stesso magistrato intratteneva una relazione sentimentale, in assenza di precise motivazioni <sup>(17)</sup>.

Tralasciando quest'ultima contestazione, il cui disvalore anche sul piano etico è piuttosto evidente, negli altri casi al magistrato è rimproverato di avere trattato – come giudice delegato – alcuni procedimenti dove risultava curatore della procedura (o legale della procedura) un avvocato con la quale intratteneva una relazione sentimentale.

Gli episodi contestati avrebbero pregiudicato l'imparzialità, la correttezza e l'equilibrio del giudice nell'esercizio delle sue funzioni poiché, sebbene sussistessero quelle «gravi ragioni di convenienza» che il secondo comma dell'art. 51 cod. proc. civ. indica come presupposto per l'astensione del giudice, egli aveva continuato ad esercitare le sue funzioni nella procedura fallimentare. L'istruttoria del giudizio disciplinare confermava, nella sostanza, i fatti contestati.

Pur invocata dalla difesa dell'incolpato, il collegio escludeva l'applicazione dell'esimente prevista dall'art. 3-*bis* d.lgs. n. 109/2006, secondo cui «[l']illecito disciplinare non è configurabile quando il fatto è di scarsa rilevanza». La sua ricorrenza nella fattispecie decisa era negata con il seguente argomento: *a)* per stabilire l'applicabilità o meno dell'esimente al caso concreto è necessario accertare la «lesione o messa in pericolo del bene giuridico tutelato dalla norma, con accertamento in concreto, effettuato ex post» <sup>(18)</sup>; *b)* nel caso specifico l'obbligo di astensione nei casi di cui al secondo comma dell'art. 51 tutela l'immagine del magistrato; *c)* pertanto, la condotta di omessa astensione assume rilevanza disciplinare solo laddove implichi la compromissione dell'immagine del magistrato.

<sup>(17)</sup> Nel caso specifico, sulla base di quanto è possibile ricavare dalla sintesi della vicenda fattuale riportata nel provvedimento disciplinare, il magistrato aveva insistito per la sostituzione del difensore inizialmente scelto dal curatore, affinché venisse nominato un altro difensore con la quale intratteneva una relazione sentimentale.

<sup>(18)</sup> Cons. sup. mag., sez. disc., 28 luglio 2022, n. 143.

Su queste premesse, la Sezione disciplinare del Consiglio superiore della magistratura sosteneva che il comportamento tenuto dal magistrato avesse compromesso la sua immagine poiché i fatti contestati sarebbero stati diffusi dalla stampa, attirando l'attenzione della comunità locale. Queste le esatte parole utilizzate dal collegio: «La compromissione dell'immagine (...) deve ritenersi senz'altro integrata, stante la eco mediatica ricevuta dal complesso degli episodi in contestazione, con la pubblicazione della notizia sulla edizione locale». Il giudizio si concludeva, perciò, con la condanna del magistrato alla sanzione della perdita di quattro mesi di anzianità.

La decisione è stata successivamente impugnata davanti alle Sezioni unite della Cassazione e quest'ultima ha, in massima parte, confermato la decisione di prime cure e sancito la responsabilità disciplinare del magistrato <sup>(19)</sup>. Vi è tuttavia, nella motivazione della decisione di legittimità, un passaggio significativo inteso a precisare le condizioni per l'applicazione dell'esimente di cui all'art. 3-*bis* d.lgs. n. 109/2006, rispetto alla quale la sentenza del giudice disciplinare, come detto, appariva avere dato importanza determinante allo *strepitus fori* per misurare il pregiudizio all'immagine del magistrato incolpato.

La Cassazione per un verso ribadisce che, sotto questo profilo, la sentenza è adeguatamente motivata, coerente e immune da vizi logici laddove riconosce nella condotta accertata un pregiudizio all'immagine del magistrato e, per altro, sente l'esigenza di chiarire anzitutto, in generale, che «[l]a valutazione in termini di offensività (...) deve essere misurata sulla singola vicenda disciplinare e sui tratti che la contraddistinguono, mentre elementi esterni, quali il clamore mediatico, possono essere indicativi dell'attenzione che la vicenda ha ricevuto nell'opinione pubblica, dovendo tuttavia escludersi che lo *strepitus fori* funga da causa obiettiva di punibilità e sia suscettibile di operare in maniera distonica dal principio cardine del sistema, che è, appunto, quello di offensività».

<sup>(19)</sup> Cass. civ., sez. un., 4 luglio 2023, n. 28167.

Intorno alla fattispecie concreta posta alla sua attenzione con l'impugnazione e, quindi, in ordine alla sentenza censurata, le Sezioni unite osservano: «Va precisato che, dando rilievo anche allo *strepitus fori* per essere stata la notizia relativa ai fatti di cui si discute riportata dalla stampa locale, la Sezione disciplinare non ha finito con l'affidare la rilevanza disciplinare della non scarsa offensività della condotta ad un elemento aleatorio del tutto esterno alla condotta tipica sanzionata dalla norma, dovendo il magistrato mettere in conto, in ogni caso, anche le ricadute ragionevolmente prevedibili delle sue condotte ed essendo, in una società democratica, essenziale la funzione di informazione che spetta alla stampa libera, pluralistica e indipendente».

3. *Le «gravi ragioni di convenienza» per l'astensione e la responsabilità disciplinare del giudice civile.* — La «relazione sentimentale», secondo la disciplina del nostro codice di rito civile, non figura tra i rapporti con le parti o i loro difensori che obbligano il giudice ad astenersi; la diversa conclusione, e quindi l'esistenza di un obbligo di astensione, è perciò raggiunta dal giudice disciplinare seguendo un articolato ragionamento mosso dalla convinzione che un tale rapporto del giudice con l'avvocato di una delle parti sia riconducibile alle «gravi ragioni di convenienza» per le quali — stabilisce l'art. 51, comma 2, cod. proc. civ. — «il giudice può richiedere al capo dell'ufficio l'autorizzazione ad astenersi» <sup>(20)</sup>.

<sup>(20)</sup> La decisione si allinea alla prevalente giurisprudenza disciplinare secondo cui la relazione sentimentale tra il giudice e l'avvocato integra una «grave ragione di convenienza» che impone al giudice di astenersi: così, con riferimento però alla posizione del pubblico ministero e alla previsione di cui all'art. 52 cod. proc. pen., nella sostanza coincidente con il secondo comma dell'art. 51 cod. proc. civ. (cfr. Cass. civ., sez. un., 26 marzo 2021, n. 8563; Cass. civ., sez. un., 8, marzo 2022, n. 7497); con riferimento alla posizione del giudice per le indagini preliminari, si veda il particolare rigore della motivazione di Cass. civ., sez. un., 22 novembre 2004, n. 21947, secondo la quale: «È di solare evidenza, difatti, che il magistrato, il quale risulti avere, o avere avuto, una relazione sentimentale con una qualsiasi delle parti dei processi nei quali è chiamato a giudicare o con taluno dei legali che tali parti assistono viene a trovarsi in una situazione in cui, per gravi ragioni di convenienza, a mente degli artt. 36,

Sebbene a questo proposito si discuta da sempre di astensione facoltativa del giudice <sup>(21)</sup> – ponendo l'accento sul «può» utilizzato dal codice di rito in luogo del più impegnativo «deve» – la sua formulazione ampia e generale la rende una norma di chiusura indispensabile – in ottica disciplinare – per ricavare dall'esperienza pratica nuove ipotesi di astensione, anche oltre i casi tipici ammessi dalla legge, la cui violazione fonda la responsabilità disciplinare del magistrato che non vi abbia ottemperato <sup>(22)</sup>.

Le «gravi ragioni di convenienza» integrano pertanto un modello aperto di responsabilità disciplinare dove la necessaria tassatività della condotta illecita è sacrificata alla pratica impossibilità di predeterminare i caratteri di ciascuna situazione rilevante.

La previsione si colloca sul crinale che, idealmente, separa la violazione del dovere deontologico dall'illecito disciplinare, se si condivide l'idea per cui «mentre ogni illecito disciplinare costituisce anche violazione di un dovere deontologico, non è vero il

comma 1, lett. h), cod. proc. pen. e 51, comma 2, cod. proc. civ., ha l'obbligo deontologico di astenersi».

<sup>(21)</sup> Cfr., per tutti, S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, rist., Milano, 1966, p. 208.

<sup>(22)</sup> L. DITTRICH, *Incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice civile*, cit., p. 208 s.; ID., *L'astensione e la ricusazione del giudice*, cit., p. 542; A. TEDOLDI, *Astensione, ricusazione e responsabilità dei giudici*, cit., p. 280 ss.; la soluzione trova conforto nell'interpretazione sistematica, dato che il suo omologo art. 36, lett. h) cod. proc. pen., impone sempre al giudice penale di astenersi «se esistono altre gravi ragioni convenienza»; non così, come detto, per il pubblico ministero, il quale invece ha solo una facoltà di astensione analoga a quella prevista per il giudice civile. In senso diverso si esprimeva V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3<sup>a</sup> ed., vol. I, Napoli, 1957, p. 177, poiché riteneva il giudice civile non obbligato in senso proprio ad astenersi dal giudicare nei casi indicati dal primo comma dell'art. 51 cod. proc. civ., poiché «la ricusazione tende non già ad una sentenza di condanna del giudice, ma all'accertamento della sua incapacità soggettiva a decidere (*rectius* difetto di legittimazione del giudice ad esercitare il proprio magistero), né il giudice, che ricorrendone gli estremi non si astenga, è perciò sottoposto a procedimento disciplinare»; tesi successivamente confermata dall'autore in ID., *Diritto processuale civile*, vol. I, Napoli, 1979, p. 213.

contrario, e cioè che non ogni violazione di dovere deontologico costituisce illecito disciplinare»<sup>(23)</sup>.

Inoltre, poiché il dovere di astensione del giudice anche nelle ipotesi indicate dall'art. 51, comma 2, cod. proc. civ., presidia «l'esigenza di imparzialità che è nella istituzione stessa del giudice»<sup>(24)</sup>, il legislatore rimette alla sensibilità del magistrato, a un giudizio che si svolge nel foro interiore ed è affidato alla sua introspezione individuale e valoriale, stabilire se la situazione concreta nella quale si trova incida sulla sua imparzialità di giudizio ovvero, ancora, possa indurre le parti o i terzi a ritenere (anche a torto) che ciò possa accadere.

Altrimenti detto, l'illecito disciplinare – in ragione della sua formulazione aperta – riceve dalla norma deontologica il contenuto (la condotta socialmente ritenuta corretta) e così quest'ultima esprime la sua effettività in seno all'ordinamento<sup>(25)</sup>.

Infatti, se il riferimento contenuto nella legge disciplinare, all'art. 2, lett. c), declinato in termini di consapevole omessa astensione «nei casi previsti dalla legge», è rispettoso del principio di tipicità dell'illecito disciplinare<sup>(26)</sup>, non altrettanto può dirsi per i casi previsti dal codice di procedura civile, i quali includono anche l'ipotesi di «gravi ragioni di convenienza» che, invece, per loro natura, non possono essere (e non sono stati) preventivamente individuate dalla legge.

<sup>(23)</sup> G. SALMÈ, *La deontologia tra responsabilità disciplinare e dialogo con i cittadini*, in *Deontologia giudiziaria*, a cura di L. Aschettino, D. Bifulco, H. Épineuse e R. Sabato, cit., p. 255.

<sup>(24)</sup> Cfr., ancora, S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, cit., p. 201; P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, cit., p. 639; A.M. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in «Rivista di diritto processuale», 1964, p. 200 ss.

<sup>(25)</sup> L. ASCHETTINO, D. BIFULCO, *Introduzione*, in *Deontologia giudiziaria*, a cura di L. Aschettino, D. Bifulco, H. Épineuse e R. Sabato, cit., p. 6.

<sup>(26)</sup> In dottrina si è difatti sostenuto che, per effetto dell'introduzione del d.lgs. n. 109/2006, «l'elenco degli illeciti disciplinari dovrebbe considerarsi tassativo»: così D. CAVALLINI, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari prima e dopo la riforma del 2006*, cit., p. 331; analogamente, v. anche V. TENORE, *Il fondamento le finalità e i principi portanti della potestà disciplinare in generale e nella magistratura in particolare*, in *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali*, Milano, 2010, p. 39 ss.

Il rinvio, operato dal d.lgs. n. 109/2006, ai casi previsti dalla legge e quindi anche all'art. 51, comma 2, cod. proc. civ., ha perciò l'effetto di degradare la fattispecie da determinata («casi previsti dalla legge») a indeterminata («gravi ragioni di convenienza»), poiché il rinvio è diretto all'applicazione di una norma processuale civile avente lo scopo di consentire al giudice – anche fuori dai casi tipici – di chiedere e ottenere l'autorizzazione ad astenersi dalla trattazione e decisione della controversia.

E la singolarità di questa previsione, insieme alla sua vocazione schiettamente processuale, consiste nel fatto che l'esistenza di gravi ragioni di convenienza, a differenza delle altre ipotesi tipiche previste dal primo comma dell'art. 51 cod. proc. civ., non consente mai alle parti di ricusare il giudice<sup>(27)</sup>. Il codice di rito, infatti, al verificarsi delle gravi ragioni di convenienza ricollega solo l'onere del giudice – secondo alcuni un vero e proprio obbligo<sup>(28)</sup> – di chiedere l'autorizzazione all'astensione al capo dell'ufficio, al quale ultimo è affidata, in definitiva, la valutazione circa la fondatezza e rilevanza delle ragioni che inducono il magistrato a liberarsi della controversia.

Come già osservato, si tratta di una formulazione che, abbandonando il tecnicismo e la tassatività delle condotte rilevanti, consente l'ingresso di valutazioni di tipo etico da parte del magistrato, poiché «le norme etiche necessariamente risentono dell'indole delle clausole generali e cioè di principi e non di regole specifiche, come accade nel mondo della morale, in particolare della morale vissuta ed applicata»<sup>(29)</sup>.

<sup>(27)</sup> Sulla perfetta corrispondenza tra le fattispecie di astensione obbligatoria indicate al primo comma dell'art. 51 cod. proc. civ. e l'ambito applicativo dell'istituto della ricusazione del giudice vi è generale consenso nella dottrina: cfr. ancora L. DITTRICH, *Incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice civile*, cit., pp. 31 e 59; ciò non esclude che, almeno in linea di principio, ulteriori fattispecie di astensione obbligatoria possano essere inserite in provvedimenti diversi, perché aventi forza di legge.

<sup>(28)</sup> L. DITTRICH, *Incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice civile*, cit., p. 209.

<sup>(29)</sup> P. RESCIGNO, *Conclusioni*, in *Deontologia giudiziaria*, a cura di L. Aschettino, D. Bifulco, H. Épineuse e R. Sabato, cit., p. 261.

A riprova di ciò, uno degli studiosi che più ha approfondito questi temi sostiene che le gravi ragioni di convenienza debbano avere natura tale da non incidere sull'imparzialità del giudice, poiché altrimenti non si spiegherebbe come mai le parti siano prive di strumenti (ricusazione) per farla valere e, in definitiva, l'ordinamento ammetta la validità della decisione assunta dal giudice non imparziale, senza che le parti abbiano avuto la possibilità di dolersene <sup>(30)</sup>.

4. *La «relazione sentimentale» con l'avvocato e l'astensione obbligatoria del giudice.* — Secondo la giurisprudenza disciplinare, la relazione sentimentale tra il giudice e l'avvocato, quando siano entrambi impegnati nello stesso procedimento, è motivo di astensione obbligatoria perché integra le gravi ragioni di convenienza di cui al secondo comma dell'art. 51 cod. proc. civ. <sup>(31)</sup>.

Mentre, tuttavia, nell'ottica del contraddittorio e dell'imparzialità del giudice rispetto alle parti, il motivo non consentireb-

<sup>(30)</sup> V. ancora L. DITTRICH, *Incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice civile*, cit., p. 58 ss., il quale infatti suggerisce l'interpretazione estensiva o analogica delle fattispecie elencate dall'art. 51, comma 1, cod. proc. civ., allo scopo di assicurare sempre il rimedio della ricusazione contro il giudice che si trovasse in una condizione di non imparzialità diversa da quelle espressamente indicate nel codice di rito civile; lo stesso autore, d'altra parte, non esclude che l'astensione per «gravi ragioni di convenienza» possa svolgere un ruolo prezioso laddove «permette la rimozione di un giudice anche nelle ipotesi in cui esista una situazione di parzialità non ricompresa (illegittimamente) nei motivi di astensione obbligatori» (p. 206). L'idea di escludere il tema dell'imparzialità del giudice dalle gravi ragioni di convenienza che non solo rendono facoltativa l'astensione del magistrato, ma soprattutto precludono la ricusazione, è stata per primo affacciata da E. ALLORIO, *In tema di ricusazione di giudici e di qualificazione degli estremi a ciò richiesti*, in «Giurisprudenza italiana», 1950, I, 2, c. 518; conforme C. CONSOLO, *Ricusazione del giudice per precedente cognizione della causa*, in «Rivista di diritto civile», 1982, II, p. 193, il quale, tuttavia, in ragione della ritenuta tassatività delle fattispecie enunciate dall'art. 51, comma 1, cod. proc. civ., ammette che «all'astensione facoltativa rimane poi devoluto anche il grave compito di porre un rimedio nei casi di effettiva parzialità non riconducibili alla *ratio* di alcuna specifica previsione legislativa attraverso idonei argomenti ermeneutici».

<sup>(31)</sup> V. la giurisprudenza citata *supra*, alla nota 20.

be la ricsuzione del magistrato per la veduta limitazione testuale stabilita dall'art. 52 cod. proc. civ. <sup>(32)</sup>, intorno alla sua rilevanza disciplinare la conclusione raggiunta dalla Cassazione si dimostra assai più severa.

Intanto, è ferma la sua qualificazione in termini di illecito di mera condotta <sup>(33)</sup>, peraltro negativa (integrata dall'omessa, doverosa, astensione): non è necessario, dunque, accertare che dall'omissione sia conseguito un danno o un pregiudizio agli interessi delle parti coinvolte nel procedimento civile; insomma è irrilevante stabilire se la «relazione» abbia influito o meno nel caso concreto sull'imparzialità del giudice alla luce del contenuto degli atti compiuti nel procedimento <sup>(34)</sup>.

Nondimeno, anche negli illeciti di mera condotta è necessario individuare, perché se ne possa predicare la rilevanza disciplinare, i tratti dell'offensività o della messa in pericolo dei beni protetti dalla norma di condotta trasgredita.

Tale profilo, con riferimento alle funzioni svolte dai magistrati, è compendiato nell'art. 3-*bis* della legge disciplinare, il quale stabilisce che «l'illecito disciplinare non è configurabile quando il fatto è di scarsa rilevanza». Si tratta di una circostanza esimente a carattere generale applicabile a tutti gli illeciti disciplinari quando il fatto «sia considerato in concreto inidoneo a ledere il bene giuridico tutelato» <sup>(35)</sup>.

<sup>(32)</sup> Conforme Cass. civ., sez. II, 10 febbraio 2015, n. 2593; Cass. civ., sez. I, 15 aprile 1971, n. 1060.

<sup>(33)</sup> Sulla nozione di illecito (disciplinare) di mera condotta, v. in particolare Cass. civ., sez. un., 7 agosto 2023, n. 24038.

<sup>(34)</sup> Tra le difese svolte dall'accusato nel giudizio disciplinare di cui si discute, è stato allegato che nel corso del procedimento – e in costanza della relazione – non sono stati adottati provvedimenti giurisdizionali diversi dalla liquidazione delle competenze all'avvocato in misura conforme ai minimi tabellari e alla prassi dell'ufficio. L'argomento, tuttavia, è stato prontamente confutato dalla corte disciplinare osservando che il giudice potrebbe, proprio in ragione della sua parzialità, avere omesso di esercitare la doverosa e puntuale attività di controllo sull'operato del professionista delegato, per cui la mancata adozione di provvedimenti significativi nel corso del procedimento non vale di per sé ad escludere la responsabilità del magistrato incolpato.

<sup>(35)</sup> Cass. civ., sez. un., 9 ottobre 2023, n. 28263; Cass. civ., sez. un., 26 mar-

L'offensività della condotta, secondo le Sezioni unite, deve essere misurata dapprima con riferimento al bene giuridico protetto dalla singola disposizione trasgredita e poi, più in generale, avendo riguardo alla sua idoneità in concreto a ledere o compromettere l'immagine pubblica del magistrato, quale espressione di equilibrio e imparzialità nell'esercizio della funzione affidatagli<sup>(36)</sup>: questo secondo vaglio è tuttavia necessario solo quando il primo abbia avuto esito negativo.

È interessante notare come spesso l'organo di governo autonomo – e poi anche la Cassazione, quale giudice dell'impugnazione – consideri rilevante, ad escludere l'esimente, non solo una condotta idonea a cagionare la vera e propria compromissione dell'immagine del magistrato, ma anche quella suscettibile di provocare un semplice «appannamento»<sup>(37)</sup>.

Orbene nella situazione decisa, il Consiglio superiore della magistratura ha ritenuto che le norme processuali sull'astensione (c.d. facoltativa) del giudice siano preposte a tutelare l'immagine del magistrato sotto il profilo della sua (anche solo apparente) imparzialità e che, pertanto, gli episodi contestati potessero essere considerati irrilevanti solo escludendo la loro idoneità a compromettere la figura del giudice. E la soluzione in senso negativo è disposta, come detto, dall'eco che la vicenda ha ricevuto nella stampa locale.

5. *L'astensione facoltativa e l'imparzialità del giudice.* — Non vi è ragione di dubitare che l'esistenza di una relazione sentimentale tra il giudice e l'avvocato, quando siano entrambi impegnati nella stessa controversia, sia tale da far dubitare della sua imparzialità; essa rappresenta inoltre, e con altrettanta evidenza, una condotta gravemente scorretta e perciò idonea a fondare responsabilità disciplinare del magistrato.

zo 2021, n. 8563; Cass. civ., sez. un., 8 ottobre 2018, n. 247672; Cass. civ., sez. un., 13 luglio 2017, n. 17327.

<sup>(36)</sup> Cass. civ., sez. un., 6 ottobre 2023, n. 28167; Cass. civ., sez. un., 30 dicembre 2020, n. 29823; Cass. civ., sez. un., 27 ottobre 2019, n. 31058.

<sup>(37)</sup> Cass. civ., sez. un., 19 luglio 2023, n. 21368.

Pur nella condivisione dei risultati raggiunti, vi è tuttavia nel ragionamento seguito dal giudice disciplinare e, poi, nella sostanza avallato anche dalle Sezioni unite, un motivo d'insoddisfazione. In particolare, laddove riconduce la fattispecie in esame a quelle «gravi ragioni di convenienza» che, ai sensi del secondo comma dell'art. 51 cod. proc. civ., facoltizzano il giudice civile a chiedere l'autorizzazione ad astenersi dal giudizio <sup>(38)</sup>.

Da tempo la giurisprudenza sostiene che quella del giudice civile non sia una facoltà ma piuttosto un vero e proprio obbligo, quando venga in rilievo una responsabilità disciplinare: soluzione imposta – si spiega – da evidenti ragioni di linearità e coerenza con l'analoga previsione del codice di rito penale, dove le «gravi ragioni di convenienza» obbligano sempre, qui per espressa disposizione di legge, il giudice ad astenersi <sup>(39)</sup>.

Seguendo questa strada si verifica, come già segnalato, una divaricazione tra la disciplina processuale e quella disciplinare, poiché la medesima condotta del magistrato è per un verso sicura fonte di responsabilità disciplinare, mentre, per altro, non con-

<sup>(38)</sup> Ad analoga conclusione giungeva anche L. MONTESANO, *Le disposizioni generali del codice di procedura civile*, Roma, 1984, p. 95, con riferimento al «rapporto amatorio con una delle parti non accompagnato da convivenza», ma sul presupposto – non trascurabile – che quella del giudice non sia una facoltà ma, piuttosto, un potere-dovere; ancor prima, poiché «non si può negare che certi interessi e rapporti, pur non potendo essere ricompresi tra i motivi di ricusazione, siano tali da far temere dell'imparzialità del giudice più del fatto che questo giudichi in una causa in cui sia parte un parente di quarto grado della moglie, che forse non ha mai visto né conosciuto», indica nelle «gravi ragioni di convenienza» e quindi nell'astensione facoltativa rimessa alla prudenza del singolo giudice la via perché questi rapporti o interessi assumano rilievo nel processo in corso, R. ROMBOLI, *L'interesse politico come motivo di ricusazione del giudice*, in «Rivista di diritto processuale», 1982, p. 478.

<sup>(39)</sup> Cass. civ., sez. un., 12 ottobre 2012, n. 19704, in «Il corriere giuridico», 2013, p. 1597 ss., con nota di C. GLENDI, *Le Sezioni Unite aprono qualche spiraglio per una maggior garanzia dell'imparzialità del giudice anche nel processo civile*, dove le Sezioni unite prospettano seri problemi di tenuta costituzionale della disposizione del codice di rito civile se interpretata in senso letterale; così anche C. PUNZI, *Il processo civile: sistema e problematiche*, 2<sup>a</sup> ed., vol. I, Torino, 2010, p. 286 s., il quale sostiene che quando viene a mancare nel giudice la condizione d'imparzialità egli ha il «dovere» di astenersi.

sente alle parti del procedimento di utilizzarla come motivo di rikusazione <sup>(40)</sup>. Non solo, ma laddove il magistrato non si astenga, la decisione non è affetta da nullità e così è precluso alle parti anche il rimedio dell'impugnazione <sup>(41)</sup>.

La diversa rilevanza (ora processuale ora disciplinare) della medesima condotta del magistrato non è di per sé irrazionale, ben potendo essere trascurabile sul fronte del processo e dei rapporti con le parti una norma deontologica che suggerisca al giudice di adottare particolari cautele nell'esercizio delle sue funzioni. Insomma, alla violazione della norma deontologica o disciplinare non deve per necessità logica corrispondere un vizio dell'attività del giudice rilevante per le sorti del processo civile.

Fermo quanto appena detto su un piano generale, non si può tuttavia negare la singolare condizione che si verifica quando, com'è accaduto nella vicenda in esame, l'illecito deontologico è costruito intorno alla violazione (concreta o anche solo apparente) di un principio basilare come quello dell'imparzialità del giudice. In questo caso il fondamento della responsabilità disciplinare coincide esattamente con quello che giustifica l'esercizio del potere di rikusazione delle parti <sup>(42)</sup>.

<sup>(40)</sup> Da ultimo, nel senso indicato nel testo, cfr. Cass. civ., sez. I, 4 ottobre 2022, n. 28789, che – nel ribadire principi già affermati dalla giurisprudenza di legittimità – conferma la possibilità di rikusare il giudice nelle sole ipotesi indicate nel primo comma dell'art. 51 cod. proc. civ. e, al tempo stesso, che nell'ipotesi della ricorrenza di «gravi ragioni di convenienza» non esiste per il giudice un obbligo di astensione, né le parti possono su queste basi formulare istanza di rikusazione.

<sup>(41)</sup> In tal senso, v. ancora la motivazione di Cass. civ., sez. I, 4 ottobre 2022, n. 28789, cit.; nella dottrina, cfr. L. MONTESANO, *Le disposizioni generali del codice di procedura civile*, cit., p. 94; l'unica eccezione a questa regola, secondo cui l'omessa tempestiva rikusazione del giudice preclude ogni ulteriore contestazione anche in sede di impugnazione, è ammessa per il caso il cui il giudice abbia un interesse nella causa tale da identificarlo con una delle parti del rapporto litigioso: cfr. G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 3<sup>a</sup> ed., Napoli, 1923, p. 573; S. COSTA, *Astensione e rikusazione di giudice*, cit., p. 1463; Cass. civ., 4 gennaio 1977, n. 24, in «Giustizia civile», 1977, I, p. 402 ss.

<sup>(42)</sup> Sulla funzione processuale dell'istituto della rikusazione, come strumento preposto ad assicurare l'imparzialità del giudice, cfr. A. PANZAROLA, *La*

A voler rileggere le parole usate da Salvatore Satta per descrivere i presupposti dell'astensione obbligatoria del giudice, sembra che una lettura in chiave restrittiva delle ipotesi minuziosamente elencate dal primo comma dell'art. 51 cod. proc. civ., tutt'ora piuttosto diffusa, si fondi sulla ferma convinzione che «la norma fonda una presunzione di parzialità su fatti specifici, che costituiscono una discriminazione già operata dalla legge rispetto ad altre situazioni, che essa ha ritenuto superabili con il senso di responsabilità del giudice»<sup>(43)</sup>.

L'illustre processualista nuorese era convinto che il legislatore non avesse bisogno di fornire ulteriori indicazioni al giudice né le parti bisogno di ricorrere all'interpretazione estensiva o analogica del primo comma dell'art. 51 cod. proc. civ., poiché il senso di responsabilità del giudice, racchiuso nel potere-dovere di astenersi per «gravi ragioni di convenienza», avrebbe senz'altro prevenuto ogni altra (non contemplata) situazione idonea a minare la sua imparzialità di giudizio<sup>(44)</sup>.

E del resto è ben comprensibile la preoccupazione che muove una tale proposta interpretativa: estendere la ricusazione anche alle fattispecie indeterminate riconducibili alle «gravi ragioni di convenienza» aumenta il rischio di paralizzare l'attività giurisdizionale attraverso l'uso distorto dello strumento di tutela delle parti<sup>(45)</sup>.

*ricusazione del giudice civile*, cit., p. 243 ss.; così anche in Francia, al cui riguardo v. L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 12<sup>a</sup> ed., Paris, 2023, p. 643 ss.

<sup>(43)</sup> S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, cit., p. 205.

<sup>(44)</sup> Come ha puntualmente rilevato da L. DITTRICH, *Incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice*, cit., p. 85, nota 5, il pensiero di Satta, in proposito, ha disegnato una parabola, nel senso che è passato dalle fiduciose e severe proposizioni ricordate nel testo a una visione disincantata delle ipotesi di astensione obbligatoria raccolte nel primo comma dell'art. 51 cod. proc. civ., che egli non ha esitato a definire «Casi lontani, di tempi perbene», in occasione di un commento, piccato, circa il (presunto) coinvolgimento politico della magistratura: cfr. S. SATTA, *Interpretazione evolutiva di ritorsione*, in «Quaderni del diritto e del processo civile», 1972, vol. V, p. 153.

<sup>(45)</sup> È una preoccupazione che da sempre ha pesantemente condizionato le scelte del legislatore italiano riguardo la possibilità di introdurre anche da

6. *Le Sezioni unite del 2012 e l'interesse del giudice nella causa.* — Un significativo mutamento del quadro interpretativo si è verificato dapprima con la modifica, nel 1997, dell'art. 323 cod. pen. sull'abuso d'ufficio e, quindi, con l'importante decisione n. 19704/2012 delle Sezioni unite <sup>(46)</sup>.

Quest'ultima pronuncia trae argomento proprio dal testo riformato dell'art. 323 cod. pen. per enunciare – in ambito disciplinare – un principio di portata generale secondo il quale il giudice/pubblico ufficiale ha «un dovere generale di astensione in ipotesi che configuri oggettivamente un conflitto, anche solo potenziale, di interessi» <sup>(47)</sup> e, pertanto, deve astenersi ogni qualvolta nella situazione concreta emerge un interesse proprio o di un suo prossimo congiunto, senza che sia necessaria – ai fini disciplinari – la volontà di conseguire un ingiusto vantaggio patrimoniale o a farlo conseguire ad altri, ovvero, di arrecare loro un danno ingiusto.

La valenza generale dell'obbligo di astensione in caso di conflitto d'interessi troverebbe inoltre giustificazione a livello costituzionale – proseguono le Sezioni unite – nel principio di imparzialità della pubblica amministrazione, del quale a ben vedere rappresenta «una modalità di attuazione» <sup>(48)</sup>.

Da queste premesse discende la necessità di reinterpretare il secondo comma dell'art. 51 cod. proc. civ., per affermare che le ipotesi (tassative) di astensione obbligatoria del magistrato sono integrate mediante «abrogazione per incompatibilità della facoltà,

noi, oltre a una serie di ipotesi di astensione obbligatoria, una fattispecie aperta, senza condotte predeterminate, che consente alle parti di ricusare il *iudex suspectus*, secondo il modello accolto in Germania: cfr. S. COSTA, *La ricusazione del giudice*, cit., p. 30. Per un'indagine sulla ricusazione (anche) nell'ordinamento tedesco, v. il brillante studio di A. PANZAROLA, *La ricusazione del giudice civile*, cit., spec. pp. 161 ss. e 233 ss., nonché, nella manualistica tedesca più recente, L. ROSENBERG, K.H. SCHWAB, P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 18<sup>a</sup> ed., München, 2018, p. 141 ss.; E. SCHILKEN, M. BRINKMANN, *Zivilprozessrecht*, 8<sup>a</sup> ed., München, 2022, p. 38 ss.; F. JACOBY, *Zivilprozessrecht*, 18<sup>a</sup> ed., München, 2022, p. 11 ss.

<sup>(46)</sup> Si tratta di Cass. civ., sez. un., 13 novembre 2012, n. 19704, cit.

<sup>(47)</sup> Cass. civ., sez. un., 13 novembre 2012, n. 19704, cit.

<sup>(48)</sup> V. ancora Cass. civ., sez. un., 13 novembre 2012, n. 19704, cit.

sostituita dall'obbligo, di astenersi in presenza della grave ragione di convenienza costituita dalla presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto»<sup>(49)</sup>. Presupposto implicito del ragionamento, com'è evidente, è l'idea che il conflitto di interessi integri le «gravi ragioni di convenienza» di cui discorre il secondo comma dell'art. 51 cod. proc. civ.

Quanto alla definizione dell'interesse suscettibile di turbare l'imparzialità del giudice, i giudici di legittimità hanno inteso chiarirne la consistenza non esclusivamente patrimoniale, ben potendo l'interesse rilevante costituire un (potenziale) vantaggio per il giudice anche solo «nella sfera personale delle sue relazioni sociali ed amicali»<sup>(50)</sup>.

Tanto è sufficiente, a mio giudizio, per inquadrare la relazione sentimentale tra il giudice e l'avvocato, impegnati nello stesso procedimento, tra i motivi di astensione obbligatoria del giudice idonei ad integrare, in caso di mancata doverosa astensione, un giusto motivo di ricusazione.

Infatti, la Corte, dovendosi confrontare con il motivo di censura del ricorrente e muovendosi nel contesto di un giudizio disciplinare, non trae ulteriori corollari dalla soluzione accolta, i quali a mio avviso – come del resto auspicato da una parte della dottrina – implicano che la nuova ragione di astensione obbligatoria non possa non reagire sulla disciplina della ricusazione estendendone l'esercizio a tutte le nuove ipotesi in cui il giudice «deve» astenersi perché si trova in una situazione che può incidere sulla sua condizione di imparzialità e ciò in quanto la ricusazione, ai sensi dell'art. 52 cod. proc. civ. è sempre ammessa nei casi in cui il giudice ha l'obbligo di astenersi<sup>(51)</sup>.

<sup>(49)</sup> Così Cass. civ., sez. un., 13 novembre 2012, n. 19704, cit.; conforme A. TEDOLDI, *Astensione, ricusazione e responsabilità dei giudici*, cit., p. 82 ss.

<sup>(50)</sup> Sotto questo profilo, la più attenta dottrina da tempo mostra di avere superato il canone della patrimonialità dell'interesse rilevante ai fini dell'astensione del giudice: cfr. S. LA CHINA, *Diritto processuale civile*, Milano, 1991, p. 80; E. ALLORIO, *In tema di ricusazione di giudici e di qualificazione degli estremi a ciò richiesti*, cit., c. 516.

<sup>(51)</sup> L. PRENDINI, *L'imparzialità del giudice e la sua tutela processuale*, cit., p. 340, il quale vi riallaccia un ampliamento del potere di ricusazione.

Sebbene l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità si svolga nel quadro del giudizio disciplinare e con il fine esclusivo di selezionare le condotte giudiziali rilevanti sotto il profilo sanzionatorio, la fondatezza degli argomenti spesi dalle Sezioni Unite trascende l'ambito disciplinare e convince a trarre le doverose conseguenze sul piano tecnico-processuale, per affermare che quell'obbligo di astensione è sostanzialmente riconducibile nell'alveo dell'art. 51, comma 1, n. 1, cod. proc. civ., come interesse (privato) del giudice nella causa <sup>(52)</sup>.

Questa soluzione si lascia preferire, come avrò modo di dimostrare, anzitutto perché evita l'impegnativa formula, avanzata con una certa disinvoltura dalle Sezioni Unite per il giudizio disciplinare, dell'abrogazione parziale e sostituzione del secondo comma dell'art. 51 cod. proc. civ., nella parte in cui afferma che il giudice può chiedere di astenersi e non «deve» *tout court* astenersi quando abbia un interesse nella controversia <sup>(53)</sup>.

7. *La tassatività dei motivi di astensione obbligatoria del giudice civile alla prova del tempo.* — L'affermazione secondo cui la relazione sentimentale tra il giudice e l'avvocato fa sorgere un interesse che obbliga il primo ad astenersi dal giudizio, in quanto riconducibile all'art. 51, primo comma, n. 1, cod. proc. civ., incontra però un ostacolo nella tesi, assolutamente prevalente nella giurisprudenza, della tassatività dei casi di astensione obbligatoria, per

<sup>(52)</sup> Lo suggerisce A. TEDOLDI, *Astensione, ricsuzione e responsabilità dei giudici*, cit., p. 118; per un approfondimento, in chiave giusfilosofica, dei rapporti tra i due concetti d'imparzialità e d'interesse, cfr. specialmente I. TRUJILLO, *Imparzialità*, Torino, 2003, p. 124 ss.

<sup>(53)</sup> Com'è evidente si tratta di una soluzione che contrasta con il fondamentale principio – affermato dall'art. 15 delle preleggi – che privilegia l'interpretazione della legge nel suo significato letterale. Anche C. GLENDI, *Le Sezioni Unite aprono qualche spiraglio per una maggior garanzia dell'imparzialità del giudice anche nel processo civile*, cit., p. 1606, per le stesse ragioni, definisce la conclusione delle Sezioni unite sull'interpretazione parzialmente manipolatrice dell'art. 51, comma 2, cod. proc. civ. una «forzatura» ben tamponata» dai giudici di legittimità con il richiamo al valore costituzionale dell'imparzialità nella pubblica amministrazione.

questo non suscettibili d'interpretazione estensiva o analogica<sup>(54)</sup>. Vale la pena osservare che proprio questa ferma convinzione ha costretto la Cassazione nella sentenza n. 19704/2012 ad aggirare l'ostacolo dapprima riportando il conflitto d'interessi alle «gravi ragioni di convenienza» e, quindi, reinterprestando questo comma come un caso di astensione obbligatoria.

Le ragioni poste a fondamento dell'approccio restrittivo ai casi di astensione obbligatoria sono essenzialmente due e tra loro strettamente collegate.

La prima evoca la garanzia del giudice naturale precostituito per legge (art. 25 Cost.) e sostiene che l'ampliamento delle ipotesi di astensione obbligatoria e quindi di ricusazione, con il ricorso all'analogia ovvero all'interpretazione estensiva, si risolverebbe nella compressione di quel fondamentale principio costituzionale<sup>(55)</sup>. L'ulteriore argomento – più sensibile alle ricadute prati-

<sup>(54)</sup> Si vedano Cass. civ., sez. VI, 5 febbraio 2020, n. 2720; Cass. civ., sez. I, 29 settembre 2017, n. 22930; Cass. civ., sez. un., 8 ottobre 2001, n. 12345, in «Il foro italiano», 2002, I, c. 1613 ss., con nota di G. SCARSELLI, *La ricusazione tra terzietà del giudice e indipendenza della magistratura*; Cons. Stato, 2 settembre 2014, n. 4460; Cons. Stato, 25 ottobre 2006, n. 6370; Cass. civ., sez. un., 24 marzo 1964, n. 665. L'atteggiamento della Suprema Corte, in questa materia, è stato decisamente conservativo nell'interpretazione degli artt. 51 e 52 cod. proc. civ., sia pure «recuperando la garanzia del giusto processo sul fronte della responsabilità disciplinare del magistrato che abbia omesso di astenersi nonostante la sussistenza di circostanze che ne imponevano il relativo obbligo»: così G. D'ELIA, *Il diritto ad un giudice terzo e imparziale nell'interpretazione conforme al significato consolidato dell'art. 6 Cedu*, in «Federalismi.it», 2017, p. 4. Nella letteratura è prevalente, specie in passato, la tesi che nega il ricorso all'analogia nell'interpretazione dei casi stabiliti dall'art. 51 cod. proc. civ.: così S. LA CHINA, *Diritto processuale civile*, cit., p. 79, pur riconoscendo che «il pur certo divieto di interpretazione analogica non sempre giova a tracciarne confini netti».

<sup>(55)</sup> La necessità di bilanciare l'interesse della parte a ripudiare il giudice sospetto con quello, ugualmente rilevante per l'ordinamento, dell'altra parte a conservare il giudice naturale precostituito «se non nei casi stabiliti dalla legge», è considerata in particolare da R. ROMBOLI, *L'interesse politico come motivo di ricusazione del giudice*, cit., p. 457, il quale peraltro ritiene che il legislatore del codice di rito del 1942 abbia manifestato un certo disfavore per la ricusazione (quantomeno a confronto con le soluzioni adottate nel codice del 1865) in considerazione delle conseguenze negative, anche d'immagine per la

che dell'iniziativa – guarda invece alle conseguenze negative che un'incontrollata possibilità di mettere in discussione l'imparzialità del giudice produrrebbe sullo svolgimento del processo e, più in generale, sull'effettività della tutela giurisdizionale, considerata la sospensione necessaria del processo legata alla ricusazione (art. 52, comma 3, cod. proc. civ.) <sup>(56)</sup>.

Altri, ancora, individua una stretta relazione tra il principio di legalità che innerva il sistema processuale (giusto processo regolato dalla legge) e la tassatività dei fatti che giustificano l'astensione e ricusazione del giudice, per cui non solo «sarebbe oltremodo illegittimo immaginare ricusazioni su fatti e/o circostanze non previste dalla legge ma anche che la legge deve indicare in modo chiaro e preciso quali sono i fatti che costituiscono il presupposto dell'astensione obbligatoria per il giudice e della ricusazione per la parte» <sup>(57)</sup>.

magistratura, che possono discendere dalla pratica diffusione dell'istituto (p. 459); conforme L.P. COMOGLIO, *Precostituzione, indipendenza ed imparzialità del giudice*, cit., p. 106, nota 68.

<sup>(56)</sup> Per questa preoccupazione cfr. S. SATTÀ, *Astensione*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. III, Milano, 1958, p. 951 s., il quale, con il consueto acume, osservava come solo un'interpretazione rigorosa e letterale delle ipotesi nominate di astensione risultava compatibile con il procedimento davvero informale e «quasi amministrativo» con il quale è trattato il ricorso per ricusazione, mentre laddove s'intenda valicare il limite dell'interpretazione rigorosa e testuale della legge «muta necessariamente il contenuto del giudizio, con la immediata conseguenza che la controparte, il cui intervento non è previsto dalla norma, deve poter partecipare al processo, così come deve poter partecipare il p.m., rendendosi infine ammissibile il ricorso per Cassazione contro l'ordinanza conclusiva»; a conferma della fondatezza di questi rilievi si pone la decisione della Cassazione che, mutando il proprio ultradecennale avviso, ha riconosciuto la natura giurisdizionale e non amministrativa del sub-procedimento di ricusazione: Cass. civ., sez. I, 26 marzo 2002, n. 4297, in «Il foro italiano», 2002, I, c. 1612 ss., con nota di G. SCARSELLI, *La ricusazione tra terzietà del giudice e indipendenza della magistratura*; sul tema, cfr. gli studi di A. PANZAROLA, *La ricusazione del giudice civile*, cit., *passim*; L. PRENDINI, *L'imparzialità del giudice e la sua tutela processuale*, cit., p. 442 ss.; e F. TIZI, *Sull'effettività della garanzia dell'imparzialità del giudice, con particolare riferimento alla ricusazione del giudice civile*, in «Il giusto processo civile», 2011, p. 513 ss.

<sup>(57)</sup> G. SCARSELLI, *La ricusazione tra terzietà del giudice e indipendenza della magistratura*, cit., c. 1620.

I motivi che ostano all'ampliamento in sede interpretativa delle fattispecie di astensione obbligatoria (e quindi di ricusazione), non sono a mio avviso risolutivi, ma esprimono senz'altro l'esigenza di operare, anche in questo campo, un bilanciamento tra queste ragioni e il rilievo che l'imparzialità del giudice assume nel quadro della funzione giurisdizionale.

Da tempo, infatti, la dottrina ha segnalato la necessità di un adeguamento di quello che, con autorevolezza, è stato definito il «vetusto elenco» contenuto nel primo comma dell'art. 51 cod. proc. civ. <sup>(58)</sup>, tale da suggerire «un'applicazione che dovrà saper essere dunque talvolta – se del caso – estensiva o ristrutturatrice di arcaiche figure» <sup>(59)</sup>; un'esigenza sorta a seguito del profondo mutamento del contesto giuridico, economico e sociale verificatosi dall'introduzione di quelle fattispecie fino ad oggi, tale da renderle sotto svariati profili persino anacronistiche e, così, all'evidenza discriminatorie <sup>(60)</sup> se non proprio irrealizzabili <sup>(61)</sup>.

Rispetto alla piena realizzazione delle descritte esigenze di adeguamento della legge alla realtà sulla quale è chiamata ad operare, il valore del giudice naturale non rappresenta un limite perché, anzitutto, esso concorre con l'imparzialità e la terzietà ad assicurare un processo «giusto» secondo i canoni costituzionali accolti nel novellato art. 111 Cost. <sup>(62)</sup>: infatti, solo le regole – affidate alla

<sup>(58)</sup> C. CONSOLO, *Terzietà ed imparzialità nella dinamica dei processi non penali*, in «Il foro italiano», 2012, V, c. 23.

<sup>(59)</sup> Così ancora C. CONSOLO, *Terzietà ed imparzialità nella dinamica dei processi non penali*, cit., c. 24, il quale tuttavia suggerisce un approccio, invece, ben più rigoroso, e perciò restrittivo, in relazione ad altre fattispecie nominate come quella relativa alla condizione di debitore o creditore del giudice verso una delle parti; così anche L. DITTRICH, *Sulla posizione di «parte» del giudice nel procedimento di ricusazione e sulla grave inimicizia come motivo di ricusazione*, in «Rivista di diritto processuale», 2015, p. 1213.

<sup>(60)</sup> Il riferimento corre all'attuale testo dell'art. 51, comma 1, n. 2), cod. proc. civ., dove compare il riferimento alla «moglie», mentre occorrerebbe riferirsi al «coniuge», ben potendo il magistrato essere una donna.

<sup>(61)</sup> Così C. GLENDI, *Le Sezioni Unite aprono qualche spiraglio per una maggior garanzia dell'imparzialità del giudice anche nel processo civile*, cit., p. 1600, riferendosi al vincolo di affiliazione, istituito da tempo abrogato nel codice civile.

<sup>(62)</sup> N. TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il «giusto proces-*

legge – che consentono d'individuare il giudice-persona investito della controversia rendono possibile valutarne, in un momento necessariamente successivo, l'imparzialità e la terzietà <sup>(63)</sup>. I due attributi del giudicante, precostituzione e imparzialità, non sono dunque tra loro confliggenti ma piuttosto complementari, poiché la disciplina in materia di predeterminazione del giudice si rivolge all'ufficio giudiziario, mentre quella relativa all'imparzialità al giudice persona fisica individuato sulla base della prime <sup>(64)</sup>.

*so» in materia civile: profili generali*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2001, p. 381 ss.

<sup>(63)</sup> Non va sottaciuta la difficoltà incontrata dalla dottrina giuspubblicistica e dalla stessa Corte costituzionale per stabilire se la garanzia del giudice naturale si riferisca all'ufficio giudiziario ovvero alla persona fisica: per alcuni cenni al problema e alle diverse soluzioni avanzate, cfr. M. D'AMICO, G. ARCONZO, *Art. 25*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, vol. I, Torino, 2006, p. 533, i quali – anche considerate le difficoltà legate all'accoglimento del secondo capo dell'alternativa (giudice naturale inteso quale persona fisica) – propendono per la soluzione riferita all'ufficio giudiziario, evocando alcuni indirizzi a loro giudizio (implicitamente) favorevoli della stessa Corte Costituzionale; conforme E.T. LIEBMAN, *Giudice naturale e costituzione del giudice*, in «Rivista di diritto processuale», 1964, p. 334; G. VERDE, *Il giudice fra specializzazione e «diritto tabellare»*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2013, p. 151; per contro, la dottrina pubblicistica prevalente è orientata in senso contrario: cfr. G. FOSCHINI, *Giudici in nome del popolo, non già commissari del capo della corte*, in «Il foro italiano», 1963, II, c. 168; A. PIZZORUSSO, *Sul significato dell'espressione «giudice» nell'art. 25, comma 1, della Costituzione*, in «Giurisprudenza costituzionale», 1970, p. 1075 ss.; ID., *Il principio del giudice naturale nel suo aspetto di norma sostanziale*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1975, p. 4; M. NOBILI, *Art. 25, primo comma*, in *Rapporti civili*, vol. del *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1981, p. 177 ss.; R. ROMBOLI, *Giudice naturale*, in *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, vol. II, Milano, 1998, p. 378 s.; in modo conforme anche alcune, autorevoli, voci della processualciviltistica, fra cui G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 2013, p. 227 ss.; nonché, sia pure in una prospettiva *de iure condendo*, A. PROTO PISANI, *Per l'attuazione ragionevole della garanzia del giudice naturale*, in «Il foro italiano», 2000, V, c. 121 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le garanzie fondamentali del «giusto processo»*, in ID., *Etica e tecnica del «giusto processo»*, Torino, 2004, p. 75 s.; ID., *Precostituzione, indipendenza ed imparzialità del giudice*, in *Diritto processuale civile e Corte costituzionale*, a cura di E. Fazzalari, Napoli, 2006, p. 92.

<sup>(64)</sup> A.C. JEMOLO, *Sulla ricasazione dei giudici*, in «Temi», 1950, p. 262 s.; L.

In definitiva, potrebbe dirsi che il problema dell'imparzialità del giudice inizia dove finisce quello della sua predeterminazione ad opera del legislatore <sup>(65)</sup>.

Del resto, nel sistema attuale l'individuazione del giudice persona fisica è affidata a un complesso di regole e criteri predeterminati (il c.d. sistema tabellare), elaborato presso ciascuna sede giudiziaria in conformità alle indicazioni del Consiglio superiore della magistratura <sup>(66)</sup>. La designazione del giudice singolo non è dunque operata dalla legge (art. 25, comma 1, Cost.), ma da un soggetto (il Consiglio superiore della magistratura) di rilievo

DITTRICH, *Incompatibilità, astensione e ricazione del giudice civile*, cit., p. 61 ss., spec. p. 67 ss., il quale sostiene che l'osservanza del principio del giudice naturale «postula unicamente l'esistenza di elementi non discrezionali nell'identificazione delle ipotesi di ricazione»; L. PRENDINI, *L'imparzialità del giudice e la sua tutela processuale*, cit., pp. 238 ss. e 318 ss.; C. GLENDI, *Le Sezioni Unite aprono qualche spiraglio per una maggior garanzia dell'imparzialità del giudice anche nel processo civile*, cit., p. 1061; M. FABIANI, *Garanzia di terzietà e imparzialità del giudice ed efficienza del processo*, in <www.judicium.it>, 23 giugno 2010, p. 4; C. PUNZI, *Il processo civile*, 2<sup>a</sup> ed., cit., vol. I, p. 144.

<sup>(65)</sup> Come osservava F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 4<sup>a</sup> ed., vol. I, Roma, 1951, p. 128, «è chiaro che l'obbligo di astensione o il potere di ricazione non sorge per la sola appartenenza del giudice all'ufficio giudiziario, davanti al quale è proposta la lite o l'affare, sibbene per essere egli chiamato attualmente a giudicare dell'una o dell'altro».

<sup>(66)</sup> Il sistema tabellare è oggi delineato dagli artt. 7-bis e 7-ter della legge sull'ordinamento giudiziario (r.d. n. 12/1941), introdotti dagli artt. 3 e 4 del d.p.r. 22 settembre 1988, n. 449 (peraltro modificati e integrati con interventi successivi), i quali recano una complessa disciplina dell'organizzazione dei singoli uffici mediante l'adozione di «Tabelle degli uffici giudicanti» (art. 7-bis), mentre «[l']assegnazione degli affari alle singole sezioni ed ai singoli collegi e giudici è effettuata, rispettivamente, dal dirigente dell'ufficio e dal presidente della sezione o dal magistrato che la dirige, secondo criteri obiettivi e predeterminati, indicati in via generale dal Consiglio superiore della magistratura ed approvati contestualmente alle tabelle degli uffici e con la medesima procedura» (art. 7-ter). Per i necessari riferimenti, cfr. G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, cit., p. 228 ss.; F. DAL CANTO, *Lezioni di ordinamento giudiziario*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2024, p. 207 ss.; P. PIRACCINI, *La Corte di Cassazione riconosce il potere paranormativo del Consiglio superiore della magistratura e la nascita del diritto tabella*, in «Giustizia civile», 2005, I, p. 756 ss.; L.P. COMOGLIO, *Precostituzione, indipendenza ed imparzialità del giudice*, cit., p. 93 ss.

costituzionale chiamato a svolgere una funzione di normazione secondaria: in questo complesso di regole per la distribuzione delle controversie all'interno dei singoli uffici, si trovano anche quelle deputate a gestire i casi di impedimento del magistrato inizialmente individuato, che può fondarsi su ragioni diverse, come accade quando è accolto il ricorso per ricasazione.

In tal caso, il criterio utilizzato per la sostituzione del giudice (ricusato) non è frutto di una scelta discrezionale del capo dell'ufficio, ma si trova, anch'esso, tra le pieghe del sistema tabellare: pertanto, a mio avviso, non vi è alcuna lesione del principio del giudice naturale, diversa e ulteriore rispetto a quella derivante dall'attuazione del sistema tabellare per l'attribuzione degli incarichi <sup>(67)</sup>.

Se, tuttavia, la possibilità di praticare l'interpretazione analogica o estensiva delle ipotesi di astensione non trova ostacolo nella garanzia costituzionale del giudice naturale, è senza dubbio assai concreto il pericolo che la possibilità di allontanarsi dai casi predeterminati dal legislatore possa incentivare pratiche assai poco virtuose, in cui la denuncia del *iudex suspectus* costituisce un espediente per lucrare una sospensione necessaria del processo ai sensi dell'art. 52, comma 3, cod. proc. civ. <sup>(68)</sup>.

<sup>(67)</sup> Anche in tal caso, parafrasando Francesco Carnelutti, la designazione del magistrato soddisfa la priorità logica imposta dalla Costituzione con l'art. 25, poiché assicura «indipendenza della scelta del giudice dalle circostanze concrete del fatto»: cfr. F. CARNELUTTI, *Incostituzionalità della deroga alla competenza penale per materia decretata dal pubblico ministero*, in «Rivista di diritto processuale», 1962, p. 182.

<sup>(68)</sup> L'effetto distorsivo prodotto da una contestazione anche infondata e pretestuosa è stato assai bene colto dalla nostra migliore dottrina quando ha osservato che un «tale “giudizio nel giudizio”, solo per essere sorto, e per aver contrapposto il giudicante alla parte, avrebbe in ogni caso già pregiudicato l'imparzialità e la terzietà del giudice, anche se l'istanza venisse poi rigettata per reale infondatezza»: così C. CONSOLO, *Terzietà ed imparzialità nella dinamica dei processi non penali*, cit., c. 28; v. altresì A. PANZAROLA, *La ricasazione del giudice civile*, cit., p. 305, che definisce il tema delle conseguenze negative collegate alla ricasazione «un *topos* argomentativo ricorrente», non solo nel nostro Paese (p. 309 ss., nota 173).

La giurisprudenza, com'è noto, ha inteso mitigare le conseguenze di un

È qui che, a mio giudizio, diventa opportuno bilanciare l'apertura a nuove fattispecie con le sue potenziali conseguenze sull'ordinato svolgimento del processo civile, anche sotto il profilo della sua ragionevole durata <sup>(69)</sup>. Il compromesso, piuttosto che percorrere la strada insidiosa dell'analogia o dell'interpretazione

ricorso spregiudicato alla ricusazione adottando un'interpretazione, assai discutibile, del dovere del giudice di sospendere la lite all'atto della contestazione della parte. Se, infatti, secondo la dottrina prevalente, confortata dal testo della legge, la proposizione dell'istanza comporterebbe *ipso iure* la sospensione del processo in corso (così G. TRISORIO LIUZZI, *Brevi note in tema di sospensione per ricusazione e per regolamento di giurisdizione: sospensione «ipso iure» o «ope iudicis»?*, in «Il foro italiano», 1981, I, c. 2789 ss., non senza enfatizzare il carattere eccezionalissimo di questa sospensione; ID., *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari, 1987, p. 16 s.; R. ROMBOLI, *Astensione e ricusazione*, cit., p. 4; F. CIPRIANI, *Sospensione del processo (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXX, Roma, 1993, p. 3; G. SCARSELLI, *Osservazioni sugli effetti immediati dell'istanza di ricusazione (nel processo ordinario e nell'arbitrato)*, in «Il foro italiano», 2000, I, c. 1645 ss.; A. PANZAROLA, *La ricusazione del giudice civile*, cit., p. 308, nota 168; A. TEDOLDI, *Astensione, ricusazione e responsabilità dei giudici*, cit., p. 433 ss.; L. PRENDINI, *L'imparzialità del giudice e la sua tutela processuale*, cit., p. 467 ss.; L.P. COMOGLIO, *Precostituzione, indipendenza ed imparzialità del giudice*, cit., p. 113.; G. RUFFINI, *Astensione, ricusazione e responsabilità dei giudici e degli altri organi giurisdizionali*, in *Diritto processuale civile*, a cura di G. Ruffini, vol. I, Bologna, 2023, p. 358; in senso contrario, invece, v. L. DITTRICH, *Incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice civile*, cit., p. 293 ss.; ID., *L'astensione e la ricusazione del giudice*, cit., p. 544), dapprima la Cassazione e, poi, la Corte costituzionale hanno attribuito al giudice investito dalla ricusazione il potere di valutare l'ammissibilità e la non manifesta infondatezza dell'istanza e quindi, eventualmente, di conservare quel legame tra il giudice e la causa che proprio la ricusazione intende recidere: cfr. Cass. civ., sez. un., 20 dicembre 1972, n. 3627, in «Il foro italiano», 1973, I, c. 2542 ss.; Cass. civ., sez. un., 22 ottobre 1979, n. 5484, in «Il foro italiano», 1981, I, c. 2787 ss.; Corte cost., 18 marzo 2005, n. 115, in «Il foro italiano», 2006, I, c. 278, con nota critica di C.M. BARONE, «Nemo iudex in causa propria» (*tranne il giudice ricusato*); e più recentemente Cass. civ., sez. II, 24 luglio 2024, n. 20607, la quale tuttavia se esclude l'automaticità dell'effetto sospensivo affida, però, al giudice ricusato il solo vaglio di ammissibilità dell'istanza, senza alcun riferimento all'ulteriore profilo della manifesta infondatezza; Cass. civ., sez. II, 19 gennaio 2022, n. 1624; Cass. civ., sez. I, 8 maggio 2013, n. 10732, in «Il foro italiano», 2014, I, c. 181 ss.

<sup>(69)</sup> Uno spunto in tal senso si trova, ancora, in A. PANZAROLA, *La ricusazio-*

estensiva, deve essere ricercato nel quadro della predeterminazione legale delle fattispecie di astensione, intesa quale esigenza insopprimibile di ricondurre alla legge – e non solo alle ipotesi contemplate al primo comma dell'art. 51 cod. proc. civ. – il fatto o comportamento suscettibile di intaccare l'imparzialità del giudice, imponendogli l'astensione <sup>(70)</sup>.

8. *Conclusioni.* — Con questa indicazione di metodo è ora possibile trarre le necessarie conseguenze intorno al rilievo processuale della «relazione sentimentale» tra il giudice e l'avvocato.

Ho già anticipato la mia preferenza per la sua sussunzione all'interno dell'ampia tematica del conflitto d'interessi, con particolare riguardo ai principi enunciati dalla Cassazione nel 2012 – sia pure, lo ripeto, nella sua veste di giudice del provvedimento disciplinare – con riferimento all'interesse (privato) del giudice nella controversia affidatagli, non ultimo per il valore che l'istituto assolve nel quadro del principio generale enunciato dal secondo comma dell'art. 97 Cost., secondo il quale: «I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione» <sup>(71)</sup>.

*ne del giudice civile*, cit., p. 307; nonché in Corte cost., 21 marzo 2002, n. 78, in «Il foro italiano», 2002, I, c. 1611 ss.

<sup>(70)</sup> Accolgo dunque senza riserve la proposta interpretativa avanzata da C. GLENDI, *Le Sezioni Unite aprono qualche spiraglio per una maggior garanzia dell'imparzialità del giudice anche nel processo civile*, cit., p. 1601; nonché ancor prima, in ID., *L'astensione del giudice*, in «Corriere tributario», 2003, p. 1006; ID., *Ancora sull'astensione del giudice*, in «Corriere tributario», 2003, p. 1743.

<sup>(71)</sup> Occorre notare come l'interesse del giudice nella causa, al quale si riferisce l'art. 51, comma 1, n. 1, cod. proc. civ., è stato variamente inteso dagli interpreti. Ben chiara a tutti è la necessità di distinguere tra interesse diretto e indiretto (L. DITTRICH, *L'astensione e la ricsuzione del giudice*, cit., p. 505), ma non vi è concordia nello stabilire in cosa davvero consistano: secondo alcuni, l'interesse diretto si risolve nella titolarità in capo al giudice di una situazione giuridica soggettiva «che ne legittimerebbe la partecipazione allo stesso giudizio pendente dinanzi a lui» (C. PUNZI, *Il processo civile*, 2<sup>a</sup> ed., cit., vol. I, p. 288; E. MERLIN, *Elementi di diritto processuale civile*, vol. I, Torino, 2022, p. 346; L. DITTRICH, *Incompatibilità, astensione e ricsuzione del giudice civile*, cit.,

Conviene subito notare come una soluzione alternativa poteva essere ricercata sempre nelle pieghe della disciplina dell'astensione obbligatoria, praticando un'interpretazione analogica della figura del «commensale abituale» (art. 51, comma 1, n. 2, cod. proc. civ.) oppure della «grave inimicizia» (art. 51, comma 1, n. 3, cod. proc. civ.), quest'ultima espressa in senso positivo (come «speciale amicizia»), del giudice con il difensore della parte.

Una tale conclusione implica però uno scostamento significativo dalla lettera della legge e perciò contrasta con la direttiva di metodo enunciata al termine del paragrafo precedente; l'interpretazione analogica non deve essere aprioristicamente esclusa, ma piuttosto riservata a quelle situazioni dove non è oggettivamente possibile conciliare la rilevanza della condotta del magistrato –

p. 93 s.), in quanto il provvedimento conclusivo è destinato a produrre effetti (anche) nella sua sfera giuridica (R. ROMBOLI, *L'interesse politico come motivo di ricusazione del giudice*, cit., pp. 474 e 477); in questi casi, però, stante la sovrapposizione (anche solo potenziale) del ruolo del giudice con quello della parte, il primo deve ritenersi carente di potere giurisdizionale e l'eventuale decisione senz'altro nulla (a prescindere dal tempestivo rilievo del vizio nelle forme della ricusazione: L. DITTRICH, *Incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice civile*, cit., p. 94), se non proprio inesistente (S. SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, cit., p. 203; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3<sup>a</sup> ed., cit., vol. I, p. 177); il rapporto processuale, in questa ipotesi, difetterebbe di un soggetto (cfr. G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 3<sup>a</sup> ed., cit., p. 573; S. COSTA, *La ricusazione del giudice*, cit., p. 31); altri, sulla scorta della medesima impostazione, ritiene che l'interesse del giudice rilevante ai sensi dell'art. 51 cod. proc. civ. sia quello che legittimerebbe la sua partecipazione al giudizio quando ancora questa non sia avvenuta (cfr. S. LA CHINA, *Diritto processuale civile*, cit., p. 81).

L'interesse rilevante in vista della ricusazione del giudice sarebbe, secondo altri ancora, solo quello indiretto, il quale si realizza in tutti i casi in cui il giudice può trarre vantaggio o ricevere un pregiudizio dalla decisione (S. COSTA, *La ricusazione del giudice*, cit., p. 31; A.C. JEMOLO, *Sulla ricusazione dei giudici*, cit., p. 261; L. DITTRICH, *Incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice civile*, cit., p. 94), purché – quando si tratti di vantaggi o pregiudizi non patrimoniali – questo abbia specifica consistenza giuridica secondo il nostro ordinamento (S. LA CHINA, *Diritto processuale civile*, cit., p. 81): solo a queste condizioni sarà ragionevole ammettere il superamento del vizio come conseguenza della mancata, tempestiva, ricusazione del magistrato «interessato».

incidente sulla valore dell'imparzialità – con la sua predeterminazione da parte del legislatore, così da rappresentare una soluzione residuale, di estrema *ratio*, da soppesare caso per caso <sup>(72)</sup>.

Invero, con riferimento alla relazione sentimentale tra il giudice e l'avvocato, per soddisfare il criterio della predeterminazione della fattispecie è sufficiente guardare all'unica ipotesi per così dire «aperta» inserita nel n. 1 del primo comma dell'art. 51 cod. proc. civ. e concludere che questo rapporto faccia sorgere nel primo un interesse (nella specie non patrimoniale, ma piuttosto morale o affettivo) idoneo a giustificare quantomeno l'apparenza, agli occhi delle parti, della non imparzialità del magistrato nella trattazione della controversia.

Per attingere questo risultato, allontanandosi dal percorso argomentativo svolto dalle Sezioni unite senza tuttavia intaccarne gli esiti, è però necessario condividere l'idea che la previsione riferita all'interesse del giudice nella causa esprima «la volontà del legislatore di dare rilievo, accanto a previsioni tipiche di incapacità, anche ad altre (non previste) circostanze che renderebbero il giudice incapace di giudicare» <sup>(73)</sup>, al fine di restituire una certa duttilità all'istituto nel suo complesso e consentirgli di adeguarsi, senza valicare l'indicazione della legge, alle mutevoli forme dell'esperienza concreta <sup>(74)</sup>.

<sup>(72)</sup> Una prudente apertura, come ricordato, non è estranea alla sensibilità della nostra dottrina: cfr. C. CONSOLO, *Terzietà ed imparzialità nella dinamica dei processi non penali*, cit., c. 24.

<sup>(73)</sup> Così, richiamando alcune voci dottrinali, L. PRENDINI, *L'imparzialità del giudice civile e la sua tutela processuale*, cit., p. 387, il quale peraltro stigmatizza, con buona ragione, la scarsa propensione della giurisprudenza a valorizzare la nozione di interesse in causa nella prospettiva della garanzia costituzionale del giudice imparziale; in senso conforme, v. i brevi cenni di E. CAPUTO, *L'imparzialità del giudice ed i mezzi per garantirla*, in «Giurisprudenza di merito», 1982, I, p. 520.

<sup>(74)</sup> L'interesse del giudice nella causa compariva già nell'art. 116, n. 1, del codice di rito abrogato quale causa di ricusazione e già allora la dottrina aveva messo in luce la funzione diversa rispetto a quella assoluta dalle condotte tipiche, poiché mentre «gli altri motivi indicano delle situazioni di fatto già delineate, esistendo le quali il giudice è incapace, il n. 1 è uno spiraglio aperto dal legislatore ad altre possibili circostanze di fatto non espresse che, rendendo il

Solo così riesce possibile definire, con le parole di un maestro, la condizione del giudice proteso a favorire o essere particolarmente indulgente con l'avvocato di una delle parti (al quale è legato sentimentalmente) perché «ha interesse a cattivarselo, e non può godere alcuna libertà di giudizio» <sup>(75)</sup>.

L'idea, condivisibilmente sostenuta da una parte della dottrina, secondo cui il legislatore nel definire il contenuto precettivo dell'obbligo di astensione «ha disegnato le ipotesi più comuni d'interesse indiretto del giudice nella causa» <sup>(76)</sup>, rende ben chiaro il rapporto che sussiste tra il n. 1 del primo comma e le fattispecie definite nei numeri successivi <sup>(77)</sup>. Un rapporto che, a mio avviso, deve intendersi come di genere a specie, nel senso che i numeri da 2 a 5 del primo comma dell'art. 51 cod. proc. civ. contengono delle esemplificazioni della condizione d'interesse del giudice nella causa, ora riferite ai rapporti con le parti ora riferite all'oggetto della causa, la cui idoneità a compromettere l'imparzialità del giudizio è stabilita una volta per tutte dal legislatore <sup>(78)</sup>.

giudice interessato, lo rendono perciò incapace»: così S. COSTA, *La ricusazione del giudice*, cit., p. 31.

<sup>(75)</sup> Così E. ALLORIO, *In tema di ricusazione di giudici e di qualificazione degli estremi a ciò richiesti*, cit., c. 514, riferendosi alla condizione in cui versavano alcuni giovani magistrati chiamati a giudicare l'azione di querela di falso promossa (anche) contro il presidente del tribunale. L'illustre processualista, in poche righe di commento a due provvedimenti del tribunale di Verbania nella celebre controversia «Cane contro Cane» che aveva suscitato particolare interesse dottrinale, a mio avviso coglie i tratti essenziali della nozione di interesse nella causa al quale si riferisce l'art. 51, comma 1, n. 1, cod. proc. civ.

<sup>(76)</sup> T. SEGRÉ, *Astensione, ricusazione e responsabilità dei giudici*, cit., p. 632.

<sup>(77)</sup> Per questa lettura dell'interesse in causa, cfr. E. ALLORIO, *In tema di ricusazione di giudici e di qualificazione degli estremi a ciò richiesti*, cit., p. 513 ss.; A.C. JEMOLO, *Sulla ricusazione dei giudici*, cit., p. 262 s.; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3<sup>a</sup> ed., vol. I, p. 176, in quanto considera rilevante, ai fini dell'astensione obbligatoria, l'interesse che induce il giudice a preferire una soluzione rispetto ad un'altra.

<sup>(78)</sup> Conforme, nella sostanza, ma sotto il codice di rito previgente, S. COSTA, *La ricusazione del giudice*, cit., p. 31; successivamente, avendo presente il testo dell'art. 51 cod. proc. civ., cfr. anche V.E. ORLANDO, *Sulla ricusazione dei giudici*, in «Temi», 1950, p. 251.

Viceversa, nel n. 1, non potendosi riscontrare la medesima pre-determinazione della condotta pregiudizievole, il legislatore rimette in prima battuta alla sensibilità del magistrato <sup>(79)</sup> e, poi, al rimedio della ricusazione affidato all'iniziativa delle parti, la valutazione dell'incidenza sulla sua imparzialità della fattispecie innominata <sup>(80)</sup>.

Si tratta, come già sottolineato, di una lettura che non trova sponda nella giurisprudenza di legittimità, preoccupata per il possibile aumento dei casi di ricusazione agevolati da una fattispecie di astensione obbligatoria non rigorosamente prefissata dal legislatore; un rischio peraltro almeno in parte mitigato dalla oramai fermissima convinzione che la sospensione del processo dinanzi al giudice ricusato non è automatica, bensì subordinata ad un apprezzamento di quest'ultimo in ordine alla sua ammissibilità, con buona pace del testo dell'art. 52, comma 3, cod. proc. civ. <sup>(81)</sup>.

Tuttavia, a queste preoccupazioni è necessario anteporre il ruolo centrale assolto dall'imparzialità del giudice nella realizzazione del giusto processo regolato dalla legge: a tal fine sarà utile il richiamo, anzitutto, all'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il quale sancisce il diritto di ogni persona «a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge» e, quindi, la necessità d'interpretare il diritto interno in senso conforme alle indicazioni offerte dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo; inoltre, alla nostra Carta fondamentale (art. 111, secondo comma, Cost.), secondo cui «ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale» e, poi, anche all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che assicura ad ogni individuo il «diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale» <sup>(82)</sup>.

<sup>(79)</sup> Alla quale faceva particolare affidamento, come ricordato, il primo Satta: cfr. S. SATTA, *Astensione del giudice (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. III, Milano, 1958, p. 948 s.

<sup>(80)</sup> Così anche L. DITTRICH, *Incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice civile*, cit., p. 100 s.

<sup>(81)</sup> Per le opportune indicazioni, v. *supra*, alla nota 68.

<sup>(82)</sup> N. TROCKER, *Il valore costituzionale del «giusto processo»*, in *Il nuovo ar-*

All'importanza, sempre crescente, del valore dell'imparzialità del giudice non è corrisposto un adeguamento dei motivi di astensione obbligatoria originariamente raccolti nel primo comma dell'art. 51 cod. proc. civ.: diviene così strumento per attuare quel principio nel processo civile il (volutamente) generico richiamo all'interesse del giudice nella causa previsto dall'art. 51, comma 1, n. 1, cod. proc. civ., nel senso prospettato.

Del resto, induce a preferire questo percorso ricostruttivo e non quello – nella sostanza approdato alle medesime conclusioni – proposto dalle Sezioni unite nel 2012, l'osservazione che il fondamento normativo sul quale poggia la soluzione di legittimità è recentemente venuto meno con l'abrogazione dell'art. 323 cod. pen. e del reato di abuso d'ufficio, disposta dall'art. 1 della legge 9 agosto 2024, n. 114 <sup>(83)</sup>.

*titolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di M.G. Civinini e C.M. Verardi, Milano, 2001, p. 45 ss.; M. SERIO, *L'imparzialità del giudice come condizione del giusto processo nell'esperienza comparatistica*, in «Il giusto processo civile», 2011, p. 1033 ss.; G. MONTELEONE, *L'imparzialità del giudice e la prova nel processo*, in «Il giusto processo civile», 2012, p. 324, il quale definisce la facoltà di agire in giudizio innanzi ad un giudice terzo ed imparziale «uno di quei diritti umani, costitutivi della dignità e della stessa esistenza giuridica dell'individuo, non suscettibili di compressione alcuna». Analoghi rilievi, intesi a riconoscere nell'imparzialità del giudice un presidio irrinunciabile alla protezione delle libertà fondamentali, sono presenti nella dottrina francese, sulla quale v. per tutti S. GIUNCHARD, C. CHAINAIS, C.S. DELICOSTOPOULOS, I.S. DELICOSTOPOULOS, M. DOUCHY-LOUDOT, F. FERRAND, X. LAGARDE, V. MAGNIER, M. ROCCATI, H.R. FABRI, L. SINOPOLI, E. STOPPIONI, *Droit processuel*, 13<sup>a</sup> ed., Paris, 2025, p. 1001 ss.

<sup>(83)</sup> In proposito, v. già E. CARLONI, *Conflitto di interessi e abuso di ufficio: problemi aperti tra amministrazione e costituzione*, in «Sistema penale», 2024, n. 12, p. 5 ss., il quale solleva dubbi sulla tenuta costituzionale del recente intervento demolitorio messo in opera dal legislatore. Ciò anche in ragione del ruolo centrale assunto dal reato di abuso d'ufficio nel «sistema» dei conflitti di interesse, ponendosi il reato come snodo rilevante per la tutela sostanziale dei cittadini di fronte a decisioni assunte in violazione dell'obbligo di astensione», come del resto ha ben rappresentato la motivazione – costruita intorno all'obbligatorietà dell'astensione ai sensi dell'art. 51, comma 2, cod. proc. civ., per gravi ragioni di convenienza – del provvedimento disciplinare che ha offerto l'occasione alle presenti note.

Pertanto, oggi, non è più ravvisabile alcuna *lex specialis* che regoli – come accadeva nella vigenza dell’ampia formula dell’art. 323 cod. pen. – il conflitto d’interessi del magistrato nell’esercizio delle sue funzioni con valenza integrativa e, in parte, abrogativa del secondo comma dell’art. 51 cod. proc. civ.; la scelta di recuperare l’interesse del giudice nella causa, previsto nel primo comma dell’art. 51 cod. proc. civ., offre perciò una soluzione alternativa e ragionevole attorno alla quale lavorare per attribuire rilevanza a nuove fattispecie di astensione obbligatoria.

La questione di legittimità costituzionale, riferita all’abrogazione del reato di abuso d’ufficio ad opera della legge n. 114/2024, immediatamente sollevata da ben quattordici autorità giurisdizionali (tra le quali la Corte di Cassazione), è stata discussa all’udienza del 7 maggio 2025. Nell’occasione la Consulta ha ritenuto ammissibili le sole questioni legate alla violazione degli obblighi derivanti dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (c.d. Convenzione di Merida) e «ha dichiarato infondate tali questioni, ritenendo che dalla Convenzione non sia ricavabile né l’obbligo di prevedere il reato di abuso d’ufficio, né il divieto di abrogarlo ove già presente nell’ordinamento nazionale» (così testualmente si esprime il comunicato ufficiale dell’8 maggio 2025).

## Abstract

Il saggio offre una riflessione sull'etica del giudice tra regole processuali, deontologiche e disciplinari, con particolare riferimento alle relazioni personali tra magistrati e avvocati. L'autore analizza il caso di un giudice coinvolto sentimentalmente con un avvocato impegnato in procedimenti da lui presieduti, evidenziando le conseguenze derivanti dalla mancata astensione. Il contributo esplora il concetto di «gravi ragioni di convenienza» di cui al secondo comma dell'art. 51 cod. proc. civ., nel quale la giurisprudenza ravvisa un obbligo deontologico di astensione, pur in assenza di una previsione tassativa. L'autore propone invece un'originale rilettura sistematica dell'interesse del giudice nella causa di cui al primo comma, n. 1, dello stesso articolo, evidenziandone la valenza costituzionale. Il saggio mette in luce la tensione tra la rigidità del sistema processuale e la necessità di un adattamento alle trasformazioni sociali e professionali, suggerendo una maggiore apertura interpretativa per garantire l'effettività del giusto processo. L'autore conclude auspicando una revisione normativa che renda più coerente la disciplina dell'astensione obbligatoria con le esigenze di trasparenza e terzietà della funzione giudiziaria.

*The essay offers a reflection on judicial ethics at the intersection of procedural, deontological, and disciplinary rules, with particular attention to personal relationships between judges and lawyers. The author examines the case of a judge involved in a romantic relationship with a lawyer participating in proceedings over which he presided, highlighting the consequences arising from the failure to recuse. The contribution explores the concept of «serious reasons of convenience» under the second paragraph of Article 51 of the Italian Code of Civil Procedure, where case law recognizes a deontological obligation to abstain, even in the absence of a strict statutory provision. The author, however, proposes an original systematic reinterpretation of the judge's interest in the case under the first paragraph, no. 1, of the same article, emphasizing its constitutional significance. The essay illuminates the tension between the rigidity of the procedural system and the need to adapt to social and professional transformations, suggesting a broader interpretative approach to ensure the effective realization of a fair process. The author concludes by advocating for a legislative revision that would render the rules on mandatory recusal more consistent with the requirements of transparency and impartiality in the judicial function.*



PAOLA LICCI

*Professoressa associata nell'Università di Roma Tor Vergata*

LA REGISTRAZIONE DELL'UDIENZA  
DA ILLECITO DEONTOLOGICO (QUANDO OCCULTA)  
A OPPORTUNITÀ MANCATA (\*)

SOMMARIO: 1. La questione deontologica. – 2. L'udienza come riunione. – 3. La pubblicità dell'udienza. – 4. La registrazione come garanzia della pubblicità dell'udienza. – 5. La registrazione come strumento per garantire la genuinità delle dichiarazioni raccolte. – 6. Il divieto di registrazione delle udienze da remoto.

1. *La questione deontologica.* — La vicenda presa in esame dal Consiglio nazionale forense trae origine da una controversia nel corso della quale l'avvocato sanzionato con la sospensione dall'esercizio della professione forense aveva proceduto ad eseguire delle registrazioni occulte di conversazioni avvenute con colleghi nonché registrazioni delle udienze. Secondo la ricostruzione dell'avvocato ricorrente, tali registrazioni avevano un mero scopo difensivo, visto che erano destinate a successive riproduzioni in giudizio, e perciò erano prive di rilievo illecito.

Il Consiglio nazionale forense, invece, ha ritenuto che le registrazioni delle udienze fossero operate in modo clandestino, indipendentemente dalla finalità che esse avessero per la difesa, posto che avvenivano all'insaputa della controparte.

(\*) Commento alla sentenza del Consiglio nazionale forense, 7 marzo 2023, n. 32.

Sotto il profilo deontologico, il comportamento tenuto dall'avvocato sarebbe riconducibile a quello vietato dall'art. 38 cod. deont. for., a mente del quale non solo l'avvocato non deve registrare una conversazione telefonica con un collega, ma non può procedere altresì ad alcuna «registrazione nel corso di una riunione», salvo che non vi sia il consenso di tutti i presenti. L'udienza, quindi, stando alla ricostruzione del Consiglio nazionale forense, sarebbe da ricondurre alla «riunione» alla quale partecipano le persone registrate in assenza di consenso.

La rilevanza deontologica, consistente nella violazione dei principi di correttezza e lealtà richiamati dall'art. 38 cod. deont. for., prescinderebbe peraltro dalla irrilevanza penale della condotta, profilo che la decisione in esame ritiene di dover bypassare giacché non rientrante nelle competenze dell'organo giudicante.

Tuttavia, è bene precisare che il comportamento censurato, stando alla prevalente giurisprudenza penale, non assumerebbe alcun rilievo ai fini della configurazione del reato. Ed invero la registrazione fonografica clandestina di colloqui tra presenti da parte di un soggetto che ne sia partecipe, costituisce una forma di memorizzazione di fatto storico del quale l'autore può disporre legittimamente, anche per fini probatori nel processo, vieppiù quando questa avvenga in luogo pubblico. Nel caso di specie, l'udienza rappresenta un luogo pubblico o aperto al pubblico, di talché, non incorrerebbe in una condotta penalmente rilevante chi procedesse senza il consenso degli interessati alla registrazione di quanto avvenuto nel corso dell'incontro tra parti, avvocati e giudici <sup>(1)</sup>.

<sup>(1)</sup> Come osserva M. GRADI, *Diritto alla prova e tutela della privacy nel processo civile*, in «Rivista di diritto processuale», 2019, p. 1122, le registrazioni di conversazioni fra presenti sono lecite per la legge penale soltanto nel caso in cui avvengano in luogo pubblico o in luogo aperto al pubblico. «Entro questi limiti, la registrazione occulta effettuata da un soggetto all'insaputa degli altri partecipanti al discorso non costituisce nemmeno un illecito disciplinare del dipendente pubblico o privato»: v. in tal senso Cons. Stato, sez. VI, 28 giugno 2007, n. 3797, in «Giornale di diritto amministrativo», 2007, p. 999, secondo cui la registrazione fonografica clandestina di colloqui tra presenti da parte di un soggetto che ne sia partecipe costituisce una forma di memorizzazione di

La stessa condotta perciò, pur irrilevante sotto il profilo penalistico nonché sotto quello lavoristico/disciplinare, assumerebbe invece un certo rilievo sotto l'aspetto deontologico <sup>(2)</sup>, così come già affermato in altre occasioni dal Consiglio nazionale forense <sup>(3)</sup>, anche e soprattutto quando la registrazione avvenuta in modo occulto sia finalizzata alla pubblica diffusione. Così, mentre nessuna norma penale sarebbe violata, sarebbero senz'altro infranti gli obblighi di lealtà e correttezza propri della professione forense.

2. *L'udienza come riunione.* — La premessa dell'assunto in forza del quale la registrazione occulta dell'udienza sarebbe rilevante sotto il profilo disciplinare è che l'udienza costituisca una forma di riunione, ai sensi dell'art. 38 cod. deont. for.: stando infatti a

fatto storico del quale l'autore può disporre legittimamente, anche ai fini di prova nel processo ai sensi dell'art. 234 cod. proc. pen., e non può pertanto essere disciplinarmente sanzionato dalla pubblica amministrazione il dipendente pubblico che registri conversazioni intercorse con studenti e colleghi per sostenere una denuncia in sede penale, poiché la valutazione disciplinare deve arrestarsi, per il principio di non contraddizione, di fronte a un comportamento posto in essere nell'esercizio di un diritto quale, nel caso di specie, il diritto di difesa. Sulla rilevanza lavoristico-disciplinare, v. Cass. civ., sez. lav., 2 novembre 2021, n. 31204, in «Notiziario di giurisprudenza del lavoro», 2022, p. 32, secondo cui, nell'ambito dei rapporti di lavoro, la registrazione di conversazioni tra un dipendente e i suoi colleghi presenti, all'insaputa dei conversanti, configura una grave violazione del diritto alla riservatezza che giustifica il licenziamento intimato, a meno che, ai sensi dell'art. 24 del d.lgs. n. 196 del 2003 (vigente *ratione temporis*), la registrazione occulta dei dialoghi non si sia resa necessaria per difendere un diritto in giudizio, a prescindere dalla esatta coincidenza soggettiva tra i conversanti e le parti processuali, purché l'utilizzazione di tale registrazione avvenga solo in funzione del perseguimento di tale finalità e per il periodo di tempo strettamente occorrente.

<sup>(2)</sup> È bene precisare che le considerazioni qui svolte mirano solo all'esame della rilevanza della condotta sotto i profili penali e deontologici e non invece alla possibilità di ammettere o non ammettere in giudizio le registrazioni eventualmente raccolte in modo illecito. Sul tema dell'ammissibilità delle prove illecite nel processo civile, v. L. PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, Torino, 2017, p. 217 ss.; N. MINAFRA, *Contributo allo studio delle prove illecite nel processo civile*, Napoli, 2020, p. 316 ss.; P. LICCI, *I limiti del potere istruttorio del giudice del lavoro*, Pisa, 2020, p. 212 ss.

<sup>(3)</sup> V., ad esempio, Cons. naz. for., 4 novembre 2020, n. 139.

quest'ultima disposizione, la violazione dei doveri di lealtà e correttezza si realizza quando la registrazione riguardi una riunione nella quale i registrati dall'interessato non hanno prestato consenso e sono perciò ignari che le loro dichiarazioni saranno raccolte su supporto informatico.

L'udienza rappresenta tanto un tempo quanto un luogo di svolgimento del processo <sup>(4)</sup>. Essa costituisce lo spazio in cui i protagonisti del processo compiono le attività regolate dalla legge e interagiscono tra di loro nell'ottica di attuare il principio del contraddittorio, che sempre permea il processo civile. Parti e giudici si incontrano in udienza ed è lì che si svolge lo scambio dialettico tra di essi <sup>(5)</sup>.

È un luogo di incontro e di «riunione» in cui il dialogo è tanto più autentico e tanto più proteso verso la ricerca della giustizia quanto più i suoi interpreti si pongono uno di fronte all'altro alla ricerca della fiducia reciproca. Ed è da questa fiducia che origina la scelta dei giudici di «rompere la regola monastica del loro silenzio per trasformare l'udienza, da inutile soliloquio di un retore dinanzi a un contesto di sonnecchianti, in un dialogo tra interlocutori vivi che cercano, attraverso la discussione, di comprendersi e di convincersi» <sup>(6)</sup>.

Deve garantirsi che questo dialogo sia genuino e che si fondi sulla confidenza e sulla collaborazione diretta tra le parti, diventando, in assenza di tali presupposti, un dialogo sterile e improduttivo.

In questo contesto, il sistema processuale può assicurare un ambiente idoneo a favorire il dialogo anche attraverso la previsione di regole che modificano il tradizionale modo di concepire

<sup>(4)</sup> Sul tema v. S. EVANGELISTA, *Udienza (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XXXII, Roma, 1994, p. 1 ss.; R. MARENGO, *Udienza (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLV, Milano, 1992, p. 483 ss.

<sup>(5)</sup> R. TISCINI, *Il ruolo del giudice e degli avvocati nella gestione delle controversie civili*, Napoli, 2023, p. 88 ss., osserva come l'udienza sia la cartina di tornasole del dialogo tra giudice e parti e come emerga prepotente l'idea che l'udienza e il processo possano condursi solo attraverso lo scambio fisico, visivo, dialogico che ha luogo nelle aule giudiziarie.

<sup>(6)</sup> Così P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954, pubblicato anche in ID., *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, 1965, p. 662.

l'udienza <sup>(7)</sup>. Resta però fermo che nulla possono le regole processuali se le parti non si sentono libere di poter effettivamente dialogare senza che dalle loro affermazioni discendano conseguenze pregiudizievoli sul diritto sostanziale dedotto in giudizio.

Il tema si confonde senz'altro con quello della formazione della prova, ma al contempo esula da esso. Affinché una dichiarazione resa in udienza finisca per acquisire valore probatorio, essa deve essere fatta dinanzi a tutte le parti e con la consapevolezza (generata da una corrispondente regola processuale) per il dichiarante di quale sarà l'efficacia attribuita alle sue parole.

La registrazione occulta delle dichiarazioni, quand'anche eseguita con finalità probatorie, è da ostacolo alla realizzazione del dialogo nei termini appena indicati. Il timore che ogni dichiarazione resa possa essere strumentalizzata riduce sensibilmente la fiducia delle parti e del giudice in quell'incontro.

Per favorire il dialogo a cui l'udienza è preordinata è perciò importante che ogni atteggiamento non leale e corretto sia sanzionato: o sul piano del processo (si pensi all'art. 88 cod. proc. civ. e alla possibilità per il giudice di desumere argomenti di prova dalla condotta sleale della parte ai sensi dell'art. 116 cod. proc. civ., nonché di condannare al pagamento delle spese processuali *ex art. 92, comma 1, cod. proc. civ.*) o sul piano deontologico <sup>(8)</sup>.

Ed è così che può ricondursi la fattispecie della registrazione occulta dell'udienza a quella di una riunione senza il consenso degli interessati, rilevante sul piano deontologico ai sensi dell'art. 38 cit., poiché idonea a recidere quel vincolo fiduciario che consente all'udienza di svolgersi come un dialogo tra «interlocutori vivi» <sup>(9)</sup>.

<sup>(7)</sup> V. *infra*, § 6.

<sup>(8)</sup> Cfr. E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 1973, p. 98 s., secondo cui il dovere di lealtà serve per garantire il regolare svolgimento del contraddittorio e il rispetto reciproco tra le parti, secondo il principio dell'uguaglianza delle rispettive posizioni. Sul dovere di lealtà come correttezza di una parte nei confronti delle altre all'interno di un rapporto, v. M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018, p. 754.

<sup>(9)</sup> P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, cit., p. 622.

3. *La pubblicità dell'udienza.* — Posta l'illiceità sotto il profilo deontologico, la decisione del Consiglio nazionale forense impone una riflessione più ampia sul valore che la registrazione dell'udienza può acquisire e sulla sua compatibilità con i principi generali che governano il processo civile e, in particolare, con la pubblicità dell'udienza.

Cominciamo col dire che l'art. 128 cod. proc. civ. stabilisce che l'udienza in cui si discute la causa sia pubblica a pena di nullità, a meno che non vi siano ragioni di sicurezza di Stato, di ordine pubblico o di buon costume, che impongano al giudice una scelta diversa.

Il principio di pubblicità ha un rilievo fondamentale nel nostro ordinamento, poiché costituisce espressione del controllo da parte della cittadinanza sull'esercizio dell'attività giurisdizionale <sup>(10)</sup>. Si tratta di un principio risalente all'illuminismo francese e

<sup>(10)</sup> Come osserva P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, cit., p. 621 s., la pubblicità dell'udienza incoraggia il dissenziente a sostenere l'opinione che gli sembra giusta poiché la sua voce potrebbe suscitare un'eco nell'opinione pubblica; al contrario, ove l'udienza fosse segreta, il dissenziente, per non entrare in contrasto con chi decide, resterebbe in silenzio. Per G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 3<sup>a</sup> ed., Napoli, 1923, p. 718 ss., quello della pubblicità dei giudizi e delle udienze è un principio che può essere visto sotto due profili diversi: il primo, di pubblicità interna, guarda alle parti del processo ed è definito come necessità per le parti che «ogni attività processuale possa essere presenziata da entrambe»; il secondo, di pubblicità esterna, guarda ai soggetti terzi rispetto al rapporto processuale e consiste nell'«ammissione dei terzi (pubblico) ad assistere alle attività processuali». Secondo F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. II, *La funzione del processo di cognizione*, parte prima, Padova, 1926, p. 211, la pubblicità non è un principio elaborato per le sole parti, ma «importa agli altri piuttosto che a ciascuna delle parti: il vero interessato alla giustizia della composizione è il pubblico»: si tratta cioè di uno strumento di controllo esercitabile dal popolo sull'amministrazione della giustizia, in quanto la presenza del pubblico riconduce i giudici «energicamente alla loro funzione, se fossero tentati di deviarne». Sul tema v. anche S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Milano, 1959, p. 490 s., il quale evidenzia come l'udienza pubblica sia una conquista dei tempi moderni, il cui significato risiede nell'idea che vi sia un interesse più vasto di quello particolare delle parti in lite e che il concretamento dell'ordinamento giuridico non avviene solo tra di esse ma

al moderno costituzionalismo <sup>(11)</sup>. Un principio che ha trovato ampio spazio nello Statuto albertino nel quale, all'art. 72, era previsto che «le udienze dei tribunali in materia civile e i dibattimenti in materia criminale [fossero] pubblici conformemente alle leggi»; e poi finanche nei lavori preparatori della Costituzione, giacché l'art. 101 del progetto presentato all'Assemblea costituente il 31 gennaio 1947 stabiliva la necessità della pubblicità delle udienze <sup>(12)</sup>.

Il principio ha poi trovato consacrazione nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e la stessa Corte costituzionale ha avuto modo di considerare il principio «espressione di civiltà giuridica» <sup>(13)</sup>.

La ormai consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo guarda al principio di pubblicità come strumento volto a proteggere le parti da una «giustizia amministrata segretamente, senza la possibilità di un controllo dell'opinione pubblica», qualificandolo – analogamente a quanto fa la nostra Corte costituzionale – come «un principio fondamentale di ogni società democratica» <sup>(14)</sup>.

rispetto a tutti i soggetti. Il pubblico non può parlare, non può approvare né disapprovare ma può solo ascoltare.

<sup>(11)</sup> Cfr. G. CHIOVENDA, *La riforma del processo civile*, in ID., *Saggi di diritto processuale civile*, rist., Milano, 1993, vol. III, p. 294.

<sup>(12)</sup> Su cui v. G. SCARSELLI, *In difesa della pubblica udienza in Cassazione*, in «Il foro italiano», 2017, V, c. 33, il quale osserva che il principio di pubblicità non fu più richiamato nell'art. 101 Cost. perché ritenuto superfluo in un sistema democratico dove il potere giurisdizionale è esercitato in nome del popolo; v. anche ID., *Contro le udienze da remoto e la smaterializzazione della giustizia*, in *Mala tempora currunt: scritti sull'ultima riforma del processo civile*, Pisa, 2023, p. 263 ss.; nonché N. MINAFRA, *La pubblicità dei giudizi*, I, in «Giusto processo civile», 2018, p. 885, la quale nota che, nonostante la mancata previsione nella Costituzione, fu confermata la portata generale del principio con la sentenza della Corte cost., 2 febbraio 1971, n. 12, che lo definì come essenziale per un ordinamento democratico. L'attenuazione del principio si deve poi al codice del 1940 e alla istituzione del giudice istruttore: sul tema v. F. CIPRIANI, *Il giudice istruttore e la competenza a provvedere ex art. 156, 6° comma c.c.*, in «Il foro italiano», 1996, I, c. 3604.

<sup>(13)</sup> Corte cost., 24 luglio 1986, n. 212.

<sup>(14)</sup> Cfr. Corte eur. dir. uomo, ad. plen., 8 dicembre 1983, n. 8273/78, Axen

Tuttavia, tale principio non ha mai avuto un valore assoluto e inderogabile tanto che la disciplina positiva, dagli anni Novanta in poi <sup>(15)</sup>, ha teso verso una riduzione degli spazi di pubblicità, già originariamente non incondizionati.

In primo luogo, ai sensi dell'art. 128 cod. proc. civ., solo l'udienza di discussione è pubblica, poiché essa rappresenta la forma solenne dell'ascoltare e del farsi ascoltare in cui il pubblico diviene parte necessaria, ancorché silenziosa. Per le altre udienze, tale partecipazione è invece espressamente esclusa: l'art. 84 disp. att. cod. proc. civ. chiaramente stabilisce che le udienze del giudice istruttore non siano pubbliche e che siano ammessi a partecipare solo i difensori delle parti e le parti stesse, le quali hanno l'obbligo di restare in silenzio, salvo che il giudice non chieda loro di interloquire.

Si coglie allora che lo spazio della pubblica udienza nasca già a monte ridotto. A questo poi deve aggiungersi la tendenza sempre maggiore alla cameralizzazione dei procedimenti in cui la camera di consiglio non assume più solo la funzione di un momento interno della decisione, e per questo sottratto alla partecipazione pubblica, o una tendenza propria dei procedimenti non contenziosi, ma tende a diventare una regola sempre più generale volta a sostituire la pubblica udienza di discussione con forme che negano ogni possibilità di controllo pubblico sull'udienza. Controllo ormai sempre più relegato a casi eccezionali.

Rappresenta un esempio di tale tendenza l'evoluzione norma-

c. Germania, che al § 25 afferma: «*The public character of proceedings before the judicial bodies referred to in Article 6 para. 1 protects litigants against the administration of justice in secret with no public scrutiny; it is also one of the means whereby confidence in the courts, superior and inferior, can be maintained. By rendering the administration of justice visible, publicity contributes to the achievement of the aim of Article 6 para. 1 namely a fair trial, the guarantee of which is one of the fundamental principles of any democratic society, within the meaning of the Convention*»; Corte eur. dir. uomo, sez. II, 10 aprile 2012, n. 32075/09, Lorenzetti c. Italia, § 29.

<sup>(15)</sup> V. *amplius* le considerazioni di N. MINAFRA, *La pubblicità dei giudizi*, I, cit., p. 889 ss., nonché EAD., *La pubblicità dei giudizi*, II, in «Il giusto processo civile», 2018, p. 1155 ss.

tiva sull'udienza di Cassazione. La previsione dell'art. 375 cod. proc. civ., in base alla quale l'udienza pubblica è riservata alle questioni di particolare importanza, si inserisce nel solco della riforma del 2016 (d.l. 31 agosto 2016, n. 168, convertito in l. 25 ottobre 2016, n. 197), che ha sovvertito il rapporto tra il procedimento in pubblica udienza e quello in camera di consiglio, che divengono, nell'ordine, eccezione e regola <sup>(16)</sup>.

Il rito camerale, stando all'ultimo comma dell'art. 375 cod. proc. civ., non opera più solo nei casi indicati dalla norma, bensì in ogni altro caso in cui la questione non assume particolare rilevanza. La camera di consiglio, in cui la Corte giudica senza l'intervento del pubblico ministero e delle parti <sup>(17)</sup>, cessa di costituire una deroga al principio della pubblica udienza, per divenire essa stessa principio <sup>(18)</sup>.

<sup>(16)</sup> Aspre sono state le critiche della dottrina alla riforma del procedimento in Cassazione del 2016: cfr. il documento presentato dall'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, *Ampliamento del procedimento camerale in Cassazione*, in «Il foro italiano», 2016, V, c. 354. Sul tema v. *amplius* R. POLI, *Il processo per pubblica udienza*, in *I processi civili in Cassazione*, a cura di A. Didone e F. De Santis, Milano, 2018, p. 699 ss., spec. p. 721 ss.; ID., *La evoluzione dei giudizi di appello e di cassazione alla luce delle recenti riforme*, in «Rivista di diritto processuale», 2017, p. 150 ss.

<sup>(17)</sup> Fino alla riforma del 2016, la camera di consiglio prevedeva la possibilità che l'avvocato dovesse essere sentito se ne avesse fatto richiesta. Il nuovo regime esclude invece la sua audizione in ogni caso.

<sup>(18)</sup> Sui dubbi di costituzionalità della previsione, nonché sulla contrarietà all'art. 6 Conv. eur. dir. uomo, v. D. DALFINO, *Il nuovo volto del procedimento in Cassazione, nell'ultimo intervento normativo e nei protocolli d'intesa*, in «Il foro italiano», 2017, V, c. 3 s.; G. SCARSELLI, *In difesa della pubblica udienza in Cassazione*, cit., c. 33 s., il quale osserva che la scelta del legislatore del 2016 è anche in contrasto con gli orientamenti della stessa Corte suprema in punto di rapporto tra udienza pubblica e camerale; B. SASSANI, *La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici*, in <www.judicium.it>, 3 giugno 2019, in particolare nota 29. Cfr. anche le critiche di A. PANZAROLA, *La difesa scritta ed orale in Cassazione*, in «Il giusto processo civile», 2016, p. 1067 ss., sulla eliminazione della c.d. ordinanza opinata; ID., *La Cassazione civile dopo la L. 25 ottobre 2016, n. 197 e i c.d. protocolli*, in «Le nuove leggi civili commentate», 2017, p. 343 ss.; diversamente, v. G. COSTANTINO, *Note sulle «misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di cassazione»*, in «Il foro italiano», 2017, V, c.

La riforma attuata con il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 non ha mutato il quadro appena prospettato, giacché, nonostante il cambio di rubrica dell'art. 375 cod. proc. civ., la pubblica udienza ha tutt'altro che un ruolo di primo ordine.

Il primo comma della disposizione in esame prevede che la Corte, tanto a sezioni unite quanto a sezioni semplici, pronunci in pubblica udienza: quando la questione è di particolare rilevanza; oppure nel caso di revocazione delle sentenze passate in giudicato il cui contenuto sia contrario alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ai sensi del nuovo art. 391-*quater* cod. proc. civ. <sup>(19)</sup>. Al di fuori di queste due ipotesi, la pubblica udienza non trova spazio e il procedimento in Cassazione si svolge nella camera di consiglio non partecipata.

La pubblicità dell'udienza di discussione ha poi subito ulteriori limitazioni con le ultime riforme del processo civile. L'art. 128 cod. proc. civ. oggi consente il sacrificio della pubblicità ogniqualvolta il giudice ritenga di voler sostituire l'incontro fisico e dialettico tra parti e giudice con lo scambio di note limitate alle sole istanze e conclusioni, ai sensi dell'art. 127-*ter* cod. proc. civ. <sup>(20)</sup>. Il venir meno della pubblica udienza però non può aver luogo se una delle parti si oppone alla scelta del magistrato, affermandosi così l'idea che la pubblicità sia un diritto processuale del quale la parte può disporre, rinunciandovi.

12 s., il quale osserva che probabilmente l'eliminazione del contraddittorio in forma orale costituiva l'aspirazione del legislatore ancorché le norme sembrino militare nel senso della possibilità per le parti e il pubblico ministero di essere sentiti in camera di consiglio.

<sup>(19)</sup> Osserva P. FARINA, *Il giudizio di Cassazione dopo il d. lgs. n. 149 del 2022*, in «Giustizia civile», 2023, p. 398, che il rito della pubblica udienza sembra riservato solo alle cause che presentano un elevato standard qualitativo. Nella Relazione illustrativa al decreto, p. 40, si legge che le cause per cui è possibile la pubblica udienza sono quelle di «alto livello qualitativo», ovvero le cause nelle quali la Corte esercita la sua funzione fondamentale di uniforme interpretazione delle norme di diritto.

<sup>(20)</sup> Frutto del correttivo alla riforma Cartabia di cui al d.lgs. 31 ottobre 2024, n. 164.

4. *La registrazione come garanzia della pubblicità dell'udienza.* — La riduzione dello spazio della pubblicità dell'udienza sembrerebbe giustificata dal fatto che essa non rappresenti un principio assoluto, potendo il legislatore, nella sua discrezionalità, stabilire eccezioni alla regola o procedimenti nei quali possa non essere garantito il diritto alla pubblica discussione, in nome della maggiore elasticità del rito o per ragioni di economia processuale <sup>(21)</sup>. D'altra parte, è lo stesso art. 128 cod. proc. civ. a stabilire i confini della pubblica udienza, non tanto e non solo in nome della tutela dell'ordine pubblico e della riservatezza <sup>(22)</sup>. Ed invero, come già visto *supra*, la disposizione stabilisce che il pubblico sia soggetto (possibilmente) necessario dell'udienza solo nel caso in cui essa sia destinata alla discussione della causa, risultando invece non pubblica l'udienza istruttoria. A questa limitazione si aggiunge poi la scelta sempre più frequente per la cameralizzazione dei

<sup>(21)</sup> V., ad esempio, Corte cost., 18 marzo 2022, n. 73, in «Il foro italiano», 2022, I, c. 3255 ss., secondo la quale il principio della pubblicità dei dibattimenti giudiziari, pur trovando fondamento nel precetto racchiuso nell'art. 101, comma 1, Cost., può subire eccezioni in relazione a determinati procedimenti e in presenza di giustificazioni obiettive e razionali. Così, ad esempio, il legislatore ha connotato il giudizio tributario come processo prevalentemente documentale, in particolare dal punto di vista probatorio, tanto che è esclusa l'ammissibilità della prova testimoniale e del giuramento. Un meccanismo procedurale, come quello delineato dall'art. 33 del d.lgs. n. 546 del 1992, che consente ad entrambe le parti, pubblica e privata, di valutare caso per caso la reale necessità di avvalersi della discussione in pubblica udienza, persegue un ragionevole fine di elasticità, in forza del quale le risorse offerte dall'ordinamento devono essere calibrate in base alle effettive esigenze di tutela, e non interferisce con la cura dell'interesse pubblico al prelievo fiscale.

<sup>(22)</sup> V. Corte cost., 11 marzo 2011, n. 80, in «Giurisprudenza costituzionale», 2011, p. 1224 ss., secondo cui «la valenza del controllo immediato del *quisque de populo* sullo svolgimento delle attività processuali, reso possibile dal libero accesso all'aula di udienza – uno degli strumenti di garanzia della correttezza dell'amministrazione della giustizia – si apprezza, difatti, secondo un classico, risalente ed acquisito principio, in modo specifico quando il giudice sia chiamato ad assumere prove, specialmente orali-rappresentative, e comunque ad accertare o ricostruire fatti; mentre si attenua grandemente allorché al giudice compete soltanto risolvere questioni interpretative di disposizioni normative».

procedimenti, che è sottratta a ogni forma di pubblicità. Scelta che non ha a che vedere con la tutela dei principi in nome dei quali la pubblicità dovrebbe essere esclusa, ai sensi dell'art. 128 cod. proc. civ., ma che attiene alla volontà di limitare i momenti di controllo dell'attività giurisdizionale e così l'udienza aperta alla presenza del pubblico.

Sotto tale profilo non può fare a meno di osservarsi che, lì dove la partecipazione del pubblico fosse da ostacolo allo svolgimento dell'attività, la registrazione dell'incontro potrebbe costituire idoneo strumento atto, da un lato, a salvaguardare la pubblicità dell'udienza e, dall'altro, il suo tranquillo svolgimento in ipotesi di carenza di spazi idonei alla partecipazione pubblica.

La registrazione delle attività, in altri termini, assolverebbe alla primaria funzione della pubblica udienza (negata oggi spesso per ragioni meramente organizzative): il controllo popolare sull'esercizio della giurisdizione affinché questa non sfoci in arbitrio e sia sempre retta dallo scopo di rendere giustizia. La registrazione dell'udienza allora avrebbe il valore di garanzia e consentirebbe una partecipazione indiretta dei cittadini all'amministrazione della giustizia, i quali acquisirebbero altresì una maggiore fiducia nei confronti negli organi giurisdizionali dello Stato, altrimenti chiusi nei palazzi a compiere attività raramente rese note al pubblico<sup>(23)</sup>.

Non sufficiente infatti appare a tal fine la previsione contenuta nell'art. 126 cod. proc. civ., poiché, attraverso la redazione del

<sup>(23)</sup> In tal senso, v. M. GRADI, *Burocrazia giudiziaria*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2024, p. 779 s., il quale osserva che la visione pubblica delle udienze (attraverso la loro registrazione audiovisiva e conservazione digitale, ma anche attraverso la loro trasmissione in diretta *streaming*), avrebbe il pregio di scongiurare gli abusi nella gestione del processo e favorirebbe comportamenti virtuosi nella classe dei giudici, consapevoli di essere osservati dal tribunale dell'opinione pubblica. Di conseguenza: «Il potere dell'opinione pubblica, così penetrante nell'epoca della connessione permanente, contribuirebbe (...) a limitare la discrezionalità del potere giudiziario, impedendo che degeneri nell'arbitrio. La giustizia non sarebbe più un servizio burocratico impartito dall'alto, ma si realizzerebbe anche grazie allo sguardo silenzioso della comunità. Lentamente si formerebbe una preziosa "cultura della giustizia" e, conseguentemente, una maggiore fiducia dei cittadini nella giustizia amministrata dai tribunali».

processo verbale, si dà atto di quanto avvenuto in udienza, ma in modo non sempre esaustivo e soprattutto non in grado di offrire una completa percezione delle modalità di svolgimento degli eventi.

Il tutto, al netto del fatto che il concreto atteggiarsi dell'udienza, la carenza di personale e le prassi sempre più diffuse nei tribunali italiani non rendono possibile una piena ed effettiva applicazione della disposizione, posto che, molto spesso, sono gli avvocati delle parti a verbalizzare direttamente le loro dichiarazioni e a trascrivere finanche le deposizioni testimoniali <sup>(24)</sup>. Si tratta, quindi, di una previsione che, per un verso, appare obsoleta e, per altro, inattuata <sup>(25)</sup>.

<sup>(24)</sup> Cfr. B. CAVALLONE, *Processo verbale nel diritto processuale civile*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, vol. XV, Torino, 1997, p. 305 s., per il quale l'esperienza quotidiana del processo insegna che il verbale viene redatto spesso da uno dei difensori (ed anzi di solito da un praticante), con scarsissimo rispetto per le forme che sarebbero imposte per la redazione di un atto pubblico; con l'uso di una scrittura il più delle volte indecifrabile e con la prassi di sintetizzare e riassumere anche le dichiarazioni testimoniali «nel gergo del foro, cioè in un linguaggio (talvolta involontariamente comico) che nessuno realmente parla, e solo gli operatori della giustizia scrivono e capiscono». A ciò si aggiunga, come osserva M. GRADI, *L'ipocrisia del legislatore processuale*, in *Studi sulla legge processuale*, a cura di G. Basile, Roma, 2024, p. 109, che nel nostro codice di procedura civile non sono previste sanzioni in caso di mancata partecipazione all'udienza da parte del cancelliere o di sua mancata sottoscrizione del verbale. Con l'effetto di consolidare la prassi in forza della quale il verbale è redatto dagli avvocati, giustificandola alla luce delle gravi carenze di personale di cancelleria.

<sup>(25)</sup> Sul punto, v. L. DITTRICH, *L'assunzione delle prove nel processo civile italiano*, in «Rivista di diritto processuale», 2016, p. 594, il quale osserva che tanto l'art. 126 cod. proc. civ. quanto l'art. 207 cod. proc. civ. descrivono una modalità ottocentesca di registrazione degli eventi processuali: «Tralasciamo il fatto che il cancelliere, quale ausiliare del giudice, non interviene più nei processi civili se non in casi rarissimi, demandandosi così il controllo del verbale e la sua stessa formazione esclusivamente al giudice; ciò che veramente rileva però è che oggi la disponibilità di tecnologie di video registrazione a costi irrisori e ad altissima affidabilità fa apparire la redazione del processo verbale come una procedura di altri tempi». Per l'autore, si tratta di una arretratezza organizzativa e culturale, che non rimane priva di conseguenze sull'efficacia del processo, e in particolare della sua fase istruttoria. Sul tema v. anche M.

Sarebbe allora senz'altro più utile e opportuno sostituire le modalità di verbalizzazione delle attività svolte in udienza, quando non vi siano ostacoli alla pubblicità di quanto avviene alla presenza di giudici e avvocati <sup>(26)</sup>, con la videoregistrazione degli eventi, a cominciare dalle deposizioni testimoniali <sup>(27)</sup>. I tempi dell'udienza e la mancanza di personale all'uopo dedicato impediscono che la verbalizzazione dell'art. 126 cod. proc. civ. possa essere eseguita in modo completo, dovendosi necessariamente procedere a riportare una sintesi di quanto accaduto, con il rischio di tralasciare elementi importanti <sup>(28)</sup>. A questo si aggiunga che attraverso la videoregistrazione si cristallizzano non solo le dichiarazioni, ma anche le modalità con cui sono rese, modalità che altrimenti finirebbero per volatizzarsi e non assumere alcun rilievo <sup>(29)</sup>.

La registrazione dell'udienza avrebbe il privilegio di garantire l'effettivo scambio dialettico tra i protagonisti del processo nonché la piena attuazione del contraddittorio <sup>(30)</sup>, permettendo

GRADI, *L'assunzione delle prove*, in *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile*, a cura di G. Ruffini, Milano, 2019, p. 549 ss.

<sup>(26)</sup> V. *infra*, § 5, per l'impiego della registrazione anche al di fuori della pubblica udienza.

<sup>(27)</sup> Si tratta invero di una prassi attuata spesso nelle udienze arbitrali, previa autorizzazione delle parti.

<sup>(28)</sup> Il nostro codice di rito attribuisce espressamente al giudice del lavoro il potere di autorizzare la sostituzione della verbalizzazione da parte del cancelliere con la registrazione su nastro delle deposizioni dei testi e delle audizioni delle parti o di consulenti (art. 422 cod. proc. civ.).

<sup>(29)</sup> Così L. DITTRICH, *L'assunzione delle prove nel processo civile italiano*, cit., p. 594, per il quale una videoregistrazione integrale, completa delle domande e delle risposte del teste o della parte è certamente più efficace e completa per la formazione del convincimento del giudice, giacché con questa modalità di verbalizzazione si incide sulla modalità di assunzione delle prove: testi, giudice e avvocati possono infatti interagire liberamente, senza le pause rese necessarie dalla redazione del sunto e dalla sua scrittura manuale. Con beneficio della spontaneità della deposizione e dell'efficacia dell'interrogatorio.

<sup>(30)</sup> Sull'idea che il contraddittorio rappresenti una garanzia per perseguire il fine pratico della ricerca della verità e della giustizia sostanziale della sentenza, v. P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1939, I, p. 115; ID., *Il processo come giuoco*, in «Rivista di diritto processuale», 1950, I, p. 27.

altresì che i dati e le percezioni dell'udienza non siano meramente affidati alla memoria (o a processi verbali incompleti e talvolta infedeli), ma possano conservarsi vivi fino al momento della decisione e garantirne quanto più possibile la giustizia e la conformità alla verità materiale o, quantomeno, alla verità emersa nel corso del processo (e non a quella cristallizzata nel verbale) <sup>(31)</sup>.

5. *La registrazione come strumento per garantire la genuinità delle dichiarazioni raccolte.* — Che la videoregistrazione non sia finalizzata solo a preservare la pubblicità dell'udienza e il controllo popolare dell'attività giurisdizionale, ma anche e soprattutto a garantire la conformità tra ciò che avviene e ciò che è verbalizzato e su cui si decide, ce lo dimostra il nuovo art. 473-bis.5 cod. proc. civ., dedicato all'ascolto del minore. In questo caso la registrazione non è posta a presidio della pubblicità.

Il criterio generale che regola l'ascolto è quello secondo cui si deve procedere all'adempimento con modalità che garantiscano sempre serenità e riservatezza. D'altra parte, nel bilanciare la tutela del contraddittorio con quella del minore, la legge attribuisce senz'altro precedenza alla seconda <sup>(32)</sup>, a garanzia dell'effettività dell'ascolto. Pertanto, la partecipazione delle parti è subordinata all'autorizzazione del giudice, garantendosi il contraddittorio *ex post*, dopo l'ascolto, proprio grazie alla videoregistrazione. Con essa, quindi, da un lato si consente la garanzia della riservatezza della parte debole e, dall'altra, si assicura il più corretto svolgimento dell'ascolto, evitando successivi possibili fraintendimenti o dubbi interpretativi rispetto a quanto concretamente avvenuto nel corso dell'esame <sup>(33)</sup>. Si tratta cioè di uno strumento che permette di assicurare la genuinità delle dichiarazioni e soprattutto la loro corretta conservazione e memorizzazione.

<sup>(31)</sup> Contrario alla videoregistrazione delle udienze è invece G. SCARSELLI, *Contro le udienze da remoto e la smaterializzazione della giustizia*, cit., p. 265, secondo cui nessuno strumento informatico è in grado di assicurare il valore dell'udienza pubblica.

<sup>(32)</sup> Sul tema v. R. DONZELLI, *Manuale del processo familiare e minorile*, Torino, 2024, p. 80 s.

<sup>(33)</sup> In tal senso è la relazione illustrativa al d.lgs. n. 149/2022.

A tal fine, in ossequio all'art. 23, lett. s), della legge delega n. 206/2021, la riforma Cartabia ha previsto «in ogni caso» che dell'ascolto del minore sia effettuata registrazione audiovisiva. Si stabilisce cioè, a differenza della regolamentazione previgente, e sempre nell'ottica di offrire una maggiore tutela del minore, che la videoregistrazione rappresenti la modalità principale di ascolto, relegando il processo verbale a modalità sussidiaria<sup>(34)</sup>. Solo qualora per motivi tecnici non sia possibile procedere alla registrazione, il processo verbale dell'ascolto deve descrivere dettagliatamente le dichiarazioni del minore, ovvero si deve trattare di una verbalizzazione quanto più analitica possibile, anche dando conto del contegno del minore.

Tale contegno è certamente percepibile grazie alla videoregistrazione anche riesaminata a distanza di lungo tempo: per mezzo di essa è possibile rivedere e riascoltare il minore, anche più volte, volgendo l'attenzione a dettagli che inevitabilmente sfuggono al processo verbale cartaceo e a un atto processuale dal vivo<sup>(35)</sup>. Con la conseguenza di rendere la videoregistrazione l'unico strumento in grado di far rivivere indefinite volte il momento dell'ascolto in modalità asincrona.

Sembra allora insolito credere che il legislatore abbia voluto prevedere la possibilità di registrazione in un frangente processuale così delicato, pur tutelando serenità e riservatezza, guardan-

<sup>(34)</sup> In tal senso F. MOLINARO, *Ascolto del minore*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, 2<sup>a</sup> ed., a cura di R. Tiscini, Pisa, 2025, p. 869.

<sup>(35)</sup> Così L. QUERZOLA, «Ora il diritto è un fatto essenzialmente spirituale (...)»: *l'ascolto del minore nel rito familiare riformato*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2023, p. 54 s., la quale tuttavia si manifesta estremamente perplessa rispetto all'uso della videoregistrazione dell'ascolto del minore, poiché se da un lato riconosce che offra un beneficio in termini di memorizzazione dell'incontro e delle suggestioni che da esso discendono, dall'altro teme «che sapersi registrati altera il modo di porsi e di parlare, apporta qualche timore e perplessità in più, fa perdere in spontaneità e naturalezza. E questo rischio si correrà dunque anche col minore, almeno quando abbia una certa età, perché evidentemente – anche se la norma non lo dice – il minore capace di farlo dovrà prestare il consenso alla video registrazione e quindi ne sarà consapevole (mentre per il minore incapace dovranno farlo i legali rappresentanti, e dunque il minore potrebbe non essere del tutto consapevole della circostanza di essere “fissato” attraverso lo strumento in questione, risultando di fatto più naturale e spontaneo)».

do ai benefici pratici che da essa possano discendere, e lo abbia negato quando la frazione processuale debba per legge essere pubblica <sup>(36)</sup>.

6. *Il divieto di registrazione delle udienze da remoto.* — L'auspicio che potesse essere introdotta la possibilità di registrazione dell'udienza non ha trovato riscontro nell'ultima riforma del processo civile. Ancorché sia stato dato più ampio spazio all'impiego di tecnologie nel processo, anche attraverso la previsione dello svolgimento di udienze in videoconferenza, la registrazione continua a non essere consentita. Anzi, risulta addirittura vietata.

Con l'art. 127-*bis* cod. proc. civ., il d.lgs. n. 149/2022 ha introdotto, quale modalità alternativa di svolgimento dell'udienza, il collegamento audiovisivo <sup>(37)</sup>. La scelta per l'udienza da remoto è rimessa al giudice, quando non sia richiesta la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti, dal pubblico ministero e dagli ausiliari. È quindi escluso che a questa modalità si possa ricorrere in ipotesi in cui debbano essere escussi testimoni <sup>(38)</sup> o assunte informazioni.

<sup>(36)</sup> V. *infra*, § 6.

<sup>(37)</sup> Si tratta di una modalità già sperimentata nell'epoca dell'emergenza epidemiologica grazie alle previsioni originariamente contenute nell'art. 83, comma 7, lett. f) e h), d.l. n. 18/2020, poi riprese nell'art. 221 d.l. n. 34/2020 e infine incise dal d.l. n. 137/2020: v. U. COREA, *Il diritto di difesa e di accesso alla giustizia civile ai tempi (e oltre) l'emergenza sanitaria*, in <www.judicium.it>, 4 giugno 2020; A. PANZAROLA, M. FARINA, *L'emergenza coronavirus ed il processo civile. Osservazioni a prima lettura*, in <www.giustiziacivile.com>, 18 marzo 2020; I. PAGNI, *Le misure urgenti in materia di giustizia per contrastare l'emergenza epidemiologica: un dibattito mai sopito su oralità e pubblicità dell'udienza*, in <www.judicium.it>, 15 dicembre 2020; V. AMENDOLAGINE, *La nuova modalità di svolgimento dell'udienza al tempo del coronavirus*, in «Giurisprudenza italiana», 2021, p. 606 ss.; P. BIAVATI, *Processo civile e pandemia: che cosa passa, che cosa rimane*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2021, p. 133 ss.; C. CECHELLA, *Trattazione scritta, a distanza, digitalizzazione degli atti: cosa resterà nel processo civile dell'emergenza epidemiologica*, in <www.questionegiustizia.it>, 12 febbraio 2021; G. SCARSELLI, *Contro le udienze da remoto e la smaterializzazione della giustizia*, cit., p. 255 ss.

<sup>(38)</sup> V. sul punto le osservazioni critiche di F. VALERINI, *In difesa dell'udienza da remoto*, in <www.judicium.it>, 29 aprile 2020, il quale osserva che la videoregistrazione dell'udienza di ascolto dei testimoni è una forma senz'altro preferibile rispetto alla verbalizzazione, in funzione di garanzia; in tal senso anche

Stando alla norma, l'udienza da remoto è una opzione percorribile tanto nel caso in cui l'udienza debba svolgersi in forma pubblica <sup>(39)</sup>, quanto nell'ipotesi di udienza riservata alle sole parti, avvocati, giudici e ausiliari <sup>(40)</sup>.

Sul punto non può fare a meno di osservarsi che lo spazio per la pubblica udienza da remoto si riduce a un valore veramente residuale se si pensa che nessun soggetto terzo ed estraneo alle parti del processo può partecipare all'udienza, in ragione

F. CARPI, *Nuove tecnologie e prove*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2021, p. 47 s.; B. BRUNELLI, *Il processo civile telematico che verrà*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2021, p. 976.

<sup>(39)</sup> Sul punto può osservarsi una rilevante differenza tra l'ipotesi in cui il giudice opti – per lo svolgimento della pubblica udienza – per lo schema dell'art. 127-ter o per quello dell'art. 127-bis cod. proc. civ.: solo nel primo caso, infatti, è sufficiente l'opposizione di una sola delle parti affinché il giudice revochi il provvedimento di sostituzione dell'udienza con il deposito di note scritte e fissi l'udienza pubblica in presenza; nell'ipotesi dell'udienza in videoconferenza, invece, indipendentemente dalla previsione della pubblica udienza *ex lege*, l'opposizione di una sola parte non conduce automaticamente a un ripensamento del giudice. Ripensamento che «può anche» condurre alla scelta dell'udienza in presenza per alcune parti e a distanza per altre. Inoltre solo per l'udienza c.d. cartolare è stabilito che si debba dar luogo alla sostituzione dell'udienza quando ne facciano richiesta tutte le parti costituite. Analoga previsione manca per l'udienza in videoconferenza. In altri termini, stando al differente rilievo che l'opposizione della parte riveste a seconda che l'udienza sia quella dell'art. 127-bis o quella dell'art.127-ter cod. proc. civ., nonché alla diversa importanza che l'accordo delle parti assume nell'opzione tra un modello e l'altro di celebrazione della causa, possiamo dedurre che il legislatore abbia attribuito alle parti un potere più incisivo nella scelta del modello di udienza rispetto al giudice solo nell'ipotesi dell'udienza cartolare. Quando invece ricorrano le condizioni stabilite dall'art. 127-bis cod. proc. civ. per lo svolgimento dell'udienza da remoto, allora la valutazione del giudice può prevalere e imporsi su quella delle parti. Si attribuisce quindi maggior rilievo alla volontà delle parti nel determinare il *modus* dell'udienza solo quando il modello prescelto non sia totalmente idoneo a garantire la pubblicità dell'udienza. L'udienza pubblica va quindi di base garantita in modo pieno (cosa che solo l'art. 127-bis cod. proc. civ. consente) e una volta offerta tale possibilità può concedersi alle parti il potere di rinunciarvi.

<sup>(40)</sup> Sul tema v. C. DELLE DONNE, *Disciplina delle udienze*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, 2ª ed., a cura di R. Tiscini, cit., p. 89. È l'art. 196-duodecies disp. att. cod. proc. civ. a preoccuparsi di garantire la riservatezza tutte le volte in cui la trasmissione dell'udienza in videoconferenza non possa svolgersi nelle forme pubbliche.

dell'ambito applicativo soggettivo delineato dall'art. 127-*bis* cod. proc. civ., né – come si dirà a breve – disporre della registrazione dell'incontro <sup>(41)</sup>.

Completa la disciplina delle udienze da remoto l'art. 196-*duodecies* disp. att. cod. proc. civ., che delinea le regole operative essenziali per lo svolgimento della videoconferenza <sup>(42)</sup>.

Cominciamo col dire che viene garantito che l'udienza da remoto si svolga sempre con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio, ad assicurare l'effettiva partecipazione delle parti e, se l'udienza non è pubblica, la sua riservatezza. La realizzazione della pubblicità è invece permessa dalla previsione di tecniche che consentono a terzi, ove stabilito dal codice, di assistere attraverso un *link* all'aula virtuale <sup>(43)</sup>.

È poi espressamente vietata, in conformità al protocollo adottato dal Consiglio superiore della magistratura e dal Consiglio nazionale forense in epoca Covid, la registrazione dell'udienza, fermo restando il dovere dei partecipanti di mantenere attiva la funzione video per tutta la sua durata.

Potremmo, a una prima lettura, immaginare che il divieto di registrazione sia finalizzato alla tutela della riservatezza e che quindi trovi una sua giustificazione nella necessità di garantire che non siano resi visibili momenti riservati dell'udienza. È tuttavia necessario notare che il divieto di registrazione vale anche nell'i-

<sup>(41)</sup> Pone dubbi sulla coerenza della disciplina nelle ipotesi di pubblica udienza F.P. LUISO, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2023, p. 33.

<sup>(42)</sup> Sul tema v. *amplius* A. BONAFINE, *Atti, copie, depositi, contributo unificato nel processo civile telematico*, in *La riforma Cartabia del processo civile*, 2<sup>a</sup> ed., a cura di R. Tiscini, cit., p. 193 s.

<sup>(43)</sup> In questo senso è il provvedimento del 7 dicembre 2023 del Dipartimento del Ministero della giustizia per la transizione digitale della giustizia, l'analisi statistica e le politiche di coesione, per l'individuazione «dei collegamenti audiovisivi a distanza per lo svolgimento dell'udienza e delle modalità attraverso le quali è garantita la pubblicità dell'udienza in cui si discute la causa». All'art. 4 si stabilisce che il *link* per il collegamento da remoto sia pubblicato «in un'apposita sezione del sito istituzionale dell'ufficio giudiziario (...) accompagnato dalla indicazione del numero di ruolo generale del procedimento, idonea a consentirne ai terzi la esatta individuazione». Al termine dell'udienza pubblica, il *link* dovrà poi essere rimosso dal sito a cura del cancelliere.

potesi in cui l'udienza da remoto debba essere pubblica; di talché, in tale ipotesi, risulta difficile riuscire a spiegare le ragioni della scelta normativa.

Il legislatore, infatti, da un lato, si preoccupa che vengano adottate tutte le misure idonee a garantire la pubblicità dell'udienza, quando richiesta dalla legge e, dall'altro, nega espressamente di poter utilizzare, quale mezzo al fine, quello più idoneo a rendere visibile al pubblico quanto accaduto nel corso della sessione in videoconferenza.

Si è già avuto modo di vedere che la registrazione dell'udienza, quando svolta in presenza, può assolvere alla funzione di rendere effettivamente pubblica la sessione di incontro tra parti e giudice, consentendo altresì il controllo sull'attività giurisdizionale da parte del popolo in nome del quale è amministrata.

Se ciò vale per l'udienza in presenza, varrà ancor di più per l'udienza in videoconferenza, rispetto alla quale risulta più difficile garantire la concreta partecipazione di terzi. Ecco quindi che, attraverso la registrazione, si renderebbe possibile consentire quantomeno una pubblicità *ex post*, spesso difficilmente attuabile in concreto *ex ante* <sup>(44)</sup>.

A ciò si aggiunga che, considerate le difficoltà di collegamento che spesso si verificano durante lo svolgimento delle videoconferenze (problemi di rete internet, dispositivi spesso incompatibili e non aggiornati, strumenti a disposizione degli utenti non sempre di qualità o moderni) e, in conseguenza di esse, le difficoltà di procedere alla verbalizzazione completa delle attività e delle dichiarazioni, la registrazione dell'udienza appare qui più necessaria e utile che altrove. Il giudice, gli avvocati e i consulenti avrebbero la possibilità di riascoltare la discussione, focalizzando l'attenzione su elementi che nel corso della videoconferenza potrebbero facilmente sfuggire.

<sup>(44)</sup> Cfr. B. BRUNELLI, *Il processo civile telematico che verrà*, cit., p. 975, secondo la quale la registrazione dell'udienza da remoto renderebbe il suo esito sempre accessibile e rivedibile per il giudice e per le parti del giudizio; avrebbe altresì il pregio di garantire un processo più conforme ai canoni della trasparenza e della c.d. *open justice*.

L'utilità della registrazione poi si apprezzerebbe ancor di più ove venisse ammessa l'udienza da remoto per l'audizione dei testimoni <sup>(45)</sup> (oggi esclusa dall'art. 127-*bis* cod. proc. civ.), consentendo al giudice di verificare, anche in fase decisoria e nei successivi gradi di giudizio, il contegno delle parti e dei testimoni, nonché di riascoltare le rispettive dichiarazioni <sup>(46)</sup>.

Spiace constatare non solo che l'irragionevole divieto di registrazione dell'udienza da remoto sia stata confermata nel codice di rito, ma pure che l'art. 127-*bis* cod. proc. civ. non possa essere impiegato per uno dei fini più utili a cui esso si poteva prestare: l'udienza istruttoria.

Vero è che il legislatore deve tener conto del tempo in cui le leggi sono adottate e delle storture generate dall'avvento dei *social* e dalla bulimia dei mezzi di informazione a sfruttare segmenti di video per finalità che nulla hanno a che vedere con la pubblicità dell'udienza (con uno scollamento forte tra la verità processuale, quella sostanziale e quella popolare). Ma è anche vero che, con l'adozione delle opportune cautele e la previsione di rigide sanzioni per l'uso improprio delle registrazioni, lo stabile inserimento nella normativa processuale della possibilità di partecipare all'udienza da remoto potrebbe essere l'occasione per sfruttare al meglio i benefici delle nuove tecnologie, anche quanto alla documentazione dell'attività processuale <sup>(47)</sup>.

<sup>(45)</sup> In tal senso, v. G. RUFFINI, *Emergenza epidemiologica e processo civile*, in <[www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)>, 12 febbraio 2021.

<sup>(46)</sup> Sarebbe però opportuno prevedere una procedura che garantisca la corretta identificazione del teste.

<sup>(47)</sup> V. ancora G. RUFFINI, *Emergenza epidemiologica e processo civile*, cit.

## Abstract

Il saggio analizza il tema della registrazione dell'udienza nel processo civile, a partire da un caso deciso dal Consiglio nazionale forense. L'autrice evidenzia come la registrazione occulta dell'udienza, pur non rilevando penalmente, possa configurare una violazione dei doveri di lealtà e correttezza professionale dell'avvocato ai sensi dell'art. 38 del codice deontologico forense. Attraverso un'analisi sistematica, il saggio affronta la qualificazione dell'udienza come riunione soggetta a consenso per la registrazione, il principio di pubblicità dell'udienza come garanzia democratica, il ruolo della registrazione nel rafforzare la trasparenza e la genuinità delle dichiarazioni, le implicazioni della videoregistrazione nell'ascolto del minore e, infine, il divieto normativo di registrazione delle udienze da remoto, nonostante le potenzialità offerte dalle tecnologie digitali. L'autrice svolge una riflessione critica sulla tensione tra le esigenze di riservatezza, la tutela del contraddittorio e il controllo pubblico dell'attività giurisdizionale, suggerendo che una regolamentazione più aperta e consapevole della registrazione potrebbe contribuire a una giustizia più trasparente, partecipata e fedele alla verità.

*The essay examines the issue of recording hearings in civil proceedings, starting from a case decided by the National Bar Council. The author highlights how covert recording of the hearing, although not constituting a criminal offense, may amount to a breach of the lawyer's duties of loyalty and professional integrity under Article 38 of the Italian Code of Legal Ethics. Through a systematic analysis, the essay addresses the characterization of the hearing as a meeting requiring consent for recording, the principle of public hearings as a democratic safeguard, the role of recording in enhancing transparency and the reliability of statements, the implications of video recording in the context of child testimony, and, finally, the statutory prohibition on remote recording of hearings, despite the potential offered by digital technologies. The author provides a critical reflection on the tension between confidentiality, the protection of adversarial rights, and public oversight of judicial activity, suggesting that a more open and thoughtful regulatory framework for recordings could contribute to a justice system that is more transparent, participatory, and faithful to the truth.*

## VISIONI

---

ANGELO DONDI

*Professore emerito nell'Università di Genova*

### L'AVVIO DI UNA NUOVA PROSPETTIVA E I SUOI BASICI REFERENTI NELLE CULTURE GIURIDICHE STRANIERE

Risulta molto difficile e al contempo superfluo dare conto del compiacimento e dell'emozione vera con la quale chi scrive ha accolto la creazione di una rivista come questa. Tentando di evitare per quanto possibile facili ma soprattutto patetici autobiografismi, a queste iniziali sensazioni sento il dovere di aggiungere qualche rapidissima e spero non disturbante considerazione in merito a ciò che altrimenti non saprei definire se non utilizzando un termine «straniero» come *legal ethics* e in ogni caso prospettiva di *legal ethics*.

È questo un riferimento che comporta anzitutto un problema di contestualizzazione su vari livelli esplicativo di differenze radicali e di divaricazioni culturali davvero incisive. Il che, come il titolo di queste povere considerazioni segnala, rende inevitabile caratterizzare anche in chiave diacronica questa pur brevissima ricognizione, tentando in contemporanea anche di dare in qualche modo conto del permanere di un circostante *background* di opzioni culturali radicate quanto apparentemente inconciliabili. Ciò detto, è anche del tutto scontato che quello che qui mi assumo costituisce dunque un compito a tutti gli effetti arduo e rispetto al quale saranno evidenti le mie personali inadeguatezze.

Invero, superando con un simile *caveat*, le relative incertezze e assumendo un atteggiamento molto assertivo, confesso di ritenere specificamente se non addirittura essenzialmente processuale nel-

la cultura giuridica il *côté* etico. Questa «presa di posizione» evidentemente intende affermare una configurazione del tema etico che – in assoluto, non si può che riconoscerlo – potrebbe apparire settorializzante e addirittura limitativa. Ma non credo sia così.

La mia opinione è che, anzi, proprio una tale contestualizzazione processuale rappresenti sotto vari profili non solo il punto di vista più appropriato per affrontare in maniera adeguata la prospettiva etica nel campo del diritto, ma anche quello che consente l'estensione dell'elaborazione dei problemi connessi ad altri settori del diritto e dell'indagine sociale. Aggiungerei che, in altri termini, l'approccio processuale costituisce sia il vero nucleo fondante di una prospettiva etica in campo giuridico sia anche la sua condizione di esistenza. E ciò, sintetizzando all'estremo, essenzialmente in ragione della circostanza che si tratta di un approccio avente fondamenti di carattere storico, tecnico-processuale e soprattutto comparatistico.

Se pure non assente in assoluto, costituisce invero un dato di fatto oggettivamente riscontrabile nel corso del tempo che nella cultura giuridica europeo-continentale il tema della conformazione a criteri di buon comportamento dell'attività svolta da soggetti tecnici del processo come gli avvocati non trovi che occasionali e del tutto infrequenti emersioni. Altrettanto pacifica è peraltro da ritenersi la circostanza che, in questo contesto culturale, il tema non sia pervenuto a configurarsi in senso proprio come una prospettiva di analisi – in chiave processuale o non – dei fenomeni giuridici. E che, comunque, non sia pervenuta a caratterizzare in qualche modo significativamente il dibattito giuridico.

Tutto ciò per dire che ritengo si debba ormai ammettere pacificamente che se oggi, molto meritoriamente, anche presso di noi – intendendo non solo noi italiani ma noi «europeo-continentali» – si può constatare la diffusione di una prospettiva di sguardo al diritto implicante il versante etico, è soprattutto perché tale prospettiva è stata declinata in chiave di attenzione all'operare dell'avvocato in un contesto, ancorché molto allargato e variamente configurabile, processuale. Ma ciò anche per segnalare, del resto piuttosto prevedibilmente, un altro dato ormai da catalogare come altrettanto meritorio. Mi riferisco alla circostanza che il tra-

mite di tale odierna attenzione sia da individuare principalmente nel raffronto comparato con gli ordinamenti nei quali, come soprattutto quello statunitense, l'approccio di *legal ethics* ha avuto un'elaborazione speciale e a vari livelli impareggiabile.

Non appare invero negabile che, specie a questo riguardo, la ricerca comparatistica ha dimostrato la sua concreta utilità; al punto da potersi considerare un presupposto pressoché essenziale, e comunque necessario, dell'apertura metodologica e culturale testimoniata appunto dall'apparire di questa rivista. Il riferimento è, inevitabilmente dopo quanto detto, alla comparazione in ambito processuale, che in Italia ha avuto nelle «scuole» di Firenze e di Pavia due centri di elaborazione notoriamente apprezzati a livello mondiale. Ma credo che la comparazione processuale italiana della seconda metà del XX secolo si segnali soprattutto per l'assunzione di un approccio di attenzione per così dire rispettosa e per lo sguardo dall'interno rivolto ai caratteri delle culture giuridiche anglosassoni.

È in ciò che si fonda la particolare attenzione non al rinvenimento negli altri diritti delle prospettive già presenti nel nostro ordinamento e nella nostra cultura giuridica, ma ai valori più rilevanti e al dibattito in corso nel referente straniero; il tutto con una costante aspirazione al rinvenimento nell'altro di suggestioni e soluzioni utili per intraprendere un effettivo percorso di riforma del nostro diritto. Ed è su questa linea che, si giustifica lo sguardo al processo civile come... ciò che effettivamente conta, in quanto articolatamente disciplinato sul piano normativo ed effettivamente percepito come corrispondente all'idea di diritto nella cultura del mondo anglosassone. Il tutto con una fondamentale aggiunta, posta la pressoché ineluttabile trasformazione in processo/controversia (civile, in totale prevalenza) non solo dei conflitti, ma estensivamente anche della maggior parte dei problemi emergenti specie nella *litigious society* statunitense.

Invero, è intorno a questa assoluta centralità del processo civile come generale e sostanzialmente unico strumento di *redress* che, già dall'ultimo decennio del XIX secolo, ma con una netta accelerazione a partire dagli anni Trenta e Quaranta del XX secolo, si concentra il nucleo del dibattito dottrinale e del *case law*

in particolare della Corte suprema federale. In questo contesto, e come ormai ampiamente noto, è tuttavia l'estensione e la trasformazione della conflittualità civile intorno agli anni Sessanta e Settanta che, rendendo manifesta l'inadeguatezza della versione originaria delle *Federal Rules of Civil Procedure* del 1938, impone radicali rinnovamenti nella disciplina ma soprattutto nella *philosophy* del processo civile.

Ciò che, sulla scorta di quanto segnalato nel tempo dalla dottrina comparatistica italiana, qui rileva in particolare evidenziare è l'approccio per nulla concettualistico ma, per contro, essenzialmente funzionalistico che caratterizza l'elaborazione realizzata a questo proposito dalla dottrina e dalla giurisprudenza statunitensi. In effetti, coerentemente con tale prospettiva, le trasformazioni necessarie vengono essenzialmente individuate nello svolgimento concreto delle attività processuali, pertanto nella trasformazione dei relativi meccanismi e momenti topici anche, se non soprattutto, attraverso un'attenzione molto specifica ai comportamenti dei soggetti tecnici del processo, alle loro reciproche interrelazioni e in definitiva ai loro rispettivi ruoli. Ed è su questa linea che credo si possa affermare che l'approccio statunitense assume un rilievo di vero *exceptionalism* specie per quanto concerne una diffusa attitudine di *legal ethics* nello sguardo al funzionamento del processo civile.

Riguardo alle riforme che hanno trasformato nel profondo l'assetto processuale di tale ordinamento una circostanza appare particolarmente interessante. Tale contingenza, attraverso la quale si avvia una sequela di cruciali *Amendments* tuttora in via di realizzazione, risale al 1983 ed è segnata da un'assoluta contemporaneità con l'elaborazione di una disciplina di fondamentale rilievo per quanto qui interessa. Il riferimento è ovviamente alle *Model Rules of Professional Conduct* messe a punto da una speciale commissione dell'*American Bar Association* ed in effetti entrate in vigore nella loro versione originale – che in seguito sarà oggetto di numerose successive revisioni, peraltro di dettaglio – in quello stesso anno.

Si tratta di una contemporaneità per certo non casuale e che *in primis* indica una contiguità unica – in quanto non esistente in

altri ordinamenti – della disciplina generale del processo civile e di quella di etica della professione legale. Il tutto, pur nella sintesi estrema di questi pochi cenni, con una doverosa aggiunta. Specie nella prospettiva di *legal ethics* che qui si assume, questo dato segnala, infatti, anche e soprattutto altro: e cioè che si può fare consistere il carattere distintivo ed emblematico della cultura giuridica statunitense dell'ultimo cinquantennio nella speciale concentrazione sulla figura e sulla funzione dell'avvocato del dibattito relativo alla riforma del processo civile.

Non risolvibile agevolmente – e forse anche frettolosamente – come un mero portato della caratterizzazione empirica comunemente attribuita alle culture anglosassoni, questo aspetto a parere di chi scrive appare, se riferito opportunamente al contesto statunitense, pregno di implicazioni. Prescindendo *ex professo* da quelle di ordine sociologico, antropologico e *at large* storico, qui in conclusione mi limiterei a soffermarmi molto brevemente su quelle di carattere «tecnico» e comunque concernenti il funzionamento concreto del meccanismo processuale. Invero, credo si possa affermare che l'attenzione alle attività dell'avvocato ha rappresentato a tutti gli effetti una riconosciuta necessità di reazione alle prassi abusive del meccanismo processuale attraverso interventi trasformativi tanto della cultura dell'avvocatura che della *philosophy* generale del processo. Il tutto sulla linea del doveroso superamento dei canoni tradizionali di *adversariness* e della loro sostituzione con l'adozione di una cultura di leale cooperazione, fra le parti ma soprattutto fra i loro difensori tecnici; e ciò sia nella loro reciproca interazione sia, e direi soprattutto, ispirando a un generale criterio di *candor* il rapporto con il giudice.

Non è certo questo il luogo per stabilire se un obiettivo di trasformazione tanto ambizioso sia stato raggiunto da parte della cultura giuridica statunitense a noi contemporanea. Sembra che in merito si possa tuttavia formulare quantomeno una considerazione, in funzione tanto conclusiva che contempo anche di viatico. Per concludere, vorrei ribadire l'intento di segnalare qui la sostanziale imprescindibilità della caratterizzazione processuale – certo, anche calata in un approccio di raffronto comparato – di un discorso intorno all'etica come *legal ethics*. In chiave di viatico,

esprimo la speranza che l'assunzione di un approccio metodologico di *legal ethics* sia ispirato a una prospettiva di riforma effettiva del processo civile. Una prospettiva di riforma che si fondi appunto sulla coscienza (in analogia con la definizione statunitense di *law of lawyering* e l'inevitabile necessità di sanzionare i comportamenti processuali impropri) della imprescindibilità di una configurazione etica dell'attività processuale dell'avvocato.

JOAN PICÒ I JUNOY

*Professore ordinario nella Universitat Pompeu Fabra di Barcelona*

IDEOLOGIA E PROCESSO  
LA BUONA FEDE PROCESSUALE  
E I POTERI ISTRUTTORI DEL GIUDICE (\*)

SOMMARIO: 1. Introduzione. – SEZIONE I: *La buona fede processuale: negazione o riconoscimento?* – 2. Posizione personale. – 3. Giustificazione. – 4. La buona fede processuale come espressione dell'autoritarismo giudiziario. – 5. L'errore metodologico. – 6. Limiti del principio della buona fede processuale: «in medio virtus». – 7. Considerazioni conclusive. – SEZIONE II: *L'iniziativa probatoria del giudice: né tutto né niente.* – 8. Posizione personale. – 9. Giustificazione. – 10. Profili ideologici del dibattito sull'iniziativa probatoria «ex officio judicis». – 11. Limiti all'iniziativa probatoria del giudice: «in medio virtus». – 12. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione.* — Il tema dell'ideologia e della sua relazione con il processo è particolarmente complesso e può essere affrontato da una molteplicità di prospettive, tutte in qualche misura legittime, tranne una, alla quale mi riferirò più avanti. In questo senso, il *Dizionario di politica* di Norberto Bobbio e Nicola Matteucci introduce il concetto di «ideologia» sottolineando che tanto nel linguaggio politico pratico, quanto in quello della filosofia, della sociologia e della scienza politica non esiste forse alcuna

(\*) Traduzione italiana, a cura di MARCO GRADI, del saggio di J. PICÒ I JUNOY, *Ideología y proceso... in medio virtus*, pubblicato originariamente in «Justicia: revista de derecho procesal», 2016, n. 2, pp. 79-114, ripubblicato in versione rivista e aggiornata in J. PICÒ I JUNOY, *Estudios sobre el Proceso y la Justicia*, Lima, 2023, vol. I, *Estudios sobre el derecho a la tutela judicial*, pp. 29-54.

parola che sia alla pari con ideologia per la frequenza con cui è utilizzata e, soprattutto, per la gamma di significati diversi che le sono attribuiti <sup>(1)</sup>.

Nel mio approccio al tema, prenderò le mosse da due delle principali prospettive attraverso le quali si può osservare il rapporto tra ideologia e processo: *a)* la prima riguarda il contenuto della regolamentazione normativa del processo; *b)* la seconda concerne la logica e la direzione delle sue riforme.

*a)* Dal punto di vista della regolamentazione della disciplina processuale, ossia di come il processo dovrebbe essere strutturato, è consueto distinguere due grandi modelli ideologici, che hanno origine nel mondo delle idee politiche: il liberalismo e l'interventismo.

Si potrebbe discutere quali istituti o quali principi del processo siano espressione dell'una o dell'altra ideologia. Potremmo anche stilare un elenco di tali aspetti, ma con tutta probabilità su molti di essi vi sarebbe disaccordo. In tal senso, è particolarmente interessante lo studio di Andrea Proto Pisani, che propone una catalogazione di circa trentaquattro elementi caratterizzanti i modelli ideologici del processo <sup>(2)</sup>. Lo stesso autore, tuttavia, riconosce – e non potrebbe essere altrimenti – che non esiste un «ordinamento puro» che adotti *in toto* uno schema ispirato al liberalismo o, viceversa, all'interventismo.

La costituzionalizzazione del processo ha inciso specialmente sulle garanzie processuali delle parti <sup>(3)</sup>, e non invece sui model-

<sup>(1)</sup> Per questa definizione, v. M. STOPPINO, *Ideología*, in *Diccionario de política*, vol. A-J, diretto da N. Bobbio e N. Matteucci, México, 1982, p. 785: «*Tanto en el lenguaje político práctico, como en el de la filosofía, de la sociología y de la ciencia política no existe quizás ninguna palabra que esté a la par de ideología por la frecuencia con que es empleada y, sobre todo, por la gama de significados distintos que le son atribuidos*» (per l'edizione italiana originale, v. ID., *Ideologia*, in *Dizionario di politica*, diretto da N. Bobbio e N. Matteucci, Torino, 1976, p. 464).

<sup>(2)</sup> Mi riferisco al saggio di A. PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato*, in «Il foro italiano», 2000, V, cc. 73-87.

<sup>(3)</sup> A questo proposito, rimando a J. PICÓ I JUNOY, *Las garantías constitucionales del proceso*, 2ª ed., Barcelona, 2011 (la prima edizione è del 1997).

li o sui sistemi processuali. In questo ambito, le Costituzioni del secondo dopoguerra sono solite riconoscere il diritto di proprietà e il principio della libera economia di mercato come strumenti di funzionamento economico della società; ma anche la «giustizia» come valore essenziale delle nostre società, unitamente all'effettività della tutela giurisdizionale come diritto dei cittadini. Questi due valori costituzionali ci spingono in direzioni ideologiche differenti: il primo ci induce a dare maggior valore alle idee liberali, caratterizzate dalla disponibilità dei diritti, mentre il secondo ci porta a dare più valore alle idee pubblicistiche.

A mio avviso, è sempre opportuno evitare estremismi ideologici e ricercare, per quanto possibile, un punto di equilibrio tra le due contrapposte visioni. Nei paragrafi che seguono cercherò quindi di applicare il principio *in medio virtus* all'ideologia del liberalismo e dell'interventismo in due specifici e controversi ambiti del diritto processuale.

b) In secondo luogo, dal punto di vista delle riforme legislative in materia processuale, trovo particolarmente utile il significato attribuito al termine «ideologia» dal *Diccionario jurídico* della lingua spagnola curato dalla *Real Academia española*, secondo cui l'ideologia è un insieme di idee relative alla realtà sociale, politica, economica o religiosa, orientate alla conservazione dell'ordine esistente (ideologie conservatrici); alla sua trasformazione, che può essere radicale e improvvisa (ideologia rivoluzionaria) oppure graduale (ideologia riformista); o ancora alla restaurazione di un ordine precedente (ideologie reazionarie) <sup>(4)</sup>. Ciò che mi ha colpito maggiormente, leggendo la definizione di «ideologia reazionaria», è quanto sia adatta a descrivere ciò che negli ultimi anni è stato autodefinito «garantismo processuale»: se, infatti, tale garantismo tende a recuperare postulati ideolo-

<sup>(4)</sup> Si veda il *Diccionario jurídico del español*, pubblicato a cura della *Real Academia española de la lengua* e dal *Consejo general del poder judicial*, diretto da S. Muñoz Machado, Barcelona, 2016, p. 891: «*Conjunto de ideas sobre la realidad social, política, económica, religiosa, etc., que pretende la conservación del sistema (ideologías conservadoras); su transformación, que puede ser radical y súbita (ideología revolucionaria) o paulatina (ideología reformista); o la restauración de un sistema previamente existente (ideologías reaccionarias)*».

gici propri della fine del XIX secolo, allora – imponendo l'uso corretto del linguaggio – si potrebbe parlare di un vero e proprio «reazionarismo processuale».

Concludo questa introduzione sul rapporto tra ideologia e processo segnalando un aspetto che, a mio parere, ha determinato una frattura ideologica profonda tra gli studiosi del diritto processuale: mi riferisco alla contrapposizione tra il cosiddetto «garantismo processuale», che propugna una visione «minimalista» dell'intervento giudiziario <sup>(5)</sup>, e l'«attivismo processuale», caratterizzato dall'iniziativa del giudice nello svolgimento del processo.

Il movimento del «garantismo processuale» mira a ricondurre istituti processuali propri dell'interventismo giudiziario a contesti storici e a codici elaborati in epoche autoritarie. Ne consegue una pericolosa tendenza a etichettare come autoritari o antidemocratici tutti quegli strumenti che non rientrano nella cosiddetta autodefinita visione «garantista». In tale prospettiva, chiunque si discosti dalla visione «minimalista» del ruolo giudiziario rischia di essere implicitamente (e a volte anche esplicitamente) bollato come «non garantista», quindi come «fascista» o «autoritario», così compromettendo qualsiasi possibilità di dialogo. Per tali ragioni, ho già denunciato la distorsione perversa del dibattito ideologico del processo nel mio saggio pubblicato negli studi in onore di Giuseppe Tarzia, che aveva un titolo molto esplicativo: «*Il diritto processuale tra garantismo ed efficacia: un dibattito mal impostato*» <sup>(6)</sup>.

Tornando ai modelli ideologici «puri» del processo (quello liberale e quello interventista), la verità è che entrambi presentano indubbe criticità.

<sup>(5)</sup> In questi termini, v. J.W. PEYRANO, *Acerca de los «ismos» en materia procesal civil*, in Id., *Herramientas procesales*, Santa Fe, 2013, p. 404, il quale parla di «*minimalismo judicial*».

<sup>(6)</sup> Mi riferisco a J. PICÓ I JUNOY, *Il diritto processuale tra garantismo ed efficacia: un dibattito mal impostato*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*, Milano, 2005, vol. I, pp. 213-230. Vedine anche la versione spagnola: Id., *El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, in *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, a cura di J. Montero Aroca, Valencia, 2006, p. 109 ss.

Il primo modello, quello liberale, escludendo ogni forma di iniziativa del giudice, rischia di compromettere l'efficacia del processo come strumento per la tutela giurisdizionale dei diritti. Non si può, a mio avviso, difendere il liberalismo processuale prescindendo dalla funzione costituzionale del processo, che si rinviene nella tutela giurisdizionale effettiva degli interessi in conflitto.

Tuttavia, il secondo modello, quello interventista, enfatizzando al massimo il ruolo attivo del giudice con lo scopo di realizzare la massima efficacia della tutela giurisdizionale, può compromettere alcune garanzie fondamentali del processo e, specialmente, il diritto di difesa delle parti. In altre parole, a mio parere, il liberalismo esasperato può generare l'inefficacia del processo; ma il perseguimento dell'efficacia in modo assoluto può favorire la violazione delle garanzie fondamentali dell'attività del giudice (con il suo dovere di imparzialità) e delle parti (con i loro diritti alla difesa).

Per questo motivo, sinceramente, credo che il dibattito fra liberalismo e interventismo, cioè fra libertà ed efficacia, non debba essere impostato in termini di prevalenza dell'uno sull'altro, bensì come una ricerca delle loro possibile compatibilità. Soltanto una visione molto limitata esamina i fenomeni in bianco e nero, disdegnando le sfumature di grigio. Si dovrebbe invece perseguire il risultato della massima efficacia del processo, rispettando sempre le garanzie processuali del giudice e delle parti.

Pertanto, ritengo che nella polemica ideologica sul processo ciò che davvero conta non sia tanto ricercare l'origine storica di un istituto, né concentrarsi soltanto sul regime politico in cui è stato elaborato, quanto piuttosto analizzare se tale istituto sia o meno idoneo a garantire la migliore giustizia possibile nella risoluzione dei conflitti, senza sacrificare alcuna garanzia processuale.

In questo lavoro mi concentrerò soltanto su due aspetti fondamentali del diritto processuale, già oggetto delle mie precedenti riflessioni, che ritengo emblematici della tensione tra i due modelli ideologici e che offrono margini significativi per una sintesi equilibrata. Come è noto, la regola «*in medio virtus*» è un'espressione aristotelica che indica la virtù dell'equilibrio tra posizioni radica-

li <sup>(7)</sup>. Anche nel diritto processuale, molte dottrine contrapposte possono essere avvicinate in una prospettiva di avvicinamento al giusto punto di equilibrio.

All'inizio di ciascuna sezione, esporrò la mia posizione personale, che verrà poi articolata e giustificata in modo più dettagliato e puntuale.

## SEZIONE I

### *La buona fede processuale: negazione o riconoscimento?*

2. *Posizione personale.* — Ogni soggetto giuridico ha il pieno diritto di esercitare la propria difesa in giudizio, scegliendo le strategie processuali che ritiene opportune. Tale prerogativa, tuttavia, incontra un limite importante nel principio della buona fede processuale, inteso in senso restrittivo: esso opera nei soli casi in cui il comportamento processuale di una parte comprometta i diritti fondamentali di natura processuale della parte avversaria, ossia della parte contrapposta a quella che presumibilmente agisce in mala fede.

3. *Giustificazione.* — Uno dei temi classici che ciclicamente torna al centro del dibattito dottrinale in ambito processuale è quello della necessità, o quantomeno dell'opportunità, di riconoscere giuridicamente l'esigenza per le parti di agire in buona fede <sup>(8)</sup>, con l'effetto di porre limiti all'esercizio del loro diritto

<sup>(7)</sup> ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, libro II, cap. 6: con tale espressione si intende infatti che la giusta misura delle cose sta nel mezzo, essendo l'eccesso o il difetto ciò che distrugge la virtù; per questo bisogna sempre cercare il punto medio tra i due estremi.

<sup>(8)</sup> Al riguardo, rinvio a J. PICÓ I JUNOY, *El principio de la buena fe procesal*, 2ª ed., Barcelona, 2013 (la prima edizione è del 2003). Nella dottrina italiana, v. gli scritti contenuti nel volume *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, a cura di M. Taruffo, The Hague-London-Boston, 1999; nonché M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2012, pp. 117-140 (che costituisce il suo ultimo contributo a una delle sue principali linee di ricerca); v. inoltre, i

fondamentale alla difesa. Tale impostazione ha indotto una parte della dottrina a ritenere che ci si trovi di fronte a un principio dal carattere autoritario <sup>(9)</sup>.

Per affrontare correttamente questo tema, ritengo che sia necessario partire dal presupposto che ogni attività processuale posta in essere dalle parti debba presumersi come il frutto del legittimo esercizio del suo diritto fondamentale alla difesa. Ne consegue che qualsiasi limite a tale diritto deve essere interpretato in senso restrittivo. In quest'ottica, condivido l'idea secondo cui l'abuso del processo – e, più in generale, la valutazione giudiziale della mala fede processuale – costituisca una categoria da applicare con particolare cautela e in termini necessariamente restrittivi. Ciò detto, questo non implica che nel processo tutto sia lecito, né che il diritto di difesa possa giustificare qualunque condotta. Allo stesso tempo, però, non si può ritenere che l'introduzione del dovere di agire con buona fede processuale sia di per sé espressione di una concezione autoritaria del processo: tesi, questa, sostenuta da alcuni autori, che mi propongo ora di illustrare e di sottoporre a vaglio critico.

4. *La buona fede processuale come espressione dell'autoritarismo giudiziario.* — Il principio di buona fede processuale rappresenta la trasposizione nell'ambito giurisdizionale del più ampio principio generale di buona fede. Quest'ultimo non deve spiegare i suoi effetti soltanto nel campo del diritto privato, ma anche

numerosi libri pubblicati sull'argomento con riferimento al processo civile: F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, voll. I-II, Padova, 2000; C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo nel diritto romano*, Milano, 2002; M.F. GHIRGA, *La meritevolezza della tutela richiesta: contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004; ID., *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012; L.P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del giusto processo*, Torino, 2004; G. NICOTINA, *L'abuso nel processo civile*, Roma, 2005; F. MACIOCE, *La lealtà: una filosofia del comportamento processuale*, Torino, 2005; M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018; con riguardo al processo penale, v. inoltre E.M. CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004; C. SANTORIELLO, *L'abuso del processo*, Pisa, 2021.

<sup>(9)</sup> Ho analizzato approfonditamente questo tema in J. PICÒ I JUNOY, *La buona fede processuale: una manifestazione dell'autoritarismo giurisdizionale?*, in «Rivista di diritto processuale», 2013, pp. 171-181.

in quello del diritto pubblico <sup>(10)</sup>, al fine di garantire un livello minimo di correttezza e lealtà in tutte le relazioni giuridiche. Ne consegue che non vi è motivo di escluderne l'applicazione anche nell'ambito del diritto processuale, purché entro limiti rigorosi e proporzionati.

Tuttavia, parte della dottrina ha sollevato riserve critiche nei confronti di tale principio, ritenendo che esso possa nascondere una impostazione autoritaria, ereditata dalle codificazioni processuali di epoca fascista. In tal senso, per esempio, Juan Montero Aroca ha definito la buona fede processuale un mito con origini molto chiare nella storia delle norme processuali, richiamando il codice di procedura civile italiano e quello sovietico, elaborati in contesti totalitari. Secondo l'autore, le reiterate affermazioni secondo cui il processo sarebbe uno strumento di collaborazione tra giudice, parti e avvocati per il raggiungimento della verità o della giustizia materiale riflettono un presupposto ideologico ben preciso: la negazione del diritto dei cittadini a «combattere» per ciò che ritengono loro, servendosi di tutti gli strumenti messi a disposizione dal sistema giuridico. In questa prospettiva, soltanto un giudice autoritario – fascista o comunista, che si percepisce investito di una missione quasi divina – può pretendere di rendere giustizia tra gli uomini. Il giudice liberale e garantista, al contrario, si limita, con maggiore umiltà, a dare attuazione al diritto positivo, applicando la legge nel rispetto delle garanzie processuali <sup>(11)</sup>.

<sup>(10)</sup> Lo ha sottolineato in questi termini F. GORPHE, *Le principe de la bonne foi*, Paris, 1928, p. 106.

<sup>(11)</sup> Questa è la posizione di J. MONTERO AROCA, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: los poderes del juez y la oralidad*, Valencia, 2001, pp. 106-108, ove si legge testualmente: «*las repetidas alusiones a que el proceso es un medio para que las partes y sus abogados colaboren con el juez en la obtención de lo más justo, en el descubrimiento de la verdad o de la justicia material, sólo se comprenden en un contexto ideológico que parte de dar como sobreentendido que los ciudadanos no tienen derecho a “pelear” por lo que crean que es suyo y a hacerlo con todas las armas que les proporciona el ordenamiento jurídico. Sólo el juez autoritario, fascista o comunista, lo mismo da, es el juez que se cree ungido, por no se sabe muy bien qué fuerza de la divinidad o del destino, para hacer justicia entre los hombres. El juez liberal y garantista se limita, más modestamente, a pretender hacer efectivo el derecho positivo entre los ciudadanos, a*

5. *L'errore metodologico*. — Il fatto che l'obbligo di agire con probità o buona fede processuale compaia in alcuni codici elaborati in contesti autoritari non comporta necessariamente che ciò debba essere considerato il frutto di un'impostazione autoritaria<sup>(12)</sup>. La qualità o meno di una norma dipende essenzialmente dal suo contenuto e dalla sua portata, piuttosto che dall'epoca storica in cui è stata redatta, dall'ideologia del legislatore o dalla prassi applicativa nel contesto forense. Possono esistere, dunque, codici processuali di grande rigore scientifico o, al contrario, tecnicamente inadeguati, a prescindere dalla loro origine più o meno liberale o sociale<sup>(13)</sup>. A sostegno di questa tesi, si possono richiamare quattro esempi.

a) Il principio della buona fede processuale, pur essendo stato accolto nel § 138, comma 1, della *Zivilprozessordnung* tedesca

*aplicar la ley*». Secondo questo autore, la legge dovrebbe limitarsi a sanzionare la mala fede processuale e non stabilire l'obbligo generico di agire con buona fede processuale: v. ID., *Sobre el mito autoritario de la «buena fe procesal»*, in *Proceso civil e ideología*, a cura di J. Montero Aroca, cit., p. 349.

Tuttavia, seguendo M.J. CACHÓN CADENAS, *La buena fe en el proceso civil*, in «Justicia: revista de derecho procesal», 2005, n. 1-2, p. 30, ritengo sterile discutere se sia più corretto, da una prospettiva puramente logica o semantica, esigere che le parti agiscano con buona fede processuale oppure vietare loro la mala fede processuale, «*por la sencilla razón de que, siendo lo bueno lo contrario de lo malo, no hay zonas intermedias entre, por un lado, el deber genérico de actuar con buena fe procesal, y, por otro lado, la prohibición, también genérica, de obrar con mala fe procesal*» (per la semplice ragione che, essendo il bene il contrario del male, non esistono zone intermedie tra, da un lato, il dovere generico di agire con buona fede processuale e, dall'altro, il divieto, anch'esso generico, di agire con mala fede processuale). Di conseguenza, in ciascun processo è legittimo esigere che ogni soggetto coinvolto agisca con buona fede processuale o, se si preferisce dirlo in altri termini, che gli sia vietato agire con mala fede processuale.

<sup>(12)</sup> Su questo aspetto, rinvio a J. PICÒ I JUNOY, *La buona fede processuale*, cit., pp. 172-176.

<sup>(13)</sup> Rispetto all'erroneo approccio di giudicare un'istituzione giuridica solo in funzione dell'epoca storica in cui è sorta, rimando a J. PICÒ I JUNOY, *Il diritto processuale tra garantismo ed efficacia*, cit., pp. 228-230; e ID., *I principi del nuovo processo civile spagnolo*, in «Studi in memoria di Angelo Bonsignori», Milano, 2004, pp. 554-555, pubblicato anche in «Rivista di diritto processuale», 2003, pp. 69-70.

(ZPO), a seguito della riforma del 27 ottobre 1933 <sup>(14)</sup>, promossa da un regime autoritario, non rappresenta certamente un'invenzione del Terzo *Reich*. Come dimostra l'eccellente studio di Kaethe Grossmann, tale principio era già stato formulato in almeno tre precedenti occasioni: nel progetto relativo alla semplificazione giudiziaria del 1923, nel progetto di riforma del processo tedesco del 1928 e nel progetto ufficiale del nuovo codice processuale civile del 1931. Pertanto, come osserva l'autrice, sarebbe errato ritenere che l'introduzione del § 138, comma 1, ZPO sia frutto della legislazione nazionalsocialista, poiché tale norma è stata semplicemente ripresa dai lavori legislativi precedenti, quasi senza alterazioni del testo <sup>(15)</sup>.

b) La *Zivilprozessordnung* tedesca ha subito numerose e profonde riforme a partire dal 1933. Tuttavia, il § 138, comma 1, ZPO è rimasto invariato, a conferma della validità «democratica» del suo contenuto.

c) L'obbligo di agire con buona fede processuale è attualmente riconosciuto nei codici di rito civile più avanzati d'Europa: si pensi, ad esempio, all'art. 542 del nuovo *código de processo* civil portoghese <sup>(16)</sup>; all'art. 32.1 del *code de procédure civile* francese

<sup>(14)</sup> La dottrina tedesca, probabilmente a causa del riconoscimento legale dei doveri di completezza (*Vollständigkeitspflicht*) e verità (*Wahrheitspflicht*) al § 138, comma 1, ZPO, ha presto accolto il principio della buona fede processuale: così, ad esempio, F. LENT, *Diritto processuale civile tedesco*, trad. a cura di E.F. Ricci, Napoli, 1962, p. 106, il quale – riferendosi alla buona fede – afferma che siamo di fronte a uno dei principi «cardinali di ogni sistema processuale sano».

<sup>(15)</sup> K. GROSSMANN, *El deber de veracidad de las partes litigantes en los juicios civiles: exposición de derecho comparado*, in «Jurisprudencia argentina», 1940, pp. 11-12, dove si legge testualmente: «sería erróneo suponer en la introducción de la norma una creación de la legislación nazionalsocialista, dado que fue sencillamente tomada de los trabajos legislativos anteriores, casi sin alteración del texto».

<sup>(16)</sup> Il quale dispone: «Responsabilidade no caso de má fé. Noção de má-fé. - 1. Tendo litigado de má-fé, a parte será condenada em multa e numa indemnização à parte contrária, se esta a pedir. - 2. Diz-se litigante de má fé quem, com dolo ou negligência grave: a) Tiver deduzido pretensão ou oposição cuja falta de fundamento não devia ignorar; b) Tiver alterado a verdade dos factos ou omitido

(<sup>17</sup>); all'art. 247 della *Ley de Enjuiciamiento Civil* spagnola (<sup>18</sup>); oppure alla regola 3.4(2)(b) delle *Civil Procedure Rules* inglesi (<sup>19</sup>). Analogamente, tale principio è accolto in diversi progetti di armonizzazione internazionale del processo civile, quali le *Euro-*

*factos relevantes para a decisão da causa; c) Tiver praticado omissão grave do dever de cooperação; d) Tiver feito do processo ou dos meios processuais um uso manifestamente reprovável, com o fim de conseguir um objetivo ilegal, impedir a descoberta da verdade, entorpecer a ação da justiça ou protelar, sem fundamento sério, o trânsito em julgado da decisão. - 3. Independentemente do valor da causa e da sucumbência, é sempre admitido recurso, em um grau, da decisão que condene por litigância de má fé».*

(<sup>17</sup>) Il quale stabilisce: «*Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 10.000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés*».

(<sup>18</sup>) Secondo questa disposizione: «*Respeto a las reglas de la buena fe procesal. Multas por su incumplimiento. - 1. Los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe. - 2. Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal. - 3. Si los Tribunales estimaren que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrán imponerle, en pieza separada, mediante acuerdo motivado, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de ciento ochenta a seis mil euros, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio. Para determinar la cuantía de la multa el Tribunal deberá tener en cuenta las circunstancias del hecho de que se trate, así como los perjuicios que al procedimiento o a la otra parte se hubieren podido causar. En todo caso, por el Secretario judicial se hará constar el hecho que motive la actuación correctora, las alegaciones del implicado y el acuerdo que se adopte por el Juez o la Sala. - 4. Si los tribunales entendieren que la actuación contraria a las reglas de la buena fe podría ser imputable a alguno de los profesionales intervinientes en el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, darán traslado de tal circunstancia a los Colegios profesionales respectivos por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria (...)*».

(<sup>19</sup>) Secondo la quale: «*The court may strike out a statement of case if it appears to the court (...) that the statement of case is an abuse of the court's process or is otherwise likely to obstruct the just disposal of the proceedings*». Anche negli Stati Uniti d'America esistono diverse *Federal Rules* volte a prevenire l'abuso del processo: al riguardo, v. A. DONDI, *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, in «*Rivista di diritto processuale*», 1997, p. 787 ss.; ID., *Abuso del processo civile*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. III, 2010, pp. 1-11.

pean Rules of Civil Procedure approvate dall'European Law Institute e da Unidroit nel 2020 <sup>(20)</sup>, i Principles of Transnational Civil Procedure approvati dall'American Law Institute e da Unidroit nel 2004 <sup>(21)</sup> e il Código procesal civil modelo para Iberoamérica del 1988 <sup>(22)</sup>. È evidente che nessuno di questi codici può essere considerato l'espressione di una ideologia fascista o autoritaria; né tantomeno si può affermare che essi non siano il frutto di un'elaborazione adeguata.

d) Infine, se nell'ambito del diritto privato (sin dal diritto romano) il principio della buona fede è stato riconosciuto come fondamento dei rapporti intersoggettivi e del lecito esercizio dei diritti soggettivi, e se tale principio è stato ribadito anche nell'art. 1:201 dei Principles of European Contract Law del 1998 (destinati a costituire la base della futura codificazione europea del diritto dei contratti) <sup>(23)</sup>, non si vede per quale motivo lo stesso principio non debba trovare applicazione nell'ambito del diritto pubblico

<sup>(20)</sup> Il cui articolo 3 prevede: «Ruolo delle parti e dei loro difensori. - Le parti e i loro difensori devono: (...) (e) agire in buona fede ed evitare condotte abusive nei rapporti con il giudice e le altre parti».

<sup>(21)</sup> In modo chiaro, il principio 11 stabilisce: «Obligations of the Parties and Lawyers. - 11.1. The parties and their lawyers must conduct themselves in good faith in dealing with the court and other parties. - 11.2. The parties share with the court the responsibility to promote a fair, efficient, and reasonably speedy resolution of the proceeding. The parties must refrain from procedural abuse, such as interference with witnesses or destruction of evidence. - 11.3. In the pleading phase, the parties must present in reasonable detail the relevant facts, their contentions of law, and the relief requested, and describe with sufficient specification the available evidence to be offered in support of their allegations (...). - 11.4. A party's unjustified failure to make a timely response to an opposing party's contention may be taken by the court, after warning the party, as a sufficient basis for considering that contention to be admitted or accepted. - 11.5. Lawyers for parties have a professional obligation to assist the parties in observing their procedural obligations».

<sup>(22)</sup> Il cui art. 5 dispone: «Buena fe y lealtad procesal. - Las partes, sus representantes o asistentes y, en general, todos los partícipes del proceso, ajustarán su conducta a la dignidad de la Justicia, al respeto que se deben los litigantes y a la lealtad y buena fe».

<sup>(23)</sup> Nell'ambito dei principi, questa norma si trova nella sezione II («General obligations») del capitolo 1 («General provisions»), nella quale si afferma:

e, più precisamente, con riguardo alle attività processuali delle parti. Per questa ragione, già Giuseppe Chiovenda ebbe modo di affermare che, come qualsiasi relazione giuridica e sociale, anche quella processuale deve essere governata dalla buona fede <sup>(24)</sup>.

In definitiva, risulta evidente come l'esigenza di agire con probità o buona fede processuale sia espressamente prevista nei codici processuali civili moderni degli Stati democratici, il che consente di trarre una chiara conclusione metodologica: la presenza di tale principio non può in alcun modo essere ricondotta a una specifica ideologia politica autoritaria o totalitaria.

Forse anche per questo, all'interno della stessa corrente garantista – a cui appartiene lo stesso Montero Aroca – vi sono autori che sostengono con convinzione la piena vigenza del principio di buona fede processuale, elevandolo a fondamento etico e normativo di tutto l'ordinamento processuale. Così, ad esempio, Adolfo Alvarado Velloso afferma che la regola morale deve sempre presiedere allo svolgimento del processo e degli atti procedurali che lo compongono, così come dovrebbe guidare ogni altro atto della vita giuridica <sup>(25)</sup>.

Oltre a questo fraintendimento metodologico, anche sotto il profilo storico è discutibile sostenere che il principio della buona fede processuale debba essere ricondotto esclusivamente a una determinata – e infelice – fase storica.

Basti pensare che già nella normativa dei processi mercantili dei consolati del Regno di Castiglia, nei secoli XVII e XVIII, durante il pieno apogeo del commercio, si prescriveva che in giudizio si dovesse sempre procedere con «*estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada*» <sup>(26)</sup>. Non è del tutto chiaro cosa si intendesse con

«*Good Faith and Fair Dealing. - (1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing. - (2) The parties may not exclude or limit this duty.*»

<sup>(24)</sup> G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 4<sup>a</sup> ed., Napoli, 1928, p. 745.

<sup>(25)</sup> A. ALVARADO VELLOSO, *Garantismo procesal contra actuación judicial de oficio*, Valencia, 2005, p. 266: «*la regla moral ha de presidir siempre el desarrollo del proceso y el de los actos procedimentales que lo componen, al igual que debe hacerlo en todos los demás actos de la vida jurídica*»

<sup>(26)</sup> Cfr. la *Ordenanza* del 9 febbraio 1632 per il *Consulado de Madrid*; la

l'espressione «*buena fe guardada*»: sebbene parte della dottrina la associ alla possibilità per il giudice di decidere secondo equità (27), è altrettanto vero che uno dei principi ispiratori di quella normativa era conferire al giudice il potere di direzione del processo per poter eliminare atti superflui e impedire tentativi di dilazione indebita dei procedimenti (28). In tale contesto, l'esigenza di agire con buona fede si inseriva pertanto tra gli obiettivi centrali del nuovo processo.

In effetti, dopo aver constatato l'inadeguatezza del *solemnis ordo iudiciarius* rispetto alle nuove esigenze del traffico commerciale, si rese necessaria l'introduzione dei cosiddetti «*procesos plenarios rápidos*», caratterizzati da maggiore celerità (29). In questo quadro, appare plausibile ritenere che si volesse lasciare espressamente traccia del fatto che la celerità non potesse in alcun caso giustificare comportamenti maliziosi o lesivi della buona fede processuale. Ad ogni modo, saranno necessarie ulteriori ricerche per

Ordenanza del 2 dicembre 1737 per il *Consulado de Bilbao* (parágrafo VI del capítulo I); e la Ordenanza del 30 gennaio 1794 per il *Consulado de Buenos Aires* (art. 5).

(27) In tal senso, v. I. HEVIA DE BOLAÑOS, *Curia Philipica*, Madrid, 1783, tomo II, libro II, par. 37, p. 445, il quale afferma: «*La buena fe guardada, se entiende, que se ha guardar equidad de la justicia, templándola con el dulzor de la misericordia*»; e questa è anche la posizione sostenuta da J. MONTERO AROCA, *Sobre el mito autoritario de la «buena fe procesal»*, in *Proceso civil e ideología*, 2<sup>a</sup> ed., a cura di J. Montero Aroca, Valencia, 2011, p. 293, nota 3. Tuttavia, devo segnalare la dura critica che, in alcune occasioni, è stata rivolta all'opera di Hevia de Bolaños: così, ad esempio, riguardo all'origine del processo monitorio in Spagna, questo autore lo collega a due leggi delle *Partidas*, opinione che, per Tomás y Valiente – storico specialista nell'origine di tale processo in Spagna – si basa su considerazioni «*vagas e imprecisas, sin aportar ninguna prueba, ni siquiera razonamientos a favor de sus palabras*»: così F. TOMÁS Y VALIENTE, *Estudio histórico-jurídico del proceso monitorio*, in «*Revista de derecho procesal*», 1960, n. 1, p. 53.

(28) In tal senso, v. V. FAIRÉN GUILLÉN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, 1953, pp. 44-54.

(29) Al riguardo, è fondamentale l'opera di H.K. BRIEGLEB, *Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse*, Leipzig, 1859 (questo autore e V. FAIRÉN GUILLÉN, *op. cit. supra*, sono essenziali per comprendere la differenza tra «*proceso sumario*» e «*proceso plenario rápido*»).

definire con precisione la portata storica di tale espressione e la reale volontà normativa di escludere atteggiamenti maliziosi delle parti nell'ambito di tali processi.

6. *Limiti del principio della buona fede processuale: «in medio virtus»*. — Una volta superata la concezione bellica o agnostica del processo, questo si configura come uno strumento più civilizzato di risoluzione dei conflitti, nel quale l'agire delle parti deve essere ispirato al principio di buona fede <sup>(30)</sup>. In tale prospettiva, si mira a evitare la degenerazione del processo in una dinamica fondata sul comportamento malizioso dei litiganti, come avviene nei casi di abuso del processo o di frode alla legge processuale.

Tuttavia, non possiamo dimenticare che in ambito processuale l'esercizio delle facoltà riconosciute dalla legge alle parti è, *prima facie*, protetto dal diritto fondamentale di difesa. L'avvocato può dunque avvalersi di tutte le strategie processuali che ritiene più idonee a tutelare gli interessi della parte rappresentata. Di conseguenza, ogni valutazione giudiziale circa l'eventuale mala fede

<sup>(30)</sup> In tal senso, riguardo all'equiparazione tra gioco e processo e alla necessità di rispettare in entrambi il «*fair play*» o le «regole del gioco», v. P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in «Rivista di diritto processuale», 1950, pp. 30-31, sottolineò che: «La lealtà prescritta dall'art. 88 è la lealtà *nel giuoco*: il giuoco, cioè la gara di abilità, è lecito, ma non è permesso barare. Il processo non è soltanto scienza del diritto processuale, non è soltanto tecnica della sua applicazione pratica, ma è anche leale osservanza delle regole del giuoco, cioè fedeltà a quei canoni non scritti di correttezza professionale, che segnano il confine tra la elegante e pregevole maestria dello schermitore accorto e i goffi tranelli del truffatore». Sulla stessa linea, sebbene con riferimento all'equiparazione tra la lotta e il processo, E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, 2ª ed., vol. I, Milano, 1957, pp. 163-164, indica che, «sebbene nel processo si svolga una lotta in cui ciascuno si vale liberamente delle armi disponibili, questa libertà trova un limite nell'obbligo di osservare le "regole del giuoco": queste esigono che i contendenti si rispettino reciprocamente nella loro veste di contraddittori in giudizio, secondo il principio dell'uguaglianza delle loro posizioni rispettive; perciò ciascuna parte deve evitare di ricorrere a manovre od artifici, che potrebbero impedire all'altra di far valere le sue ragioni dinanzi al giudice, in tutti i modi e con tutte le garanzie stabilite dalla legge».

processuale implica una limitazione dell'esercizio del diritto di difesa di chi è sospettato di agire in modo scorretto.

Poiché in gioco vi è un diritto fondamentale, la sua limitazione può essere giustificata soltanto dalla necessità di proteggere un altro diritto, valore o bene di rilevanza costituzionale. La soluzione del conflitto tra diritti fondamentali deve pertanto essere ricercata mediante il metodo della ponderazione (*balancing*). È in questa ottica che, al di là delle basi etiche o morali del principio di buona fede, occorre individuare un fondamento costituzionale idoneo a legittimare la limitazione del diritto alla difesa.

Come ho già sostenuto in precedenti lavori, il principio di buona fede processuale si fonda su molteplici basi costituzionali <sup>(31)</sup>: in primo luogo, può essere considerato un limite immanente intrinseco all'esercizio di qualunque diritto fondamentale, compreso quello di difesa; in secondo luogo, esso può essere ricondotto, sia pure indirettamente, alla necessità di tutelare i diritti e le garanzie costituzionali del processo, riconosciuti sostanzialmente dall'art. 24 della Costituzione spagnola (con speciale riferimento alla tutela giurisdizionale effettiva, alla difesa, all'uguaglianza delle armi e a un processo con tutte le garanzie); infine, si può rinvenire un fondamento esplicito – ancorché indiretto – del principio di buona fede nell'art. 17 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo <sup>(32)</sup>: tale norma, che sancisce espressamente il divieto di abuso del diritto <sup>(33)</sup>, acquisisce rilevanza costituzionale attraverso l'art. 10, comma 2, della Costituzione spagnola, secondo il quale le disposizioni costituzionali relative ai diritti fondamentali devono essere in-

<sup>(31)</sup> Rinvio in particolare a J. PICÓ I JUNOY, *El principio de la buena fe procesal*, cit., pp. 72-91.

<sup>(32)</sup> Tale articolo dispone: «Divieto dell'abuso di diritto. - Nessuna disposizione della presente Convenzione può essere interpretata nel senso di comportare il diritto di uno Stato, un gruppo o un individuo di esercitare un'attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla stessa Convenzione».

<sup>(33)</sup> Cfr. L.P. COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in «Rivista di diritto processuale», 2008, p. 320.

terpretate in conformità ai trattati e agli accordi internazionali ratificati dalla Spagna <sup>(34)</sup>.

Senza dubbio, l'argomento più rilevante per giustificare il controllo giudiziario della mala fede processuale risiede nella necessità di tutelare i diritti fondamentali della parte che può risultare danneggiata dalla condotta maliziosa dell'altra. Poiché la mala fede può concretizzarsi in una molteplicità di atti processuali, non è possibile individuare un unico diritto fondamentale da proteggere. Tuttavia, in via generale, i diritti coinvolti sono quelli alla tutela giurisdizionale effettiva, alla difesa, all'uguaglianza processuale e a un processo celebrato entro un termine ragionevole.

a) Con riguardo al diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, devo sottolineare che il processo rappresenta il meccanismo giuridico che lo Stato mette a disposizione delle persone per risolvere i conflitti in modo pacifico e giusto, evitando il ricorso all'autotutela. Per tale motivo, lo Stato ha un interesse diretto a impedire che il processo venga utilizzato per finalità distorte a danno di una delle parti. Il principio di effettività della tutela giurisdizionale esige quindi l'esclusione di comportamenti temerari o maliziosi, proprio perché la mala fede processuale può porre in pericolo il raggiungimento di una tutela effettiva. Si pensi, ad esempio, alla richiesta di declaratoria della nullità degli atti in un processo in cui il convenuto è stato dichiarato contumace per un vizio formale nella notificazione della citazione, pur essendo comunque a conoscenza della pendenza del processo per vie extraprocessuali. In tale ipotesi, se la nullità fosse dichiarata, si lederebbe l'efficacia della tutela già ottenuta dall'attore mediante un comportamento manifestamente scorretto.

b) La condotta maliziosa di una parte si risolve spesso in un danno concreto al diritto di difesa della parte avversaria: pertanto, se si desidera tutelare questo diritto fondamentale, occorre reprimere questo tipo di condotta processuale. Sono innumerevoli

<sup>(34)</sup> In questo modo, v. M. CACHÓN CADENAS, *La buena fe en el proceso civil*, cit., p. 11; e M. LOZANO-HIGUERO PINTO, *La buena fe procesal: consideraciones doctrinales y jurisprudenciales*, in *El abuso del proceso: mala fe y fraude de ley procesal*, a cura di F. Gutiérrez-Alviz Conradi, Madrid, 2006, p. 64.

le situazioni suscettibili di dimostrare tali circostanze: si pensi al caso in cui l'attore introduca tardivamente e in modo intenzionale un documento, compromettendo la strategia difensiva del convenuto che ha strutturato la propria replica sulla base degli atti disponibili; oppure all'ipotesi in cui una parte rifiuti di esibire un documento richiesto dal giudice, impedendo all'altra di utilizzare un mezzo di prova potenzialmente decisivo.

c) Il diritto alla parità delle armi è fondamentale all'interno del sistema costituzionale delle garanzie processuali. Tale diritto esige che entrambe le parti abbiano a disposizione i medesimi mezzi di attacco e di difesa, poiché – per evitare uno squilibrio tra le parti – è necessario che entrambe dispongano delle stesse possibilità e degli stessi oneri in materia di allegazione, prova e impugnazione. Di conseguenza, una condotta processuale maliziosa può rompere tale equilibrio, compromettendo la piena parità di trattamento tra i litiganti, motivo per cui la vigenza del diritto alla parità delle armi processuali impone al giudice di rimuovere qualsiasi ostacolo che comprometta gravemente la posizione di una parte rispetto all'altra. È per questo che la legislazione processuale prevede numerose disposizioni volte a garantire il principio di parità, tra cui il divieto di modificare sostanzialmente l'oggetto del processo oltre i limiti temporali stabiliti dalla legge <sup>(35)</sup>.

d) Con riferimento al diritto a un processo entro un termine ragionevole, devo precisare che l'esercizio libero di un diritto di natura processuale non può essere negato con la scusa del ritardo che ciò comporterebbe nella definizione della controversia. Quando una parte esercita un diritto previsto dalla legge, il giudice deve limitarsi a verificare la sussistenza dei requisiti richiesti per il suo esercizio e, conseguentemente, permetterne l'attuazione, a prescindere dal fatto che ciò possa allungare la durata del processo. Tuttavia, l'uso di alcuni strumenti processuali può non avere come fine quello previsto dalla legge, ma esclusivamente quello di ritardare il normale corso del procedimento. In tali casi – certamente eccezionali – di utilizzo malizioso da parte di uno

<sup>(35)</sup> Al riguardo, rinvio a J. PICÓ I JUNOY, *La modificación de la demanda en el proceso civil*, Valencia, 2006.

dei soggetti processuali, il giudice deve rigettare la richiesta che gli viene formulata, se non vuole ledere il diritto fondamentale della parte avversaria a un processo senza dilazioni indebite <sup>(36)</sup>.

Si pensi, ad esempio, all'abuso nella proposizione di eccezioni di nullità processuale per vizi o irregolarità sanabili, che non vengono sollevate tempestivamente con l'intento di lucrare maliziosamente il massimo ritardo possibile nella decisione della controversia; oppure alla proposizione reiterata di analoghe istanze di ricsuzione (che hanno effetto sospensivo) nei confronti dello stesso giudice, senza una argomentazione sufficiente con riguardo al motivo che ne giustificherebbe, *prima facie*, l'ammissibilità.

7. *Considerazioni conclusive.* — Sono pienamente consapevole che, in questa materia, ci troviamo di fronte a due realtà difficilmente conciliabili: *a)* da un lato, il diritto fondamentale di ciascun litigante di difendersi secondo le modalità che ritiene più opportune, incluse tutte le strategie processuali consentite; *b)* dall'altro lato, l'esigenza che tale esercizio si conformi al principio della buona fede processuale, escludendo dunque comportamenti maliziosi, abusivi o fraudolenti. L'autentico problema, tuttavia, è evidente: dove si colloca il confine? Fino a che punto può spingersi la strategia difensiva – legittima e ammissibile – e da quale momento essa degenera in una condotta processualmente riprovevole, meritevole di censura per violazione dell'obbligo di buona fede?

In un precedente lavoro, ho proposto una definizione – inevitabilmente generica – del concetto di buona fede processuale, che costituisce una nozione giuridica indeterminata. L'ho descritta come «*aquella conducta exigible a toda persona interviniente en el proceso por ser socialmente admitida como correcta*» <sup>(37)</sup>. E ho subito aggiunto che, in uno Stato democratico e di diritto, il cri-

<sup>(36)</sup> Sulla necessità di dichiarare inammissibile ogni manovra dilatoria (intesa come atto o comportamento che tende a perturbare il normale corso del procedimento al fine di prolungarne la durata) e sulla sua giustificazione, v. specificamente S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, Paris, 2002, pp. 230-231.

<sup>(37)</sup> Così mi sono espresso in J. PICÓ I JUNOY, *El principio de la buena fe procesal*, cit., p. 69.

terio per individuare la condotta socialmente corretta non può che essere la Costituzione, con i suoi diritti fondamentali, valori e interessi protetti.

Ne deriva che qualsiasi attività difensiva che non leda alcuno di tali diritti non può qualificarsi come azione maliziosa o contraria alla buona fede. In tal modo, si limita l'ambito applicativo del principio, evitando che esso diventi un ostacolo ingiustificato alle strategie processuali lecite, che rientrano nel diritto di difesa delle parti.

A mio avviso, perché possano prodursi gli effetti della mala fede processuale, deve emergere un conflitto tra diritti fondamentali <sup>(38)</sup>: da un lato, il diritto di difesa della parte che intende compiere un determinato atto processuale in modo riprovevole; dall'altro, i diritti fondamentali della controparte, tra cui il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, alla difesa, all'eguaglianza delle armi processuali, a un processo celebrato in tempi ragionevoli.

Tale conflitto – la cui soluzione è molto difficile <sup>(39)</sup> – è intrinseco a ogni violazione del principio di buona fede processuale e non può essere risolto in astratto. È solo attraverso l'analisi delle circostanze concrete di ciascun caso che si potrà stabilire se un

<sup>(38)</sup> Nella mia monografia sulla buona fede processuale, ho catalogato fino a tredici possibili conseguenze, distinguendole fra conseguenze processuali ed extraprocessuali: nel primo gruppo rientrano l'inammissibilità dell'atto processuale richiesto, l'inefficacia dell'atto processuale compiuto, la perdita delle somme depositate in giudizio per la realizzazione dell'atto processuale, l'imposizione del risarcimento dei danni causati dall'azione maliziosa, la valutazione endoprocessuale della condotta delle parti, la notificazione della pendenza del processo a terzi, le multe pecuniarie, le spese processuali, la nullità degli atti, la perdita della causa, l'uso della coercizione fisica per contrastare la mala fede processuale, e la possibilità di ottenere la revocazione della sentenza passata in giudicato, se conseguita in modo fraudolento; nel secondo gruppo di conseguenze rientrano invece la responsabilità disciplinare, civile e penale a carico dell'avvocato che abbia agito con mala fede processuale: v. ancora J. PICÓ I JUNOY, *El principio de la buena fe procesal*, cit., pp. 265-296.

<sup>(39)</sup> In questo senso, nel classico studio di P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, cit., p. 31, analizzando comparativamente il processo come un gioco, si sottolinea che «è assai difficile stabilire fin dove arrivino i diritti di una accorta difesa e dove cominci il riprovevole inganno (mala fede)».

determinato comportamento violi o meno tale principio. Ciò non deve sorprendere, trattandosi – lo ribadisco – di un concetto giuridico indeterminato.

Anche in questo ambito, è possibile perseguire un equilibrio secondo il principio «*in medio virtus*»: da un alto, non è condivisibile l'impostazione liberale, che rifiuta in via generale l'esistenza di un dovere di buona fede processuale, ritenendolo espressione di un inammissibile attivismo giudiziario tipico di ideologie autoritarie; dall'altro lato, tuttavia, non risulta pienamente accettabile nemmeno l'approccio interventista, che pretende di adottare un controllo giudiziale illimitato sull'obbligo di agire con buona fede, con il rischio concreto di restringere il diritto di difesa delle parti.

Entrambe le visioni sono distorte: *a*) la prima, per eccesso di tolleranza, perché ignora che, accanto al diritto di difesa della parte che agisce nel processo, anche la controparte gode di diritti fondamentali di natura processuale, che possono essere gravemente compromessi da condotte processuali scorrette; *b*) la seconda, per eccesso di controllo, poiché non fornisce criteri operativi utili per determinare quando una condotta processuale oltrepassi la soglia della buona fede.

Pertanto, ribadisco la mia posizione: è pienamente legittimo richiedere alle parti di agire secondo buona fede processuale, ma l'intervento del giudice deve essere limitato ai soli casi in cui l'atto processuale ritenuto scorretto comporti la lesione concreta di un diritto fondamentale della parte avversaria, come ad esempio il diritto di difesa, il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, all'uguaglianza delle armi, a un processo senza dilazioni indebite, o un qualsiasi altro diritto fondamentale. Soltanto in tali circostanze è giustificato il controllo officioso del giudice, che dovrà sempre muoversi alla luce di una valutazione casistica, comparando i diritti in conflitto e stabilendo, di volta in volta, quale debba prevalere.

So bene che tale impostazione è più facile da affermare in linea teorica che da applicare in concreto. Per questo propongo un semplice esempio, tratto da alcune recenti esperienze codicistiche latinoamericane, dove si prevede – in termini generali – che una domanda manifestamente infondata debba essere dichiara-

ta inammissibile o rigettata, in quanto espressione di abuso del processo e dunque di mala fede. Questa previsione normativa è corretta?

Secondo un'impostazione liberale, la risposta sarebbe negativa, in quanto tale previsione limiterebbe il diritto di accesso alla giustizia; invece, secondo un approccio interventista, la risposta sarebbe probabilmente affermativa, per ragioni di efficienza e di protezione del sistema. Tuttavia, se adottiamo il metodo che sto delineando in questo lavoro, la domanda giusta da porsi è un'altra: l'ammissione di una domanda infondata viola qualche diritto fondamentale del convenuto?

In linea di principio, la risposta è negativa: se la domanda è davvero infondata, sarà agevole per il convenuto vincere la causa, e potrà ottenere la condanna dell'attore al pagamento delle spese, eventualmente in forma aggravata. In tal caso, non si verifica alcuna lesione concreta di un diritto fondamentale, e dunque non vi è motivo per restringere il diritto di accesso alla giustizia dell'attore che, esercitando il proprio diritto di difesa, abbia formulato una domanda manifestamente infondata.

## SEZIONE II

### *L'iniziativa probatoria del giudice: né tutto né niente*

8. *Posizione personale.* — Il giudice deve poter esercitare un'iniziativa probatoria, ma questa deve essere circoscritta ai fatti sottoposti al suo esame dalle parti – in ossequio al principio dispositivo nel processo civile e al principio accusatorio in quello penale – nonché agli elementi probatori già presenti agli atti del processo, per tutelare la sua imparzialità. In ogni caso, deve essere pienamente garantito alle parti il diritto di replicare all'iniziativa probatoria del giudice, allegando i fatti e proponendo le prove che reputino rilevanti, nel rispetto del loro diritto di difesa.

9. *Giustificazione.* — Un altro tema ricorrente nel dibattito processuale riguarda il ruolo del giudice in materia probatoria e, più specificamente, la questione se gli debbano essere riconosciu-

ti – e in quale misura – poteri di iniziativa probatoria. Su questo punto, com'è noto, si contrappongono due visioni radicalmente divergenti: da un lato, la posizione restrittiva, sostenuta dalla dottrina che si autodefinisce «garantista»; dall'altro, quella estensiva, sostenuta dalla cosiddetta dottrina «pubblicistica».

Entrambe le posizioni sono sostenute da illustri processualisti, ciascuno dei quali fonda la propria argomentazione su una determinata concezione del processo, della finalità della prova giudiziale e delle funzioni da assegnare al giudice e alle parti. In questo contesto teorico, come nel precedente, entrambe le impostazioni risultano legittimamente difendibili sul piano scientifico.

Ciò che invece appare inaccettabile è la politicizzazione del dibattito. Ho già avuto occasione di denunciare il carattere «perverso» dell'argomentazione adottata da una parte della dottrina «garantista», che giunge ad assimilare l'iniziativa probatoria del giudice civile alle pratiche proprie di regimi fascisti, autoritari o comunisti. Questo tipo di argomentazione non solo è metodologicamente scorretto, ma compromette irrimediabilmente la possibilità di un confronto scientifico sereno, delegittimando in modo ingiustificato e implicito coloro che sostengono posizioni diverse, attribuendo loro etichette ideologiche che nulla hanno a che vedere con l'oggetto della discussione.

10. *Profili ideologici del dibattito sull'iniziativa probatoria «ex officio judicis».* — Nell'ambito di un'interpretazione ampia del principio dispositivo, fondata sull'assoluta libertà processuale delle parti e sulla conseguente passività del giudice – ridotto quasi al ruolo di spettatore della prova e di redattore della sentenza, in quanto qualsiasi iniziativa officiosa sarebbe considerata un'indebita ingerenza nell'esercizio del diritto di difesa – si sviluppano tradizionalmente numerosi argomenti volti a giustificare l'assenza di poteri istruttori in capo al giudice. Tra questi, sei sono particolarmente rilevanti: *a)* la natura privatistica dell'interesse oggetto del processo civile; *b)* l'interesse esclusivo delle parti ad ottenere una decisione favorevole in merito alle rispettive pretese; *c)* l'incompatibilità tra il diritto alla prova delle parti e l'iniziativa probatoria del giudice; *d)* la violazione della regola dell'onere della

prova; e) la necessaria tutela dell'uguaglianza processuale tra le parti; f) il rischio di violazione del principio di imparzialità del giudice <sup>(40)</sup>.

È opportuno rammentare che, secondo l'opinione prevalente in dottrina, il fondamento del principio dispositivo risiede nella struttura stessa del modello economico e giuridico accolto dall'ordinamento spagnolo e, in particolare, nei principi costituzionali di tutela della proprietà privata (art. 33) e di libertà d'impresa nell'ambito di un'economia di mercato (art. 38). Questo modello presuppone una netta separazione fra gli interessi privati e gli interessi pubblici, riconoscendo un ampio spazio all'autonomia negoziale e all'iniziativa dei soggetti privati.

Tuttavia, con l'affermarsi, all'inizio del secolo scorso, di una nuova ideologia sociale, anche in Europa ha preso forma il fenomeno della «pubblicizzazione» o «socializzazione» del processo civile. Tale evoluzione, finalizzata a integrare nel sistema liberale le esigenze tipiche dello Stato sociale di diritto, ha portato ad una rilettura del processo non solo come sede di composizione di interessi privati, ma anche come strumento dello Stato per la realizzazione della tutela effettiva dei diritti.

In questa prospettiva, si è posta in luce la distinzione tra il principio dispositivo e il *principio de aportación de parte* <sup>(41)</sup>. Senza mettere in discussione la validità del primo – che riconosce alle parti la disponibilità degli interessi dedotti in giudizio – si è

<sup>(40)</sup> Diversi lavori nella prospettiva qui indicata possono essere consultati nell'opera collettiva *Proceso civil e ideología*, 2ª ed., a cura di J. Montero Aroca, cit.

<sup>(41)</sup> Il *principio de aportación de parte* si riferisce al fatto che sono le parti a dover introdurre nel processo i fatti secondari (mentre i fatti principali, nella misura in cui costituiscono la *causa petendi*, rientrano nel principio dispositivo) e a dover fornire tutte le prove necessarie per dimostrare gli elementi fattuali oggetto di discussione nel processo. L'errata formulazione della regola *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium* esprime in tutta la sua estensione il significato del suddetto principio (sull'errata formulazione di questo brocardo e sulla sua ripercussione nelle legislazioni processuali attuali rinvio al mio libro J. PICÓ I JUNOY, *El juez y la prueba: estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*, Barcelona, 2007).

cominciato a criticare il secondo, almeno per quanto attiene alla distribuzione delle funzioni processuali tra giudice e parti. Si è affermato, infatti, che sebbene le parti restino libere di disporre dell'oggetto del processo, non godono della stessa libertà rispetto al processo in sé, inteso anche come funzione pubblica dello Stato, interessato a garantirne il corretto ed efficace svolgimento.

La rilevanza di tale distinzione risiede nella possibilità di separare nettamente il principio dispositivo, fondamentale e irrinunciabile, dal principio dell'iniziativa probatoria di parte, che può invece essere ridimensionato. In tal senso, pur non potendo il legislatore consentire al giudice di tutelare un interesse disponibile in assenza di una domanda di parte – né di oltrepassare i limiti fissati dalle domande delle parti – è legittimo attribuire al giudice poteri istruttori, sottraendo alle parti il monopolio dell'iniziativa probatoria <sup>(42)</sup>.

Proprio per questo motivo, i sei argomenti tradizionalmente invocati a sostegno della passività del giudice in materia probatoria sono stati oggetto di critiche sempre più severe <sup>(43)</sup>. Inoltre, grazie soprattutto all'opera di Michele Taruffo, si è affermata con forza l'idea che la ricerca della verità rappresenti il fine ultimo cui deve tendere ogni decisione giudiziale che aspiri ad essere giusta. In questa prospettiva, la libertà del giudice di attivarsi nella fase istruttoria diventa non solo legittima, ma anche necessaria <sup>(44)</sup>.

11. *Limiti all'iniziativa probatoria del giudice: «in medio virtus»*. — Lo Stato sociale di diritto – sancito nella maggior parte delle costituzioni moderne, fra cui quella spagnola – presuppone

<sup>(42)</sup> S. SATTÀ, C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, 11<sup>a</sup> ed., Padova, 1992, p. 188. Per uno studio sulle componenti «privatistica» e «pubblicistica» di un codice di procedura civile, rimando all'analisi approfondita di A. PROTO PISANI, *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato*, cit., c. 73 ss.

<sup>(43)</sup> Il lettore può trovare queste critiche nei miei studi: J. PICÒ I JUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona, 1996, pp. 232-253; ID., *El juez y la prueba*, cit., pp. 104-117.

<sup>(44)</sup> Al riguardo, è fondamentale la lettura di M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992; ID., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari, 2009.

un sistema processuale orientato a riconoscere al giudice una certa iniziativa probatoria. A supporto di tale impostazione, si colloca anche il riconoscimento della «giustizia» come valore superiore dell'ordinamento giuridico, obiettivo verso il quale deve tendere ogni attività giudiziaria. Se infatti la giustizia della decisione rappresenta il fine ultimo della funzione giurisdizionale, un ideale della società giuridica e un traguardo da perseguire per l'intero ordinamento, allora esiste un interesse pubblico affinché l'esito del processo sia il più giusto possibile. In quest'ottica, lo Stato ha il dovere di fornire ai giudici i mezzi e i poteri necessari per perseguire tale fine.

La difficoltà principale risiede, tuttavia, nel definire il contenuto sostanziale del valore «giustizia», la cui vaghezza e indeterminatezza possono favorire un certo decisionismo giudiziario. Così Hans Kelsen, nel suo celebre saggio sulla giustizia <sup>(45)</sup>, ha formulato la sua personale concezione di giustizia: «*la Justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede progresar la búsqueda de la verdad*» (la giustizia, per me, si incontra in quell'ordine sociale sotto la cui protezione può progredire la ricerca della verità). Nell'ambito del processo, il principio della ricerca della verità – una verità inevitabilmente mediata, in virtù del principio dispositivo, dalle versioni fattuali fornite dalle parti – può giustificare l'attribuzione al giudice di potere istruttori.

È indubbio che i limiti connaturati alla condizione umana fanno sì che non sempre sia possibile raggiungere una decisione pienamente giusta; tuttavia, ciò non può rappresentare un motivo sufficiente per negare al legislatore la possibilità di attribuire al giudice strumenti idonei a incrementare, ogni qualvolta sia possibile e senza violare principi costituzionali, le probabilità di conseguire una decisione giusta.

<sup>(45)</sup> Questo saggio costituisce il testo della sua conferenza di addio come professore all'Università della California, tenuta a Berkeley il 27 maggio 1952. Insieme ad altri saggi dello stesso autore, si trova in H. KELSEN, *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science*, Los Angeles, 1957, nella trad. spagnola, *¿Qué es Justicia?*, Barcelona, 1991, pp. 35-63.

Come ha sottolineato Michele Taruffo nel suo studio sulla giustizia della decisione giudiziale, una decisione non può dirsi giusta se fondata su un accertamento errato o incompleto dei fatti. La correttezza del giudizio sui fatti è, dunque, una condizione necessaria per poter affermare che la decisione giudiziale sia giusta <sup>(46)</sup>. Inoltre – come avverte lo stesso autore <sup>(47)</sup> – tale impostazione è perfettamente compatibile con l'idea del processo come strumento di risoluzione dei conflitti: se non si accetta come valido qualsiasi esito del conflitto, ma si ritiene invece che esso debba essere risolto secondo criteri di giustizia, allora è imprescindibile riconoscere che un accertamento corretto dei fatti costituisce un presupposto essenziale per la giusta soluzione della controversia.

Seguendo questa impostazione, possiamo osservare che l'art. 24.2 della Costituzione spagnola riconosce a ogni persona il diritto fondamentale a una tutela giurisdizionale effettiva. Per rendere effettiva siffatta tutela, ossia per amministrare concretamente la giustizia richiesta dai cittadini che si rivolgono all'autorità giudiziaria per risolvere i propri conflitti, l'organo giurisdizionale ha bisogno di una base probatoria solida relativa ai fatti oggetto della controversia, ai quali dovrà applicare la norma giuridica. Di conseguenza, se l'obiettivo di ogni processo è quello di consentire che i giudici applichino correttamente la legge ai fatti, della cui esistenza devono essere convinti, limitare in modo assoluto la loro iniziativa probatoria equivale – a nostro avviso – a compromettere l'efficacia della tutela giurisdizionale e, in ultima analisi, la stessa ricerca della giustizia <sup>(48)</sup>.

<sup>(46)</sup> M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 43; ID., *La semplice verità*, cit., pp. 118-119. In modo conforme, v. E. BULYGIN, *Sull'interpretazione giuridica*, in «Analisi e diritto», 1992, p. 25; e J. PARRA QUIJANO, *Racionalidad e ideologías en las pruebas de oficio*, Bogotá, 2004, pp. 4-8.

<sup>(47)</sup> V. ancora M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 44.

<sup>(48)</sup> In questa linea di pensiero, v. A.M. MORELLO, *La prueba: tendencias modernas*, Buenos Aires 1971, pp. 60-64; R. BERIZONCE, *Los poderes del juez e iniciativa de los abogados en el trámite probatorio*, in ID., *Derecho procesal civil actual*, Buenos Aires, 1999, p. 406; O. GOZAÍNI, *Problemas actuales del derecho procesal (garantismo vs. activismo judicial)*, México, 2002, p. 43; E. OTEIZA, *El juez ante la tensión entre libertad e igualdad*, in «Revista de derecho procesal»,

Detto ciò, occorre riconoscere che un'iniziativa probatoria illimitata *ex officio judicis* può entrare in conflitto con diritti e valori costituzionali che meritano di essere parimenti protetti. Per questa ragione, è necessario ricercare una posizione di equilibrio – secondo il principio *in medio virtus* – che consenta l'esercizio di un'iniziativa probatoria ragionevole da parte del giudice, senza pregiudicare alcuna garanzia costituzionale del processo. Come ho avuto modo di argomentare in altra sede <sup>(49)</sup>, tale iniziativa dovrebbe essere sottoposta a tre limiti fondamentali:

a) In primo luogo, nel rispetto del principio dispositivo, la prova ammessa d'ufficio dal giudice deve necessariamente rimanere circoscritta ai fatti controversi o discussi fra le parti, che rappresentano la *causa petendi* delle loro domande ed eccezioni. Sono le parti, infatti, a dover introdurre nel processo il materiale fattuale su cui fondano le rispettive pretese o difese: al giudice non è consentito ricercare o introdurre fatti principali non allegati dai litiganti, né tantomeno di modificarli, sotto pena di incorrere in una violazione del principio di corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato (*vicio de incongruencia*).

b) In secondo luogo, l'attività probatoria del giudice può riguardare esclusivamente le fonti di prova già risultanti dagli atti del processo (ad esempio, l'identità di un testimone che deve essere chiamato a deporre). Solo in tal modo si evita che il giudice assuma un ruolo inquisitorio o si avvalga della propria «conoscenza privata», operando al di fuori del perimetro tracciato nel processo. Questo limite tende a garantire la dovuta imparzialità del giudice, nella misura in cui la sua iniziativa istruttoria è limitata unicamente alle fonti di prova già risultanti dagli atti. A prescindere dall'effettivo utilizzo di questi elementi probatori, al giudice non può essere riconosciuto il potere di ricercare le fonti di prova, perché tale potere sarebbe nella sostanza incontrollabile e potreb-

número extraordinario, *Poderes y deberes del juez: homenaje a J. Ramiro Podetti*, Santa Fe, 2004, p. 227.

<sup>(49)</sup> J. PICÓ I JUNOY, *El derecho a la prueba en el proceso civil*, cit., pp. 267-271; ID., *El juez y la prueba*, cit., pp. 117-123.

be inoltre compromettere la dovuta fiducia che le parti devono riporre nell'organo giudicante <sup>(50)</sup>.

c) Infine, è imprescindibile che sia garantito in ogni fase il pieno rispetto del principio del contraddittorio, riconoscendo a ciascuna delle parti il diritto di partecipare alla formazione della prova disposta d'ufficio, nonché di replicare alla stessa e di proporre prove contrarie. In questo modo, non viene pregiudicato il diritto di difesa costituzionalmente garantito dall'art. 24 della Costituzione spagnola.

In definitiva, come si può osservare, ciascun interesse protetto incide su un ambito distinto dell'attività giurisdizionale: il primo riguarda il processo in sé e i fatti in esso discussi; il secondo concerne il giudice e la sua dovuta imparzialità; il terzo attiene alle parti e al loro diritto costituzionale di difesa.

Fortunatamente, la *Ley de Enjuiciamiento Civil* spagnola (LEC) ha introdotto una norma che in certa misura ammette l'iniziativa giudiziale in materia di prova. Si tratta dell'art. 429.1, commi II e III, il quale stabilisce: «Quando il giudice ritenga che le prove proposte dalle parti possano risultare insufficienti per il chiarimento dei fatti controversi, lo comunicherà alle parti, indicando il fatto o i fatti che, a suo avviso, potrebbero risultare influenzati da tale insufficienza. Formulata tale indicazione, attendendosi agli elementi probatori la cui esistenza risulta dagli atti, il giudice potrà suggerire la prova o le prove la cui ammissione ritenga opportuna. In tal caso, le parti potranno completare o modificare le loro proposte di prova alla luce di quanto manifestato dal giudice» <sup>(51)</sup>.

<sup>(50)</sup> Al riguardo, rinvio a J. PICÓ I JUNOY, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, Barcelona, 1998, spec. pp. 24-25, 51 e 104-108.

<sup>(51)</sup> L'art. 429.1, commi III e IV, LEC, prevede testualmente: «Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, citándose a los elementos probatorios, cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.

Come si evince da questa disposizione, la *Ley de Enjuiciamiento Civil* ha cercato di realizzare una soluzione di compromesso tra le opposte visioni, quella liberale e quella interventista. La formulazione stessa della norma ci induce a sostenere che, per quanto riguarda l'indicazione dell'insufficienza delle prove richieste dalle parti, siamo di fronte a un dovere; e, per quanto riguarda l'indicazione delle prove specifiche per dimostrare l'esistenza dei fatti relativi, a un potere.

a) Da un lato, siamo in presenza di un vero e proprio dovere del giudice, che è tenuto ad avvertire le parti, nel corso dell'udienza nella quale si discutono le prove, qualora ritenga che quelle proposte siano insufficienti ai fini dell'accertamento dei fatti controversi. Lo si evince dall'uso della forma verbale («*lo pondrá*», lo comunicherà) di natura imperativa, in luogo della forma ipotetica («*podrá*», potrà), che compare, ad esempio, nell'art. 435.2 LEC, il quale disciplina la possibilità di ammettere atti istruttori conclusivi (*diligencias finales*) <sup>(52)</sup>. Tuttavia, si tratta di un dovere di difficile controllo, poiché la sua applicazione presuppone una valutazione soggettiva da parte del giudice in ordine all'insufficienza del materiale probatorio, che va accertata caso per caso. Di conseguenza, eventuali censure sull'omissione di questo dovere dovranno essere fondate sulle specifiche circostanze del processo.

b) Dall'altro lato, la norma attribuisce al giudice una facoltà: una volta effettuato l'avvertimento di insufficienza probatoria, il giudice può – anche se non è obbligato a farlo – indicare le prove che ritiene opportune per colmare l'insufficienza probato-

- *En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal.*

<sup>(52)</sup> Per comodità del lettore si riporta il testo dell'art. 435.2 LEC: «*Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos. - En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos.*».

ria. Come ho già osservato, l'art. 429.1 LEC abbandona la forma imperativa per adottare un linguaggio ipotetico: «*podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente*» (potrà anche indicare la prova o le prove la cui assunzione ritenga opportuna). A mio avviso, nell'ottica di offrire una tutela giurisdizionale quanto più possibile giusta, il giudice dovrebbe tendere ad esercitare tale facoltà, sempre nel rispetto dei limiti indicati in precedenza – e richiamati anche dalla stessa disposizione – specialmente nei procedimenti in cui non è obbligatoria l'assistenza dell'avvocato.

La dottrina prevalente e la giurisprudenza ritengono che questa disposizione non riconosca al giudice un potere di iniziativa probatoria, bensì soltanto la possibilità di segnalare alle parti l'eventuale carenza istruttoria e di suggerire i mezzi più idonei per superarla. In questo modo, si rispetta formalmente il principio di disponibilità delle prove, in quanto la decisione finale sull'assunzione delle prove resta sempre nella disponibilità delle parti. Al tempo stesso, si fornisce al giudice uno strumento per garantire che la decisione sia fondata su un quadro probatorio quanto più completo e attendibile, a beneficio della giusta soluzione della controversia.

Com'è evidente – e come già anticipato – l'iniziativa probatoria *ex officio iudicis* non può considerarsi illimitata. In tal senso, sono pienamente condivisibili i tre limiti previsti dall'art. 429.1, comma II, LEC: in primo luogo, l'impossibilità di introdurre nel processo fatti non previamente allegati dalle parti<sup>(53)</sup>; in secondo luogo, il divieto di utilizzare fonti probatorie diverse da quelle già presenti nel processo<sup>(54)</sup>; e infine, in terzo luogo, la necessità di garantire il diritto di difesa delle parti, riconoscendo loro la facoltà di completare o di modificare le proprie richieste istruttorie.

<sup>(53)</sup> Ai sensi della disposizione citata nel testo, l'iniziativa probatoria del giudice è inatti limitata al «*hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria*» (al fatto o ai fatti che, a suo parere, potrebbero risultare non sufficientemente provati); inoltre, tali fatti sono indicati negli atti processuali delle parti.

<sup>(54)</sup> A questo proposito, sempre secondo la disposizione in esame, il tribunale è tenuto a limitarsi «*a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos*» (alle prove contenute nel fascicolo).

Riconosco che si tratta di un'interpretazione letterale della norma, fondata su un'argomentazione costituzionale (considerato che mira a garantire la piena efficacia della tutela giudiziale), che consente di superare le principali critiche che normalmente vengono rivolte all'iniziativa probatoria del giudice: non viola il principio dispositivo, *alma mater* del processo civile, in quanto resta ferma la prerogativa esclusiva delle parti di determinare l'oggetto del giudizio; non compromette l'imparzialità del giudice, giacché la sua iniziativa non si traduce in un'attività di tipo inquisitorio volta a indagare fatti non dedotti, ma si limita a una funzione di verifica o integrazione istruttoria rispetto a quanto già prospettato nel contraddittorio; assicura pienamente il diritto di difesa, consentendo alle parti di reagire, modificare o integrare le proprie istanze probatorie a seguito dell'intervento giudiziale.

Inoltre, tale interpretazione consente che la prova adempia alla sua funzione, poiché se questa ha come finalità quella di convincere il giudice circa l'esistenza dei fatti discussi nel processo, risulta contraddittorio sostenere che la prova sia un'attività che interessa esclusivamente e unicamente le parti, vietando di conseguenza al giudice di assumere di propria iniziativa il mezzo probatorio che ritenga necessario per raggiungere il proprio convincimento. In questo senso è come riteniamo che possa essere interpretato l'art. 429.1, comma II, LEC<sup>(55)</sup>.

Ad ogni modo, sotto un profilo pratico, appare probabilmente sterile insistere sulla distinzione concettuale tra una semplice segnalazione e un'autentica iniziativa probatoria del giudice: nella prassi, infatti, quando il tribunale esercita tale facoltà, sono le stesse parti ad assumerla come propria, raccogliendo le indicazioni ricevute.

Occorre infine registrare che l'applicazione concreta di questa facoltà giudiziale è ancora piuttosto limitata, o quantomeno non conforme alle aspettative che il legislatore sembrava nutrire al riguardo. A ciò contribuiscono – a mio avviso – due fattori principali, di natura profondamente diversa.

<sup>(55)</sup> M. TARUFFO, *La semplice verità*, cit., p. 174, nota 232, e p. 292, sostiene l'interpretazione che qui si propone.

a) Da un lato, l'abituale mancanza di conoscenza del caso da parte del giudice al momento dell'udienza preliminare, che lo pone in una posizione di distanza rispetto ai fatti allegati e alle prove proposte. A tale udienza il giudice dovrebbe partecipare con una conoscenza approfondita del caso – o almeno, con una lettura della domanda e della risposta, nonché dopo aver svolto uno studio preliminare delle eccezioni sollevate – poiché ciò permetterebbe all'udienza preliminare di raggiungere i risultati auspicati dal legislatore. Tuttavia, l'eccessivo carico di lavoro nei nostri tribunali di primo grado e la «routine burocratica» provocano talvolta tale negligenza giudiziaria nell'udienza preliminare.

b) D'altra parte, il limitato uso della facoltà prevista dall'art. 429.1, comma II, LEC è dovuto a certi pregiudizi secondo cui il suo esercizio potrebbe comportare la perdita della dovuta imparzialità giudiziale. Come abbiamo analizzato, tale rischio è però inconsistente se la suddetta facoltà viene utilizzata entro i limiti stabiliti dalla legge.

12. *Considerazioni conclusive.* — Come ho già osservato a proposito della polemica sulla vigenza del principio di buona fede processuale, anche in relazione all'iniziativa probatoria del giudice occorre evitare posizioni radicali o estremiste, al fine di individuare un punto di equilibrio che consenta al processo di essere il più efficace possibile, senza sacrificare alcuna delle garanzie costituzionali riconosciute alle parti.

Una posizione radicale di matrice liberale, che esclude qualsiasi forma di iniziativa giudiziale, finisce per ridurre l'efficacia del processo come strumento attraverso cui lo Stato garantisce una tutela giusta ed effettiva degli interessi in conflitto. All'opposto, un'impostazione eccessivamente interventista, che ammetta un potere istruttorio illimitato del giudice, rischia di compromettere alcune fondamentali garanzie costituzionali del processo civile.

A mio avviso, non si può perseguire un modello di pieno liberalismo processuale (o di «garantismo», nei termini che ho già esposto) prescindendo dalla funzione pubblica del processo, così come non è accettabile puntare esclusivamente all'efficacia trascurando le garanzie fondamentali che lo regolano. Un liberali-

smo esasperato può portare all'inefficacia del processo; al contrario, una ricerca assoluta dell'efficacia può determinare violazioni delle garanzie essenziali, in particolare del dovere di imparzialità del giudice e del diritto di difesa delle parti.

Ritengo pertanto che il giusto equilibrio possa essere raggiunto riconoscendo al giudice un potere istruttorio limitato, circoscritto ai fatti già oggetto della controversia e alle fonti probatorie emergenti dagli atti processuali. A tale iniziativa deve inoltre sempre accompagnarsi il pieno rispetto del principio del contraddittorio, consentendo alle parti non solo di interloquire sulle prove assunte d'ufficio, ma anche di integrare la propria originaria attività istruttoria. In tal modo si attribuisce al giudice civile uno strumento utile per rafforzare l'efficacia del processo, nel rispetto del principio dispositivo, della sua imparzialità e del diritto alla difesa delle parti.

## STUDI E RICERCHE

---

GIULIA DI FAZZIO

*Professoressa associata nell'Università di Messina*

### GLI STUDI SULL'ETICA FORENSE IN ITALIA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'etica forense nel tempo: la prospettiva storica. – 3. La codificazione dell'etica forense in Italia e gli studi contemporanei su deontologia e avvocatura. – 4. Etica forense, processo e giustizia. – 5. Le prospettive filosofica e sociologica. – 6. Conclusioni e nuove sfide.

1. *Premessa.* — Ricostruire e descrivere gli studi e le linee di ricerca relativi ad un determinato argomento scientifico richiede sempre chiarezza terminologica e concettuale; uno sforzo in questa direzione è però particolarmente opportuno rispetto al tema dell'etica forense al quale è dedicato questo contributo.

Come si cercherà di mostrare, si tratta infatti di un argomento che si presta ad essere studiato da diverse prospettive <sup>(1)</sup> e sul quale, in particolar modo nel nostro ordinamento, si registrano ancora incertezze e divergenze sul piano concettuale e, correlativamente, delle definizioni.

Azzardando da subito una scelta di campo, in questo scritto con l'espressione «etica forense» si indica l'insieme delle regole che governano e orientano la condotta dell'avvocato nell'esercizio della sua attività professionale. Queste regole possono essere scritte o non scritte, di carattere sostanziale o processuale, di fonte statale o non statale, comprendendo anche quelle emanate dalla categoria professionale dell'avvocatura nell'esercizio del

<sup>(1)</sup> G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal ethics: a comparative study*, Stanford, 2004, nella trad. it., *Etiche della professione legale: un approccio comparato*, Bologna, 2005, p. 18.

suo potere di autoregolamentazione. A quest'ultimo gruppo di regole, che si trovano codificate nel codice deontologico forense italiano, riferiremo il diverso termine «deontologia» pur consci del fatto che esso è spesso usato in una accezione ben più ampia e diversa <sup>(2)</sup>.

La distinzione terminologica fra «etica forense» e «deontologia forense» da noi prescelta, ci sembra tuttavia che possa favorire, in primo luogo, la chiarezza concettuale, specie nel contesto italiano in cui la codificazione dell'etica dell'avvocato ha avuto un ruolo centrale alla fine del secolo scorso ed ha occupato gran parte delle riflessioni e degli sforzi interpretativi sul tema.

L'espressione «etica forense» ha inoltre il pregio di indicare con immediatezza una delle principali criticità delle regole di comportamento dell'avvocato, costituita dal rapporto fra la condotta del professionista e l'etica generale e dalla necessità di stabilire se, ed in che misura, l'avvocato possa nell'esercizio del suo

<sup>(2)</sup> Restando entro i confini del nostro ordinamento, per Remo Danovi, ad esempio, la «deontologia» è al centro di un triangolo che comprende: i comportamenti considerati dal diritto, i comportamenti valutati dall'etica e i comportamenti costanti nella pratica forense: v. R. DANOVÌ, *Il diritto degli altri: storia della deontologia*, Milano, 2022, p. 222 s.

Valorizzano la distinzione fra etica forense e deontologia, ad esempio, I. TRUJILLO, *Etica delle professioni legali*, Bologna, 2013, p. 13; ID., *Virtù e professioni giuridiche: i limiti della deontologia*, in «Ars interpretandi», 2022, p. 87 ss.; F. PUPPO, *La forza dell'esempio: l'etica professionale come virtù*, in *Avvocatura, deontologia e il concetto di diritto, forum* a cura di A. Romeo, in «Ordines», 2021, p. 336 ss.; e ID., *La deontologia forense nell'età della decodificazione: uno sguardo alla situazione italiana*, in *Retorica e deontologia forense*, a cura di M. Manzin e P. Moro, Milano, 2010, p. 75 ss.; M. BINA, *La felicità dell'avvocato: diritto forense e processo civile*, Torino, 2024, spec. p. 11, nota 3. Sulla genesi del termine deontologia, coniato dal giurista inglese Jeremy Bentham, e sui suoi possibili diversi significati, cfr. anche G. FORNERO, *Deontologia*, in *Dizionario di filosofia*, a cura di N. Abbagnano, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 1998, p. 268; M. RICCIARDI, *La natura della deontologia forense*, in «Rassegna forense», 2006, p. 1420 s., per il quale il termine è sinonimo di «riflessione normativa sull'etica»; R. DANOVÌ, *Il diritto degli altri*, cit., p. 129 ss.; A. ROMEO, *Il buon avvocato: teorie dell'avvocatura tra storia e filosofia del diritto*, Napoli, 2022, spec. p. 17 ss.

ruolo tenere una condotta che devia da quella che l'uomo comune terrebbe in base all'etica generale e alla morale <sup>(3)</sup>.

Il tema si connette a quello, diverso ma parimenti centrale, del bilanciamento fra gli interessi correlati all'esercizio della professione di avvocato: quello del cliente, in primo luogo, e quelli «altri» <sup>(4)</sup> riconducibili a soggetti terzi (la controparte, il collega che la assiste, il giudice o qualsiasi altro soggetto coinvolto dalla condotta dell'avvocato) o alla categoria nel suo complesso o, ancora, alla generalità dei consociati, all'ordinamento ed in particolare all'amministrazione della giustizia.

L'esercizio del diritto di difesa e la cura degli interessi del cliente, che costituiscono un aspetto centrale del ruolo e della funzione dell'avvocato, sono in altri termini, da sempre, soggetti a regolazione e sottoposti a dei limiti variamente individuati e definiti <sup>(5)</sup>.

Di questi problemi e questioni sono espressione delle formule particolarmente evocative, richiamate anche negli studi domestici sul tema, come quella della «doppia fedeltà al cliente e all'ordinamento» <sup>(6)</sup> o quella della «parziale imparzialità» <sup>(7)</sup>, così come la nota domanda, nata in altri sistemi giuridici e riguardante il rapporto fra l'etica forense e l'etica generale: «può un buon avvocato essere una buona persona?» <sup>(8)</sup>.

<sup>(3)</sup> Sul piano filosofico è il tema del rapporto fra l'etica di ruolo e l'etica generale, sul quale si rinvia al § 5.

<sup>(4)</sup> L'enfasi sul termine fa eco alla definizione di deontologia di Remo Danovi come «diritto degli altri», su cui v. *infra*, § 3.

<sup>(5)</sup> Osserva M. BINA, *La felicità dell'avvocato*, cit., p. 24: «il potere dell'avvocato di interloquire con il giudice e il diritto di essere ascoltato da quest'ultimo deve sì essere esercitato a vantaggio del proprio cliente ma l'avvocato non può abusarne utilizzando modalità inappropriate o che contrastino con i metodi propri del diritto».

<sup>(6)</sup> Sulla doppia fedeltà v., ad esempio, F. GIANARIA, A. MITTONE, *L'avvocato necessario*, Torino, 2007; G. ZAGREBELSKY, *La Giustizia come professione*, Torino, 2021, p. 105 ss.; G.C. HAZARD, A. DONDI, *Etiche della professione legale*, cit., spec. p. 310 ss.; R. DANOVÌ, *Il nuovo codice deontologico forense: commentario*, Milano, 2014, p. 83 s.; M. BINA, *La felicità dell'avvocato*, cit., p. 22 ss.

<sup>(7)</sup> L'espressione è del filosofo del diritto Massimo La Torre, sul cui pensiero v. *infra*, § 5.

<sup>(8)</sup> Sulla genesi e sul significato di questa domanda – posta originariamente

Le regole di etica forense si collocano in questo delicato contesto e rispondono alla precipua funzione di governarlo, scontrandosi con numerosi elementi di complessità: si pensi al carattere multiforme della professione di avvocato (che include diverse funzioni, quella di rappresentante, di consulente giuridico e di difensore della parte in giudizio) <sup>(9)</sup> o alla spiccata, anche rispetto ad altre professioni legali, permeabilità della medesima professione a fattori ed agenti esterni, riconducibili o estranei all'ambito del diritto ed in continua evoluzione <sup>(10)</sup>.

Un ulteriore elemento di complessità è dato poi dalla fonte delle regole di etica forense e dal problema della sua individuazione; si tratta di una questione di non poco conto, che chiama in causa lo stesso concetto di diritto (e di fonte del diritto) e il suo rapporto con l'etica generale e la morale, intrecciando anche la fondamentale questione dell'effettività delle regole di etica forense. Questi temi sono stati oggetto di studi anche in Italia ed hanno avuto risposte differenti nelle diverse epoche storiche, come ci cercherà di mettere in luce <sup>(11)</sup>.

Questa premessa serve a mostrare l'angolo prospettico dal quale si cercherà di dare atto degli studi e dello stato dell'arte della ricerca sull'etica forense: che è quello del modo e della condotta dell'avvocato nell'esercizio della sua attività professionale. Questioni altrettanto rilevanti, quali quelle relative all'avvocatura come categoria professionale e al suo ruolo sociale e istituzionale nell'ordinamento democratico, verranno invece, solo per ragioni

da C. FRIED, *The Lawyer as a Friend: The Moral Foundation of the Lawyer-Client Relation*, in «Yale Law Journal», 1976, vol. 85, pp. 1060-1089 – v. I. TRUJILLO, *Etiche della professione legale*, cit., p. 24 s.

<sup>(9)</sup> Sul punto v., ad esempio, M. LA TORRE, *Avvocatura e retorica: tra teoria del diritto e deontologia forense*, in «Ragion pratica», 2008, p. 498 s.; M. BINA, *La felicità dell'avvocato*, cit., p. 24 ss.

<sup>(10)</sup> Si veda I. TRUJILLO, *Etica delle professioni legali*, cit., p. 24 s., la quale osserva: «tra i vari professionisti del diritto, gli avvocati sono quelli che vivono più vicini alla frontiera della pratica giuridica, intendendo per frontiera il punto in cui il diritto – con la sua carica di interessi generali e di valori pubblici – incontra altri interessi e pressioni».

<sup>(11)</sup> V. *infra*, § 2.

di ampiezza dello scritto, lasciate sullo sfondo, pur con la consapevolezza dell'intima connessione che tali questioni hanno con il modo in cui si esercita la professione di avvocato <sup>(12)</sup>.

La ricostruzione che si propone non ha infine pretesa di esauritività (non foss'altro per il carattere interdisciplinare del tema e per la personale formazione di chi scrive) ma l'obiettivo di individuare le principali linee di ricerca e i contributi scientifici più significativi sull'argomento, con il duplice fine di orientarsi in un contesto ancora frammentato e di individuare le linee evolutive e i possibili sviluppi del dibattito scientifico.

2. *L'etica forense nel tempo: la prospettiva storica.* — La prospettiva storica si rivela particolarmente efficace e utile nello studio dell'etica forense.

Essa, infatti, rivela al contempo l'universalità e la relatività del tema, mostrando l'inestricabile legame fra l'etica forense, la cultura e la società in cui gli avvocati hanno nel tempo esercitato la propria funzione. Come ha rilevato Antonio Padoa Schioppa: «se osserviamo la storia dell'avvocatura prima della grande stagione delle riforme settecentesche e delle codificazioni, ci rendiamo conto del fatto che molti aspetti di particolare importanza e di perdurante attualità – quanto all'esercizio delle funzioni di avvocato, al rapporto con le altre professioni legali a cominciare naturalmente dai giudici, ai requisiti per la formazione degli avvocati, alle tecniche argomentative e difensive, alle regole di deontologia – sono gli stessi dei quali noi discutiamo oggi in un contesto storico completamente mutato» <sup>(13)</sup>.

<sup>(12)</sup> Si allude, ad esempio, ai temi dell'accesso alla professione, della formazione, dell'organizzazione degli ordini e dei consigli di disciplina, della disciplina dei compensi degli avvocati, sui quali, per un quadro generale, v. R. DANOVÌ, *Ordinamento forense e deontologia*, Milano, 2025, pp. 5-121; e, in una prospettiva comparatistica e di più ampio respiro, G.C. HAZARD, A. DONDI, *Etiche della professione legale*, cit., spec. pp. 27 ss., 155 ss., 209 ss. e 355 ss.

<sup>(13)</sup> A. PADOA SCHIOPPA, *Brevi note sull'avvocatura nell'età del diritto comune*, in *Un progetto di ricerca sulla storia dell'avvocatura*, a cura di A. Padoa Schioppa e R. Danovi, Bologna, 2003, p. 41. La citazione è riportata anche in R.

Come emerge anche da queste parole, la storia dell'etica forense è naturalmente solo un aspetto della storia della professione di avvocato e dell'avvocatura come corpo. In un recente saggio, ricco di riferimenti e utile per una ricognizione dello stato dell'arte della ricerca storiografica sul tema, Francesco Mastroberti ha individuato tre declinazioni di storia dell'avvocatura che si intersecano, comunicando l'una con l'altra: 1) la storia legislativa dell'avvocatura; 2) la storia sociale istituzionale e politica dell'avvocatura; 3) la storia «interna» dell'avvocatura<sup>(14)</sup>. In questa terza forma o declinazione di storia rientra anche la storia dell'etica forense e della deontologia; secondo l'autore, infatti, essa comprende «le biografie professionali degli avvocati illustri, le regole “deontologiche” e comportamentali che la categoria professionale si è data, le tradizioni forensi, la produzione legale e scientifica degli avvocati, le arringhe, l'eloquenza forense, gli atti dei congressi forensi e la cultura forense in generale».

La poliedricità della storia dell'avvocatura è testimoniata anche dalla relevantissima collana *Storia dell'avvocatura in Italia*, affidata ai tipi del Mulino di Bologna e promossa dalla Commissione «Storia dell'avvocatura» istituita in seno al Consiglio nazionale forense<sup>(15)</sup>. La Collana, che ha preso avvio nel 2002, vanta oggi ben ventisette volumi e, grazie alla sinergia fra gli storici del diritto, docenti di altre discipline giuridiche ed avvocati, copre un ampio ventaglio di argomenti e prospettive, passando per epoche storiche e contesti territoriali diversi: dal biografismo, all'eloquenza forense, alla deontologia, alla cultura forense in generale e ai rap-

BIANCHI RIVA, *L'avvocato non difenda cause ingiuste: ricerche sulla deontologia in età medievale e moderna*, vol. I, Milano, 2012, p. 1.

<sup>(14)</sup> F. MASTROBERTI, *La storia dell'avvocatura in Italia: riflessioni e qualche spunto*, in «Rivista di storia del diritto italiano», 2024, p. 19 ss.: l'autore richiama la più articolata classificazione delle forme di storia dell'avvocatura elaborata da G. ALPA, *Per un progetto di storia dell'avvocatura*, in *Un progetto di ricerca sulla storia dell'avvocatura*, cit., p. 21, al quale si rinvia.

<sup>(15)</sup> I riferimenti e gli indici dei volumi della Collana sono tutti consultabili sul sito del Consiglio nazionale forense, nella sezione «Documenti». Le ragioni e gli obiettivi di tale iniziativa editoriale sono illustrati da G. ALPA, *Per un progetto di storia dell'avvocatura*, cit., spec. p. 39 ss.

porti fra l'avvocatura e il contesto politico e sociale italiano <sup>(16)</sup>. Fra i volumi si segnalano, per un più esplicito impatto sul tema dell'etica forense, la riedizione della voce *Avvocati e procuratori* di Camillo Cavagnari ed Emilio Caldara, pubblicata alla fine dell'Ottocento nel *Digesto italiano* <sup>(17)</sup>, e quella dell'opera seicentesca di Giovanni Battista De Luca, *Lo stile legale* <sup>(18)</sup>.

Quest'ultima opera in particolare correla il tema dell'eloquenza forense alla funzione e alla nobiltà della professione di avvocato; nobiltà che risiede, nella visione di De Luca, non solo «nella conoscenza del diritto e nello stile con cui essa si usa, ma anche nella probità di chi la esercita» <sup>(19)</sup>.

Anche quando non affrontano in maniera diretta i temi dell'etica forense e della deontologia, tutti i volumi della Collana offrono uno spaccato del mondo forense e dell'avvocatura come corpo sociale che offre utili strumenti di comprensione del come e del perché le regole di condotta degli avvocati, cioè di etica forense, pur essendo sempre esistite, siano state elaborate, rappresentate ed applicate in modi diversi nelle varie epoche storiche, in dipendenza ad esempio del ruolo sociale degli avvocati, dall'indipendenza dell'avvocatura e dal suo rapporto con il potere statale <sup>(20)</sup>. Sotto questo profilo, estremamente uti-

<sup>(16)</sup> Così F. MASTROBERTI, *La storia dell'avvocatura in Italia*, cit., p. 30 s.

<sup>(17)</sup> C. CAVAGNARI, E. CALDARA, *Avvocati e procuratori*, in *Digesto italiano*, vol. IV, Torino, 1893, riedizione a cura di G. Alpa, Bologna, 2004 p. 621 ss.: le questioni di deontologia ed etica forense vengono trattate prevalentemente nella seconda parte della voce. Per una rassegna delle altre voci giuridiche in tema di avvocati ed avvocatura (è assente invece una voce dedicata specificamente alla deontologia), v. R. DANOVÌ, *Il diritto degli altri*, cit., p. 195 ss.

<sup>(18)</sup> G.B. DE LUCA, *Lo stile legale*, Bologna, 2010, originariamente pubblicato con il titolo *Dello stile legale*, Roma, 1674.

<sup>(19)</sup> Sono le parole di G. ALPA, *Premessa*, in G.B. DE LUCA, *Lo stile legale*, cit., p. 10.

<sup>(20)</sup> Particolarmente utili in questa prospettiva sono i volumi dedicati al periodo di profonde trasformazioni politiche e istituzionali che va dall'Ottocento alla prima metà del Novecento. V. in particolare A. MENICONI, *La «maschia avvocatura»: istituzioni e professione forense in epoca fascista (1922-1943)*, Bologna, 2007; e F. TACCHI, *Gli avvocati italiani dall'unità alla repubblica*, Bologna, 2002; ma anche, fra quelli dedicati a contesti territoriali più limitati, A.

li si rivelano i volumi della Collana che contengono gli atti del primo convegno nazionale forense del 1847 e quelli del primo congresso del dopoguerra tenutosi nel 1947 <sup>(21)</sup>; a questi due volumi ha poi fatto seguito la pubblicazione de *La lotta per i diritti*, a cura di Guido Alpa, che raccoglie gli atti dei congressi nazionali forensi tenutisi a partire dalla fine dell'Ottocento, nei quali a più riprese si affrontano i temi dell'etica forense e della deontologia <sup>(22)</sup>. Nello stesso solco, si colloca, infine, l'ulteriore collana del Consiglio nazionale forense *I discorsi dell'avvocatura*, che contiene la riedizione delle fondamentali opere (anche in tema di etica forense) di Giuseppe Zanardelli, *L'avvocatura*, e di Francesco Carrara, *Il passato, il presente e l'avvenire degli avvocati in Italia* <sup>(23)</sup>.

Anche grazie alle iniziative e alle attività del Consiglio nazionale forense, gli anni 2000 segnano in generale un'intensificazione della ricerca storiografica sull'avvocatura e sugli avvocati <sup>(24)</sup>.

Va anche segnalato che, proprio in ragione della rilevanza della dimensione storica dell'etica forense, con tale dimensione si sono cimentati anche giuristi positivi e filosofi del diritto: ricostruzioni storiche dettagliate ed approfondite si rinvencono ad esempio nei lavori, alcuni dei quali anche molto recenti, di Remo Danovi, *Il diritto degli altri*, di Andrea Romeo, *Il buon avvocato*, nonché di Geoffrey C. Hazard e Angelo Dondi, *Etiche della professione le-*

CAPPUCCIO, «*La toga, uguale per tutti*»: potere giudiziario e professioni forensi in Sicilia nella transizione tra Antico Regime e Restaurazione (1812-1848), Bologna, 2018.

<sup>(21)</sup> V. gli *Atti del primo Congresso nazionale giuridico forense del secondo dopoguerra (settembre-novembre 1947)*, a cura di G. Alpa, S. Borsacchi e R. Russo, Bologna, 2008; e gli *Atti del primo Congresso giuridico italiano (25 novembre-8 dicembre 1872)*, a cura di G. Alpa, Bologna, 2006.

<sup>(22)</sup> Si tratta del volume *La lotta per i diritti: identità e ruolo dell'avvocatura nelle assise congressuali*, a cura di G. Alpa, Matera, 2010.

<sup>(23)</sup> Mi riferisco alle opere di G. ZANARDELLI, *L'avvocatura: discorsi (con alcuni inediti)*, Milano, 2003; e di F. CARRARA, *Il passato, il presente e l'avvenire degli avvocati in Italia*, Milano, 1998.

<sup>(24)</sup> Come segnalato da F. MASTROBERTI, *La storia dell'avvocatura in Italia: riflessioni e qualche spunto*, cit., p. 21 al quale si rinvia anche per i numerosi riferimenti bibliografici.

*gale* (quest'ultimo con uno sguardo esteso alle esperienze di altri ordinamenti) <sup>(25)</sup>.

Come è naturale che sia, il contributo più mirato e consistente, è tuttavia quello degli storici del diritto e, con riguardo naturalmente ad un arco temporale più limitato, della dottrina romanistica. Particolarmente illuminanti circa l'evoluzione dell'etica forense nel tempo sono le indagini sull'epoca romana ma, forse ancor più, quelle relative al medioevo e all'epoca moderna.

Entrambi gli ambiti di indagine ci forniscono informazioni sulla fonte dell'etica forense, e in particolare: sul suo continuo oscillare fra diritto ed etica, sul contenuto delle regole di condotta dell'avvocato e sui limiti che tali regole pongono all'esercizio del suo ruolo, sulla giustificazione di tali limiti e sui mezzi per farli rispettare <sup>(26)</sup>.

Con riguardo all'epoca romana, diversi studi – fra i quali si segnala, anche per l'ampiezza dei riferimenti, la monografia del 2016 di Anna Bellodi Ansaloni, *L'arte dell'avvocato, actor veritatis* – dimostrano come una larga parte degli attuali doveri professionali trovi le sue radici nell'*ars rhetorica* classica ed in particolare nell'esperienza forense di Marco Tullio Cicerone e, successivamente, nell'opera di Quintiliano <sup>(27)</sup>. L'avvocato «oratore» romano (il *pa-*

<sup>(25)</sup> R. DANOVÌ, *Il diritto degli altri*, cit., spec. pp. 7-214; A. ROMEO, *Il buon avvocato*, cit., pp. 29-98; G.C. HAZARD, A. DONDI, *Etiche della professione legale*, cit., pp. 27-95. Cfr. anche M. BINA, *La felicità dell'avvocato*, cit., pp. 11-21; e nella dottrina comparatistica, per una ricostruzione storica dedicata all'evoluzione della professione forense nel suo complesso, più che ai profili di etica, cfr. anche L. BUGATTI, *La professione forense tra tradizione e innovazione*, Torino, 2022.

<sup>(26)</sup> Osserva M. BINA, *La felicità dell'avvocato*, cit., p. 21: «muta il contesto culturale; cambia il linguaggio; si trasformano le istituzioni; si trovano nuove giustificazioni alle regole, ma si avverte ancora come attuale l'esigenza che la condotta dell'avvocato trovi un limite e che tale limite non sia imposto dall'esterno, ma debba essere ricercato nell'etica professionale».

<sup>(27)</sup> Si veda A. BELLODI ANSALONI, *L'arte dell'avvocato, actor veritatis: studi di retorica e deontologia forense*, Bologna, 2016; della stessa autrice v. anche ID., *Scienza giuridica e retorica forense*, Santarcangelo di Romagna, 2020. In argomento v. anche, fra gli altri, P. CERAMI, «Honeste et libere defendere»: *i canoni della deontologia forense secondo Marco Tullio Cicerone*, in «Iura», 1998, pp.

*tronus*)<sup>(28)</sup>, nell'esercizio della sua arte retorica e di persuasione, era tenuto a rispettare una serie di limiti e doveri (molti dei quali corrispondenti a quelli della deontologia contemporanea) fondati sulla prassi forense e sull'etica: l'*honeste defendere* nel diritto romano era una trasposizione dell'*honeste vivere* come uomini; l'avvocato adempiva il suo dovere ed assolveva la sua funzione civica quando si esprimeva nel rispetto dei valori del *vir bonus* (e non quando otteneva la vittoria)<sup>(29)</sup>.

Sempre in epoca romana emergono, inoltre, temi di evidente attualità come quello del dovere di verità dell'avvocato, esplorato a più riprese da Francesco Arcaria<sup>(30)</sup>, e quello relativo alla sussistenza di un obbligo dell'avvocato di accettare il mandato difensivo a fronte di una causa «*iniusta*» ed «*improba*» e all'individuazione del limite fino al quale si può spingere il dovere di difesa dell'avvocato corretto<sup>(31)</sup>.

Quest'ultimo tema viene poi ripreso e raffinato nel diverso contesto medievale e moderno ove si giunge all'elaborazione com-

1-24; P. MORO, *Vir bonus dicendi peritus: l'etica dell'avvocato di valore*, in *Retorica e deontologia forense*, cit., p. 19 ss.; F. GIUMETTI, *Per advocatum defenditur: profili ricostruttivi dello status dell'avvocatura in Roma antica*, Napoli, 2017.

<sup>(28)</sup> Nel diritto romano il *patronus* aveva l'obbligo di difendere e proteggere i *clientes*, in primo luogo attraverso l'oratoria e l'eloquenza forense. Su questa figura e sulla distinzione con quella di *procurator* (cui era assegnata la funzione di rappresentanza in giudizio), v. C. CAVAGNARI, E. CALDARA, *Avvocati e procuratori*, cit., p. 624 s.; F. GIUMETTI, *Per advocatum defenditur*, cit., p. 3 ss.; A. BELLODI ANSALONI, *L'arte dell'avvocato, actor veritatis*, cit., 117 ss.; cfr. anche R. BIANCHI RIVA, *L'avvocato non difenda cause ingiuste*, cit., spec. p. 9 ss.

<sup>(29)</sup> Cfr., su questi temi, A. BELLODI ANSALONI, *L'arte dell'avvocato, actor veritatis*, cit., p. 157 ss.; F. GIUMETTI, *Per advocatum defenditur*, cit., p. 108 ss.; F. ARCARIA, «*Il dovere di verità*»: contributo alla comparazione tra la deontologia forense italiana e l'esperienza giuridica romana, in «*Teoria e storia del diritto privato*», 2019, p. 45 ss.

<sup>(30)</sup> F. ARCARIA, «*Il dovere di verità*» del Codice Deontologico Forense italiano alla luce dell'esperienza giuridica romana, in «*Legal Roots*», 2013, p. 61 ss.; ID., «*Il dovere di verità*», cit., p. 1 ss.; sul dovere di verità nel diritto romano, cfr. anche A. BELLODI ANSALONI, *L'arte dell'avvocato, actor veritatis*, cit., spec. p. 233 ss.

<sup>(31)</sup> Cfr. A. BELLODI ANSALONI, *L'arte dell'avvocato, actor veritatis*, cit., p. 195 ss.

piuta dei divieti di «difendere cause ingiuste» e di «difendere in modo ingiusto».

Come è largamente riconosciuto, i divieti in questione, costituiscono il fondamento dell'etica forense e della deontologia contemporanea ed in Italia trovano oggi corrispondenza nei doveri di lealtà, probità, correttezza e verità, sanciti nell'art. 88 del codice di procedura civile e nel codice deontologico forense (in particolare, negli art. 9 e 50). Il tema è stato esplorato, con ampiezza e profondità, da Raffaella Bianchi Riva in due monografie, del 2012 e del 2015, dedicate al medioevo e all'epoca moderna <sup>(32)</sup>.

I lavori della Bianchi Riva mostrano come nel medioevo e nell'età moderna, sia pure con declinazioni diverse e in un percorso evolutivo non sempre lineare, le regole etiche e quelle giuridiche contribuissero in sinergia alla individuazione delle regole di condotta degli avvocati e a garantirne il rispetto; rispetto che ove non conseguibile per la via del diritto veniva garantito dal foro interno ossia dalla «coscienza dell'avvocato». Come osserva l'autrice però «l'adesione spontanea alle regole professionali poté resistere finché gli imperativi etici furono considerati vincolanti» <sup>(33)</sup>.

Con l'imporsi del positivismo giuridico, le regole di condotta degli avvocati vengono relegate al dominio dell'etica e questo percorso trova il suo apice nell'Ottocento in linea con il modello dominante dell'avvocato come «professionista gentiluomo» di stampo borghese <sup>(34)</sup>. Il comportamento degli avvocati viene ancora governato da regole non scritte che appartengono però alla

<sup>(32)</sup> R. BIANCHI RIVA, *L'avvocato non difenda cause ingiuste*, cit.; e ID., *La coscienza dell'avvocato: la deontologia forense tra diritto ed etica in età moderna*, Milano, 2015. Dell'autrice v. anche ID., *Il dovere di verità fra tecniche della difesa e deontologia forense nel medioevo e nell'età moderna*, in «Italian Review of Legal History», 2015, p. 1 ss.; e ID., *Verso il codice deontologico forense: l'autonomia dell'avvocatura nell'Italia repubblicana*, in «Historia et ius», 2020, p. 1 ss.

<sup>(33)</sup> R. BIANCHI RIVA, *La coscienza dell'avvocato*, cit., p. 298.

<sup>(34)</sup> Su questo modello, cfr. M. MALATESTA, *Professionisti e gentiluomini: storia delle professioni dell'Europa contemporanea*, Torino, 2006, pp. 31-112; H. SIEGRIST, *Gli avvocati nell'Italia del XIX secolo: provenienza e matrimoni, titolo e prestigio*, in «Meridiana», 1992, p. 145 ss.

tradizione e che sono considerate patrimonio comune del ceto forense. È in questo periodo che si diffonde il genere letterario dei «galatei forensi» (fra i più importanti quelli di Bartolomeo Belli e Vincenzo Moreno); queste opere costituiscono dei veri e propri «manuali di comportamento» degli avvocati redatti con l'obiettivo di «fornire una precettistica di ordine morale in assenza di norme positive da tenere nelle diverse circostanze», come evidenziato da Stefania Salvi in uno scritto sui galatei e sull'eloquenza forense nell'Ottocento <sup>(35)</sup>. Ricalcano, sia pure in parte, lo stile dei galatei anche manuali ed opere successive all'unificazione italiana e alla entrata in vigore della prima legge professionale del 1874, come quelli di Domenico Giurati, *Arte forense* del 1878 e *Come si fa l'avvocato* del 1897 <sup>(36)</sup>.

Una posizione autonoma meritano i celebri *Discorsi* di Zanardelli che, lungi dal costituire un mero esercizio di retorica o un galateo con consigli di «buon senso», sono un vero e proprio manifesto per l'avvocatura quale ordine e contengono anche una approfondita ricostruzione storica. Enunciati all'indomani dell'approvazione della legge professionale, i discorsi contengono anche riflessioni di stretta etica forense: specie nel secondo discorso, si affrontano il tema della libertà e della indipendenza dell'avvocatura, si enunciano doveri e canoni di condotta degli avvocati (fra i quali anche la probità, la competenza, la tutela del segreto) e si tocca anche il tema, tipico della riflessione etico-giuridica, dei limiti all'esercizio del ruolo derivanti dall'aspirazione alla giustizia e alla verità (primo fra tutti quello espresso dal divieto di difendere cause ingiuste e di sostenere «l'iniquità») <sup>(37)</sup>.

<sup>(35)</sup> S. SALVI, «*Avvocati oratori: eloquenza forense e trasformazioni di una professione tra Otto e Novecento*», in «*Historia et ius*», 2017, p. 1 ss.; sui galatei forensi, v. anche P. BENEDEUCE, *Altri codici: sentimenti a lavoro nei galatei forensi*, Soveria Mannelli, 2008; e A. ROMEO, *Il buon avvocato*, cit., p. 35 ss., anche per ulteriori riferimenti.

<sup>(36)</sup> D. GIURATI, *Arte forense*, Torino, 1878; ID., *Come si fa l'avvocato*, Livorno, 1897.

<sup>(37)</sup> Si veda G. ZANARDELLI, *L'Avvocatura: discorsi*, Firenze, 1879, anche nella già citata riedizione del 2003. Sui discorsi di Zanardelli v., con specifico riguardo alla loro rilevanza in punto di etica forense, fra i molti, V. OLGIIATI,

Dalla fine dell'Ottocento il rapporto fra l'avvocatura e il potere statale muterà radicalmente e proprio per questo il contributo storiografico si incentra largamente sul tema dell'indipendenza dell'avvocatura e della sua funzione nel contesto dell'ordinamento. Come illustra la monografia di Antonella Meniconi del 2006, *La «maschia avvocatura»* <sup>(38)</sup>, con il fascismo irrompe la funzione pubblicistica dell'avvocato e i doveri degli avvocati cominciano ad essere oggetto di regole e norme, ma con una evidente funzione di controllo dello Stato sul corpo professionale (e che si è espressa in primo luogo con la soppressione degli ordini). Le regole di etica forense non scritte continueranno tuttavia a tramandarsi per larga parte del Novecento, come patrimonio comune dell'avvocatura, attraverso le opere di avvocati e giuristi e la diffusione della giurisprudenza disciplinare <sup>(39)</sup>. Il tema della codificazione, tuttavia, già postosi nel corso dell'Ottocento e mai del tutto sopitosi, riprenderà vitalità nel dopoguerra, assorbendo larga parte del dibattito sull'etica forense.

Di questi delicati passaggi danno atto, ad esempio, con vari accenti, il libro di Francesca Tacchi, *Gli avvocati italiani dall'Unità alla Repubblica* (pubblicato nel 2002 come primo volume della collana di *Storia dell'avvocatura in Italia*); con particolare attenzione al tema dell'etica forense, il saggio del

*Diritto positivo e autoregolazione professionale nei «Discorsi sull'Avvocatura» di Giuseppe Zanardelli*, in ID., *Saggi sull'avvocatura: l'avvocato italiano tra diritto, potere e società*, Milano, 1990, pp. 95-129; R. DANOVÌ, *Il diritto degli altri*, cit., p. 154 ss.; e A. ROMEO, *Il buon avvocato*, cit., p. 56 ss.

<sup>(38)</sup> A. MENICONI, *La «maschia avvocatura»*, cit.; ID., *Le istituzioni dell'avvocatura italiana fra le due guerre*, in *Cultura e tecnica forense tra dimensione siciliana e vocazione europea*, a cura di F. Migliorino e G. Pace Gravina, Bologna, 2013, p. 57 ss.; sul tema v. anche F. TACCHI, *Il fascismo e le professioni liberali: il caso degli avvocati negli anni venti*, in «Passato e presente», 1990, pp. 71-104; R. DANOVÌ, *Deontologia forense e leggi razziali*, in *Giustizia e letteratura*, vol. II, a cura di G. Forti, C. Mazzucato e A. Visconti, Milano, 2014.

<sup>(39)</sup> V. ancora R. BIANCHI RIVA, *Verso il codice deontologico forense*, cit., p. 21, che evidenzia come «all'indomani della proclamazione della repubblica, la deontologia forense era ancora concepita come un patrimonio di valori che l'avvocatura conservava e trasmetteva di generazione in generazione, soprattutto, attraverso l'esempio della pratica forense».

2020 di Raffaella Bianchi Riva dal titolo *Verso il codice deontologico forense* <sup>(40)</sup>; ma anche, ancora una volta, le ricostruzioni storiche contenute nelle già richiamate monografie di Remo Danovi, *Il diritto degli altri*, e di Andrea Romeo, *Il buon avvocato* <sup>(41)</sup>.

3. *La codificazione dell'etica forense in Italia e gli studi contemporanei su deontologia e avvocatura.* — Come si è già osservato, per larga parte del Novecento le regole di condotta degli avvocati continuano a tramandarsi attraverso le opere di giuristi e avvocati e mediante la diffusione della giurisprudenza disciplinare. La frattura determinata dal fascismo e le sue ripercussioni sull'indipendenza e sulla funzione dell'avvocatura mutano però i termini del dibattito. Nelle opere dei giuristi italiani prende maggiore spazio il termine «deontologia» e si impone il tema della positivizzazione dell'etica forense, in una dialettica che vede contrapporsi l'esigenza di preservare l'autonomia dell'avvocatura e il suo patrimonio di valori dall'ingerenza del potere statale e quella di garantire l'effettività delle regole di condotta non scritte, effettività a sua volta ritenuta essenziale per restituire dignità, decoro ma anche autonomia alla categoria professionale.

Fino agli anni Cinquanta, tuttavia, giungono echi dello stile dei galatei forensi che aveva dominato l'Ottocento e di una visione che esalta la dimensione morale della professione e il suo patrimonio di valori non scritti che si tramandano attraverso l'esempio e la prassi. Di questa visione è ancora espressione l'opera di Aurelio Candian, *Avvocatura* del 1949, che si rivolge ai giovani avvocati e che delinea un modello di professionista che deve unire la competenza scientifica e la levatura morale nel perseguimento di una funzione che non può prescindere dall'osservanza della legge e al contempo dall'ispirazione etica. L'opera di Candian si traduce anche in una serie di indicazioni e consigli più specifici,

<sup>(40)</sup> V., rispettivamente, F. TACCHI, *Gli avvocati italiani dall'Unità alla repubblica*, cit.; e R. BIANCHI RIVA, *Verso il codice deontologico forense*, cit.

<sup>(41)</sup> R. DANОВI, *Il diritto degli altri*, cit., p. 167 ss.; A. ROMEO, *Il buon avvocato*, cit., p. 57 ss.

fra i quali ad esempio quello di astenersi da affermazioni non veritiere, anche in contrasto con la volontà del cliente <sup>(42)</sup>.

Di taglio diverso, e maggiormente proiettata nel futuro, è la successiva opera di Carlo Lega, *Deontologia forense* pubblicata nel 1975. Il libro organizza e affronta in maniera esauriente e sistematica le regole di condotta degli avvocati, anche attraverso una raccolta della giurisprudenza disciplinare, ma è noto soprattutto perché, pur non negando l'afferenza delle predette regole anche all'ambito del costume e della morale, ne sostiene la doverosità e la giuridicità <sup>(43)</sup>. Il testo ha dunque costituito una tappa rilevante nel percorso che ha condotto alla codificazione dell'etica forense <sup>(44)</sup>.

Anche l'attività del Consiglio nazionale forense ha naturalmente avuto un ruolo determinante nella «positivizzazione» dell'etica forense e nella costruzione della deontologia, attraverso, in particolare, la diffusione della giurisprudenza disciplinare (che costituiva nei fatti già un codice non scritto) e l'attività dei convegni nazionali che ha posto al centro del dibattito, specie a partire dalla fine degli anni Cinquanta, anche il tema della codificazione delle regole di condotta degli avvocati <sup>(45)</sup>.

Nel 1984, Remo Danovi, allora Segretario del Consiglio dell'ordine degli avvocati di Milano, pubblica il suo *Codice deontologico*

<sup>(42)</sup> A. CANDIAN, *Avvocatura*, Milano, 1949, pp. 73 e 93. Sull'opera di Candian v., ad esempio, R. DANOVI, *Il diritto degli altri*, cit., p. 183 s.

<sup>(43)</sup> C. LEGA, *Deontologia forense*, Milano, 1975.

<sup>(44)</sup> Carlo Lega sostenne l'opportunità di realizzare un codice deontologico, per esigenze di «certezza» e di «pubblicità», anche in ragione della presenza di «numerosi regole di dettaglio la cui conoscenza non si può presumere nemmeno da parte dei soggetti più rigorosamente ossequianti ai comandamenti dell'etica e alle regole del costume, ma è solamente dopo un lungo periodo di esperienza che essi potranno rendersene edotti»: v. C. LEGA, *Deontologia forense*, cit., p. 33 ss.; fra le voci contrarie alla codificazione si segnala quella di A. SANDULLI, *Regole di deontologia professionale e sindacato della Corte di cassazione*, in «Giustizia civile», 1961, p. 616 ss.

<sup>(45)</sup> In particolare, nei Convegni di Bologna del 1957, di Bari del 1963 e di Ancona del 1987, i cui atti si rinvencono in *La lotta per i diritti*, cit.; sulla rilevanza di questi convegni nel percorso che ha condotto alla codificazione dell'etica forense, cfr. R. BIANCHI RIVA, *Verso il codice deontologico forense*, cit., p. 23 ss.

*forense*, un testo che ricava per induzione dalla giurisprudenza disciplinare e ordinaria le regole di condotta degli avvocati traducendole in 49 articoli, suddivisi in 4 titoli (principi generali, rapporti con i colleghi, rapporti con la parte assistita, rapporti con la controparte, i magistrati e i terzi), per ciascuno dei quali al principio generale ed astratto si accompagna una sintesi dei relativi precedenti e una nota di commento. Nel «codice» di Danovi inoltre veniva attribuita agli organi professionali sia la potestà regolamentare in tema di deontologia sia quella disciplinare per le violazioni dei precetti deontologici <sup>(46)</sup>. La «battaglia» di Danovi per la codificazione si fondava, in estrema sintesi, sull'idea che la creazione di un codice deontologico avrebbe favorito la diffusione dell'etica forense, la sua effettività e la sua certezza <sup>(47)</sup>.

L'impegno di Danovi trova l'avallo, fra le altre, dell'autorevole voce di Gino Gorla e di quella di Franzo Grande Stevens <sup>(48)</sup> e, nonostante la presenza di alcune resistenze (legate principalmente al tema della tipizzazione degli illeciti disciplinari e a quello del chi, fra gli organi di autogoverno e lo Stato tramite legge, dovesse procedere alla codificazione), si arriva nel 1997 al primo codice deontologico forense italiano, al quale seguirà il codice vigente del 2014, quest'ultimo redatto a seguito dell'entrata in vigore della nuova legge professionale forense n. 247 del 2012 <sup>(49)</sup>.

<sup>(46)</sup> R. DANОВИ, *Codice deontologico forense*, Milano, 1984.

<sup>(47)</sup> Idea sostenuta dall'autore, ad esempio, in R. DANОВИ, *La deontologia, oggi*; e in ID., *In difesa della codificazione (la giurisprudenza disciplinare come fonte di deontologia)*, entrambi pubblicati in ID., *Saggi sulla deontologia e sulla professione forense (alla ricerca della professionalità)*, Milano, 1987, pp. 15 ss. e 47 ss.; ma ribadita anche più di recente in R. DANОВИ, *Il diritto degli altri*, cit., spec. p. 226 ss.

<sup>(48)</sup> G. GORLA, *Note a margine di un «Codice deontologico forense»*, in «Giustizia civile», 1984, pp. 500-512; F. GRANDE STEVENS, *Presentazione*, in *Saggi sulla deontologia e sulla professione forense (alla ricerca della professionalità)*, cit., p. 3. Critico invece V. OLGIAI, *Alcune considerazioni critiche intorno al codice deontologico forense dell'avv. Remo Danovi*, in «Rivista del Consiglio dell'ordine degli avvocati e procuratori di Milano», 1984-85, n. 4, p. 46 ss.

<sup>(49)</sup> Sulla *ratio* e la genesi dei codici deontologici forensi, v. ancora R. DANОВИ, *Il diritto degli altri*, cit., p. 275 ss.; e R. BIANCHI RIVA, *Verso il codice deontologico forense*, cit., spec. p. 43 ss.

Come ha acutamente osservato il filosofo del diritto Giovanni Cosi, con l'adozione dei codici, gli avvocati «concludono un affare» con la società, in cui l'autonomia dal controllo e la tutela dalla concorrenza dei profani, una remunerazione e una posizione sociali adeguate, vengono scambiate con l'impegno ad un auto-controllo individuale e collettivo volto a tutelare gli interessi sia dei clienti che del resto della comunità»<sup>(50)</sup>.

Dopo l'entrata in vigore del codice, il dibattito e gli studi si incentrano sia sul rapporto fra la deontologia e l'ordinamento nel suo complesso sia su alcune delle regole contenute nel codice deontologico e sulla loro interpretazione.

Al primo tema è ad esempio ascrivibile il dibattito sulla giuridicità delle norme deontologiche che è stato, in larga parte superato, dapprima da parte della giurisprudenza e poi con l'approvazione della legge professionale del 2012 che ha attribuito espressamente al Consiglio nazionale forense la potestà regolamentare in materia di deontologia ed impone agli avvocati il dovere di rispettare le norme deontologiche (art. 3, c. 3). Dopo questo intervento, l'idea che le regole contenute nel codice deontologico abbiano natura giuridica e normativa è ormai largamente condivisa<sup>(51)</sup>.

<sup>(50)</sup> Così G. COSI, *L'avvocato e il suo cliente: appunti storici e sociologici sulla professione legale*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1986, p. 42.

<sup>(51)</sup> Per il carattere giuridico delle norme deontologiche, con accenti e motivazioni diverse, nel vigore dell'abrogata legge professionale, v. C. LEGA, *Deontologia forense*, cit., p. 38; ID., *In tema di deontologia professionale forense*, in «Giurisprudenza italiana», 1960, p. 41; A. FALZEA, *Sulle funzioni giurisdizionali del Consiglio nazionale forense*, in «Rassegna forense», 1984, p. 279; R. DANOVÌ, *Il codice deontologico degli avvocati*, in «Il foro italiano», 1997, V, cc. 333-340; P. GIANNITI, *Principi di deontologia forense*, Padova, 1992, 12 ss.; G. GORLA, *Note a margine di un «Codice deontologico forense»*, cit., p. 500 ss.; in epoca successiva v., ad esempio, U. PERFETTI, *Deontologia dell'avvocato, ordinamento forense, amministrazione della giustizia*, Torino, 2014, p. 64 ss.; F. GALGANO, *Deontologia forense e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in «Contratto e impresa», 2011, pp. 287-296, quest'ultimo sulla base dell'idea però che la giuridicità di una norma non possa essere esclusa in virtù della sua appartenenza ad un ordinamento diverso da quello statale. Per il carattere extragiuridico dei precetti deontologici, v. A. SANDULLI, *Regole di deontologia professionale e sin-*

Più controverso e ancora attuale è il tema del rapporto fra la deontologia e la legge statale, con riguardo, ad esempio, al problema del conflitto fra i due ambiti normativi o a quello della tipizzazione degli illeciti disciplinari e delle conseguenze della violazione delle norme deontologiche sul piano della responsabilità civile e penale degli avvocati o, ancora, a quello dello sconfinamento della legge statale sull'autogoverno della categoria con ripercussioni anche sulla disciplina deontologica <sup>(52)</sup>.

Tutti questi temi, che potrebbero essere ulteriormente declinati, sono stati innanzitutto trattati da Remo Danovi, il quale ha affiancato costantemente alla sua attività di avvocato e al suo impegno istituzionale all'interno degli organi professionali una considerevole produzione scientifica della quale è difficile dare compiutamente atto. La produzione di Danovi comprende manuali, monografie, raccolte ragionate di giurisprudenza e saggi che spaziano dalla storia della deontologia, alle riflessioni etiche, al contenuto dei canoni di condotta degli avvocati e delle singole norme deontologiche, al procedimento disciplinare, al rapporto fra deontologia e legge, fra deontologia e processo.

Fra i manuali e i commenti si segnalano, fra gli altri, oltre al suo *Codice deontologico forense* del 1984, *Il nuovo codice deonto-*

*dicato della Corte di cassazione*, cit., p. 616 ss.; e A. D'ANGELO, *La deontologia dell'avvocato*, in *Le fonti di autodisciplina: tutela del consumatore, del risparmiatore, dell'utente*, a cura di P. Zatti, Padova, 1996, p. 131. Nella giurisprudenza (che ha ripetutamente riconosciuto il carattere giuridico e normativo delle norme deontologiche, con nettezza a partire da Cass. civ., sez. un., 6 giugno 2002, n. 8225) si registra ancora qualche oscillazione in ordine alla censurabilità in Cassazione della violazione delle norme deontologiche, in connessione con il tema della rilevanza esterna o meno delle medesime norme. Su tutti questi temi v. specialmente M. BINA, *La felicità dell'avvocato*, cit., p. 66 ss., anche per ampi riferimenti; R. DANOVÌ, *Il diritto degli altri*, cit., pp. 234 ss. e 275 ss.; ID., *Ordinamento forense e deontologia*, cit., p. 121 ss.; in prospettiva filosofica, F. PUPPO, *La deontologia forense nell'età della decodificazione*, cit., p. 81 ss.

<sup>(52)</sup> Cfr., anche su questi temi, R. DANOVÌ, *Il diritto degli altri*, cit., pp. 234 ss. e 275 ss.; M. BINA, *La felicità dell'avvocato*, cit., pp. 9 s. e 66 ss., il quale in particolare affronta il tema del coordinamento fra le norme deontologiche e quelle processuali di fonte statale, giungendo ad una sistemazione originale e innovativa.

*logico forense, Il nuovo procedimento disciplinare degli avvocati e La nuova legge professionale forense del 2014*, nonché il manuale *Ordinamento forense e deontologia*, la cui ultima edizione è del 2025<sup>(53)</sup>.

La concezione della deontologia di Danovi è stata di recente espressa e condensata nella monografia, più volte richiamata in questo scritto, *Il diritto degli altri*, nella quale ad una ricostruzione storica ampia e dettagliata si accompagnano riflessioni attuali e di ampio respiro. La deontologia per Remo Danovi è, appunto, il «diritto degli altri a veder rispettate le regole giuridicamente imposte nel più ampio contesto possibile»; «è un diritto che fa parte a pieno titolo dell'ordinamento giudiziario in cui ogni comportamento professionale si attua, ma anche dell'ordinamento statale, quale contributo positivo al miglioramento del senso collettivo della giustizia»<sup>(54)</sup>.

Sempre di Danovi si segnalano, inoltre, per quanto non più recenti, le raccolte di scritti *Saggi sulla deontologia e professione forense* del 1987 e *Deontologia e giustizia* del 2003. Fra i numerosissimi saggi dell'autore non manca la sensibilità per le esperienze di altri ordinamenti e per la dimensione sovranazionale della deontologia<sup>(55)</sup>, così come l'attenzione per la diffusione della deontologia e più in generale della cultura dell'etica della professione.

In relazione a quest'ultimo aspetto, in un saggio del 2020 dal titolo *La cultura delle riviste giuridiche e il diritto forense*, Danovi valorizza il ruolo già svolto dalle riviste edite dal Consiglio na-

<sup>(53)</sup> R. DANОВI, *Il nuovo codice deontologico forense*, cit.; ID., *Il nuovo procedimento disciplinare degli avvocati*, Milano, 2014; ID., *La nuova legge professionale forense*, Milano, 2014; ID., *Ordinamento forense e deontologia*, cit.

<sup>(54)</sup> R. DANОВI, *Il diritto degli altri*, cit., spec. p. 264 ss.; fra i volumi di Danovi si segnalano anche ID., *L'immagine dell'avvocato e il suo riflesso*, Milano, 1995; ID., *Processo al buio: lezioni di etica in venti film*, Bologna, 2010.

<sup>(55)</sup> R. DANОВI, *Saggi sulla deontologia e professione forense*, Milano, 1987; ID., *Deontologia e giustizia*, Milano, 2003. In prospettiva sovranazionale, ad esempio, ID., *Il codice di deontologia degli avvocati della Comunità europea*, in «Il foro italiano», 1989, V, cc. 149-160; R. DANОВI, *Il diritto degli altri*, cit., pp. 221 s. e 283 ss., in cui l'autore affronta anche il tema della c.d. «doppia deontologia» legata alla dimensione transnazionale delle controversie.

zionale forense (a partire dalla rivista *Giurisprudenza nazionale forense* degli anni Trenta), ma si pone obiettivi più ambiziosi, auspicando che le riviste scientifiche occupino e diffondano un dibattito costante non solo sulla deontologia ma anche sulla stretta correlazione fra etica e processo e fra regole deontologiche e diritto sostanziale (temi ai quali, come si osserverà nel paragrafo successivo, Danovi ha dedicato specifiche riflessioni) <sup>(56)</sup>.

Di deontologia forense, ma più in generale dell'avvocatura e della professione di avvocato, si è ampiamente occupato anche Guido Alpa, nella sua duplice veste di insigne giurista e di membro del Consiglio nazionale forense, del quale è stato per molti anni Presidente. Come si è già osservato, Alpa ha in primo luogo valorizzato la prospettiva storica dei temi, promuovendo la collana del Consiglio nazionale forense sulla *Storia dell'avvocatura in Italia* e contribuendovi attivamente, in particolare curandone i volumi *Un progetto di ricerca sulla storia dell'avvocatura* e *La lotta per i diritti* <sup>(57)</sup>. A questa linea di ricerca, l'autore ha affiancato molti altri studi che vanno, ad esempio, dalla deontologia in senso stretto <sup>(58)</sup>, alla formazione degli avvocati <sup>(59)</sup>, alle funzioni del Consiglio nazionale forense <sup>(60)</sup>, al rapporto fra la professione di

<sup>(56)</sup> R. DANОВИ, *La cultura delle riviste giuridiche e il diritto forense*, in «Rivista di diritto processuale», 2020, p. 1205 ss.

<sup>(57)</sup> Il riferimento è a *Un progetto di ricerca sulla storia dell'avvocatura*, cit., che è aperto dal saggio di G. ALPA, *Per un progetto di storia dell'avvocatura*, cit.; e a *La lotta per i diritti*, cit.

<sup>(58)</sup> V., ad esempio, G. ALPA, *Il ruolo del difensore tra normativa interna e sovranazionale*, in «Diritto penale e processo», 2012, p. 5 ss.; ID., *Etica e responsabilità: principi fondamentali della deontologia forense e società civile in Italia*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2011, p. 91 ss.; ID., *Deontologia forense*, in «Rivista di diritto civile», 2013, p. 436 ss.; ID., *L'illecito deontologico e il procedimento disciplinare nell'ordinamento della professione forense*, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 2014, p. 188 ss.; in prospettiva storica e culturale, ID., *La biblioteca dell'avvocato civilista nell'800*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2001, p. 233 ss.

<sup>(59)</sup> V. il volume *La formazione dell'avvocato in Europa*, a cura di G. Alpa e A. Mariani Marini, Pisa, 2009.

<sup>(60)</sup> Le sue posizioni sul tema sono ribadite in un recente scritto che ripercorre, tributandolo, il pensiero di Angelo Falzea: v. G. ALPA, *Angelo Falzea e le*

avvocato e il mercato (anche per il suo impatto sulla deontologia) <sup>(61)</sup>. Nella fase finale della sua carriera Alpa ha inoltre dedicato delle approfondite riflessioni al rapporto fra le nuove tecnologie e la professione di avvocato, con uno scritto sul diritto di difesa e sul ruolo degli avvocati nell'applicazione dei sistemi di intelligenza artificiale <sup>(62)</sup>.

Ai lavori di Danovi ed Alpa (che si è ritenuto di valorizzare per ampiezza, profondità e continuità) si affiancano diversi altri scritti in tema di deontologia contemporanea. Escludendo la saggistica, si segnalano, ad esempio, i lavori di Ubaldo Perfetti (*Corso di deontologia professionale* del 2008 e *Deontologia dell'avvocato, ordinamento forense, amministrazione della giustizia* del 2015) <sup>(63)</sup>; il *Manualetto forense* del 1997 di Francesco Galgano e Franco Grande Stevens <sup>(64)</sup>; e *La professione di avvocato* di Maurizio De Tilla del 1998 <sup>(65)</sup>.

Meritano anche un richiamo gli studi di alcuni avvocati, molti dei quali partecipi delle attività istituzionali del Consiglio nazionale forense e degli altri organi dell'avvocatura; ci si riferisce in particolare ai lavori di Alarico Mariani Marini <sup>(66)</sup> e di Fabio De

*funzioni giurisdizionali del Consiglio nazionale forense*, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 2024, p. 1460 ss.

<sup>(61)</sup> V., ad esempio, G. ALPA, *La professione forense oggi*, in «Contratto e impresa», 2012, p. 955 ss.; cfr., anche sul tema dell'equo compenso agli avvocati, ID., *La crisi economica e la professione forense*, in «Diritto penale e processo», 2014, p. 913 ss.; ID., *L'equo compenso per le prestazioni professionali forensi*, in «Vita notarile», 2018, p. 1 ss.

<sup>(62)</sup> G. ALPA, *La difesa dei diritti e il ruolo dell'avvocato nell'applicazione dei sistemi di intelligenza artificiale*, in «Contratto e impresa», 2024, p. 267 ss.

<sup>(63)</sup> U. PERFETTI, *Corso di deontologia professionale*, Padova, 2007; e ID., *Deontologia dell'avvocato, ordinamento forense, amministrazione della giustizia*, Torino, 2015.

<sup>(64)</sup> F. GALGANO, F. GRANDE STEVENS, *Manualetto forense: ordinamento, previdenza, deontologia e formazione forensi*, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 1997.

<sup>(65)</sup> M. DE TILLA, *La professione di avvocato*, 2<sup>a</sup> ed., vol. I, Milano, 1998.

<sup>(66)</sup> A. MARIANI MARINI, *Agli antipodi dell'azzeccagarbugli: cultura ed etica dell'avvocato*, Napoli, 2009; ID., G. ALPA, *La formazione dell'avvocato in Europa*, Pisa, 2009; ID., G. ALPA, *Etica professionale e responsabilità sociale dell'avvocato europeo*, Pisa, 2013. Alarico Mariani Marini è stato membro del Consiglio

Santis <sup>(67)</sup>; in ambito penalistico, di Ettore Randazzo <sup>(68)</sup> e, con un tratto maggiormente divulgativo, di Fulvio Gianaria e Alberto Mittone <sup>(69)</sup>.

Diversi saggi e commenti, infine, si occupano dei singoli principi e doveri professionali dell'avvocato enunciati nel codice deontologico vigente (ad esempio di lealtà, correttezza, competenza, fedeltà al cliente, segretezza, verità, indipendenza), integrando sul punto i manuali e i volumi già richiamati. Non è possibile in questa sede, né è forse utile, dare atto di singoli contributi; può essere tuttavia proficuo segnalare che alcuni temi hanno attirato maggiormente l'attenzione degli interpreti. Alcuni scritti, ad esempio, affrontano il tema del conflitto di interessi <sup>(70)</sup>, quello della segretezza della corrispondenza <sup>(71)</sup> o, specie di recente, quello dei doveri dell'avvocato nell'ascolto dei minori e più in generale in

nazionale forense e della Commissione per la redazione del codice deontologico del 1997 e fondatore nel 2012 della Scuola superiore dell'avvocatura.

<sup>(67)</sup> F. DE SANTIS, *Appunti di deontologia forense*, Pisa, 2024.

<sup>(68)</sup> E. RANDAZZO, *L'avvocato e la verità*, Palermo, 2003; ID., *Deontologia e tecnica del penalista*, Milano, 2005. Ettore Randazzo è stato avvocato e a lungo Presidente dell'Unione delle camere penali italiane.

<sup>(69)</sup> F. GIANARIA, A. MITTONE, *L'avvocato necessario*, cit.; e ID., *L'avvocato del futuro*, Torino, 2022.

<sup>(70)</sup> Sul conflitto di interessi v., ad esempio, L. CROTTI, *Il conflitto di interessi nell'attività dell'avvocato*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2021, p. 203 ss., spec. p. 215 ss.; F. BONELLI, *Il conflitto di interessi nella assunzione di incarichi da parte di avvocati*, in «Diritto del commercio internazionale», 2009, p. 3 ss.; F. RUSSO, *Il conflitto di interessi del difensore costituito per più parti*, in «Rivista di diritto processuale», 2007, p. 387 ss.; R. CONTE, *Appunti sul concetto di «potenzialità» nel conflitto di interessi tra l'avvocato e il suo assistito*, in «Giurisprudenza italiana», 2021, p. 2358 ss.; R. DANОВI, *Cliente, ex cliente, cliente conflittuale e cliente parentale: limiti deontologici all'assunzione del mandato*, in «La previdenza forense», 2022, p. 233 ss.; e ID., *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.

<sup>(71)</sup> R. DANОВI, *La riservatezza della corrispondenza: una proposta di modifica dell'art. 48 del codice deontologico*, in «Il corriere giuridico», 2016, p. 648 ss.; ID., *Produzione di corrispondenza riservata e azione in conflitto di interessi tra deontologia e processo*, cit.

ambito familiare <sup>(72)</sup>. Non mancano inoltre riflessioni sugli altri doveri e canoni di condotta, ad esempio sul dovere di lealtà, correttezza, dissuasione e verità dell'avvocato <sup>(73)</sup>.

Specialmente questi ultimi temi conducono però ad indagare un ambito più ampio: quello del processo e della giustizia e della loro relazione con l'etica dell'avvocato.

4. *Etica forense, processo e giustizia.* — «I problemi della giustizia non si esauriscono in quelli della ricerca della disciplina ottimale del processo, poiché ogni modifica di tale disciplina rimette in gioco l'esercizio dei contrapposti poteri del giudice e delle parti e quindi l'assetto delle due forze istituzionali che nel processo si fronteggiano: i magistrati e gli avvocati» <sup>(74)</sup>.

Le parole di Vittorio Denti ci sembrano le più appropriate per iniziare a descrivere gli studi che si sono occupati in Italia del rapporto fra etica forense e processo. La scuola pavese di diritto processuale civile è infatti quella che più si è dedicata, e continua a dedicarsi, allo studio del tema <sup>(75)</sup>. Anche la scuola fiorentina di

<sup>(72)</sup> V., ad esempio, D. CERRI, *Il ruolo dell'avvocato nell'ascolto del minore: la deontologia della competenza*, in «Cultura e diritti», 2014, p. 83 ss.; B.M. SANTORO, *Profili deontologici del rapporto avvocato-minore nelle procedure giudiziali e negoziali inerenti la crisi familiare*, in «L'osservatorio sul diritto di famiglia», 2020, p. 98 ss.

<sup>(73)</sup> Senza pretesa di esaustività, e richiamando solo i saggi, sul dovere di lealtà, v. P. DENARO, *Il dovere di lealtà*, in «Sociologia del diritto», 2011, p. 61 ss.; sul dovere di dissuasione dell'avvocato nei confronti del cliente, v. 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. 431 ss.; sul dovere di verità dell'avvocato, v. F. CIPRIANI, *L'avvocato e la verità*, in «La previdenza forense», 2003, p. 222 ss.; e, anche per riferimenti, M. BINA, *Il dovere di verità dell'avvocato nel processo civile*, in «Rivista di diritto processuale», 2021, p. 514 ss., ma vedi anche la bibliografia richiamata *infra* nelle note 103-105.

<sup>(74)</sup> Così V. DENTI, *La giustizia civile: lezioni introduttive*, Bologna, 1989, p. 177.

<sup>(75)</sup> V., per un quadro di insieme, V. DENTI, *Intorno alla relatività della distinzione fra norme sostanziali e processuali*, in «Rivista di diritto processuale», 1964, p. 69 ss.; ID., *La difesa come diritto e come garanzia*, in «Il foro italiano», 1977, V, c. 55 ss.; ID., *La giustizia civile*, cit., pp. 104 ss. e 177 ss.; M. TARUFFO, *Il processo civile «adversary» nell'esperienza americana*, Padova,

Mauro Cappelletti ha valorizzato il ruolo del difensore nell'accesso alla giustizia e nella sua effettività, sia pure con un'attenzione meno indirizzata alla condotta dell'avvocato <sup>(76)</sup>.

Prendendo prevalentemente in considerazione l'ambito della giustizia civile <sup>(77)</sup>, la scelta metodologica di studiare il processo nella prospettiva dell'avvocato non è dunque del tutto estranea alla nostra cultura giuridica, come ulteriormente emergerà nel corso di questo paragrafo.

Tale scelta non può però, purtroppo, ancora dirsi diffusa nella dottrina processualistica che si è tradizionalmente mostrata restia

1979, p. 177 ss.; ID., *The lawyer's role and the models of civil process*, in «Israel law review», 1981, vol. 16, p. 5 ss.; L.P. COMOGLIO, *Regole deontologiche e doveri di verità nel processo*, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 1998, p. 133 ss.; L.P. COMOGLIO, V. ZAGREBELSKY, *Modello accusatorio e deontologia dei comportamenti processuali nella prospettiva comparatistica*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1993, p. 435 ss.; 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. 1 ss.; e gli ulteriori scritti di Angelo Dondi, Vincenzo Ansanelli e Paolo Comoglio citati *infra* nel testo e in nota.

<sup>(76)</sup> M. CAPPELLETTI, *Ideologie nel diritto processuale*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1962, p. 193 ss., spec. p. 200 ss.; ID., *Giustizia e società*, Milano, 1972, p. 340 ss.; N. TROCKER, *Assistenza legale e giustizia civile*, Milano, 1979; V. VARANO, *Assistenza e consulenza giuridica*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile*, vol. I, Torino, 1987, p. 482 ss.; ID., *La libera circolazione degli avvocati nella CEE e l'ordinamento italiano: problemi e prospettive*, in «Il foro italiano», 1981, V, c. 137 ss.; ID., *Professional Ethics and Procedural Fairness*, rapporto italiano, in *Professional Ethics and Procedural Fairness*, a cura di G. Walter, Bern-Stuttgart, 1991, p. 374 ss.

<sup>(77)</sup> La specificità del processo penale, nel quale l'imputato è un soggetto colpito nei suoi interessi vitali dalla pubblica accusa, non ci consente di descrivere compiutamente gli studi relativi. Per le interrelazioni fra etica forense e processo penale ci limitiamo pertanto a rinviare ai già citati lavori di Ettore Randazzo citati *supra* nella nota 68 e, soprattutto, a D. NOTARO, *In foro illecito versari: l'abuso del processo fra dimensione etica e risposta penale*, Torino, 2015. Sulla specificità delle questioni di etica forense nel processo penale, v. G. TARRELLO, *Due interventi in tema di deontologia*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1982, p. 207 ss., spec. p. 210; M. LA TORRE, *Il giudice, l'avvocato, e il concetto di diritto*, Soveria Mannelli, 2002, p. 139 ss.; e, di recente, A. ROMEO, *Il buon avvocato*, cit., p. 439 ss.

ad integrare la cultura del processo con quella della professione forense, sebbene, come è stato da alcuni osservato, sussista una reciproca influenza fra avvocatura e processo: da un lato, le regole processuali sono in grado di incidere sulla strutturazione della professione legale e sulla condotta dell'avvocato e, dall'altro, le modalità di esercizio della professione possono incidere sull'applicazione e sull'interpretazione delle norme processuali, oltre che sulle stesse scelte del legislatore <sup>(78)</sup>.

Le ragioni del tradizionale disinteresse degli studiosi del processo per l'etica forense sono plurime e sono state in primo luogo individuate nelle caratteristiche del processo civile italiano <sup>(79)</sup> e nella formulazione delle sue norme, nelle quali i riferimenti alla condotta del difensore e alle sue conseguenze sono limitati o comunque (come nel caso del dovere di lealtà e probità dell'art. 88 cod. proc. civ.) indirizzati contemporaneamente alle parti e ai difensori, con un effetto di dissolvimento della figura del difensore in quella del cliente, parte della controversia <sup>(80)</sup>. Un'altra ragione è stata poi rintracciata nella propensione degli studiosi del processo civile a considerare i problemi etico-professionali dell'avvocatura come non prettamente processualistici ma afferenti al

<sup>(78)</sup> Così P. COMOGLIO, *Il processo come fenomeno economico di massa*, Torino, 2022, p. 6, in linea con le riflessioni ripetutamente svolte da Angelo Dondi, da ultimo in A. DONDI, *Buona pratica della difesa in giudizio come law of lawyering*, cit., e molti anni prima, ad esempio, in 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.; in senso analogo anche M. TARUFFO, *The lawyer's role and the model of civil process*, cit., p. 5 ss., per il quale il modo in cui è delineata l'etica dell'avvocato più che essere correlato alle forme del procedimento dipende dagli scopi attribuiti alla giustizia civile, oltre che dall'ideologia dominante in seno al corpo professionale.

<sup>(79)</sup> Oltre che, ancor prima, nelle caratteristiche dello Stato e del potere giudiziario, proprie dei sistemi continentali: v. M. DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven, 1986, nella trad. italiana a cura di A. Giussani, *I volti della giustizia e del potere*, Bologna, 1991, spec. pp. 239 ss. e 289 ss.; ID., *Professione legale e organizzazione dello Stato*, in *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, a cura di A. Dondi, Bologna, 1993, p. 57 ss.

<sup>(80)</sup> Così di recente A. DONDI, *Buona pratica della difesa in giudizio come law of lawyering*, cit., p. 8 s.

piano etico e filosofico <sup>(81)</sup>. Sotto tutti questi profili, altri sistemi giuridici si caratterizzano in modo radicalmente diverso e ciò spiega la ragione per cui gli studiosi che più hanno approfondito la correlazione fra etica forense e processo abbiano in comune l'adozione del metodo comparatistico e, nello specifico, il riferimento alla *legal ethics* di *common law* che, soprattutto nel sistema statunitense, ha un ruolo centrale nello studio del funzionamento del processo civile.

Anche se la prospettiva integrata fra etica forense e processo ha faticato e fatica a diffondersi fra gli studiosi del processo civile quale ambito di studi autonomo, si deve comunque dare atto della presenza nella dottrina processualistica di alcuni studi e riflessioni sulla figura dell'avvocato e dell'avvocatura, non privi di connessioni con lo studio del processo.

Facendo un passo indietro nel tempo, il riferimento è in primo luogo alla voce di Piero Calamandrei che all'avvocatura e agli avvocati ha dedicato moltissimi scritti, contenuti prevalentemente nel secondo volume delle sue *Opere giuridiche*, che concernono i rapporti fra l'avvocatura e la riforma del processo civile, l'insegnamento del diritto e la formazione degli avvocati, il tirocinio e l'esame di abilitazione e, ancora, la riforma delle professioni di avvocato e procuratore <sup>(82)</sup>.

Con specifico riguardo alla condotta e al ruolo dell'avvocato nel processo, si segnalano, fra gli altri, la prolusione senese del 1920 su *L'avvocatura e la riforma del processo civile*, lo studio *Troppi avvocati!* e il celebre *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, la cui prima edizione risale al 1935, con le relative prefazioni. In

<sup>(81)</sup> V. ancora A. DONDI, *Buona pratica della difesa in giudizio come law of lawyering*, cit., p. 4; e nel medesimo senso R. DANOVÌ, *Il diritto degli altri*, cit., p. 241.

<sup>(82)</sup> P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, vol. II, *Magistratura, avvocatura, studi e insegnamento del diritto*, Napoli, 1966, disponibile anche nella rist., Roma, 2019. Sul pensiero di Calamandrei su avvocatura, avvocati ed etica forense, v. V. DENTI, *La giustizia civile*, cit., p. 180 s.; F. CIPRIANI, *Avvocatura e diritto alla difesa*, Napoli, 1999, pp. 259 ss. e 307 ss.; R. DANOVÌ, *Il diritto degli altri*, cit., p. 178 ss.; cfr. anche M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018, p. 524 ss.

particolare, in questi scritti, Calamandrei si sofferma sulla funzione «pubblica» dell'avvocato <sup>(83)</sup>; sul suo ruolo nel funzionamento del processo e nella realizzazione della giustizia che presuppone la correttezza nello scontro e nella dialettica con il giudice <sup>(84)</sup>; sulla parzialità dell'avvocato e sul suo rapporto con la verità <sup>(85)</sup>; e, ancora, sulla responsabilità del legale negligente <sup>(86)</sup>. Sulla missione dell'avvocato ritornerà anche Francesco Carnelutti, ad esempio, nel suo *Vita di avvocato*, ponendo in particolare l'accento sulla funzione del professionista di mediazione e composizione dei conflitti <sup>(87)</sup>.

Sempre con riguardo al secolo scorso va menzionata anche la raccolta di scritti di Franco Cipriani dal titolo *Avvocatura e*

<sup>(83)</sup> Che si trova nitidamente espressa nella sua prefazione alla seconda edizione dell'elogio del 1938, dal titolo *Giudici e avvocati*, in *Opere giuridiche*, vol. II, cit., p. 389 ss. (in cui l'autore esclude tuttavia che la funzione pubblica e di collaboratore della giustizia dell'avvocato possa trasformarlo in un burocrate) e in *Troppi avvocati!*, Firenze, 1921, anch'esso ripubblicato nelle *Opere giuridiche*, vol. II, cit., p. 67 ss.

<sup>(84)</sup> P. CALAMANDREI, *L'avvocatura e la riforma del processo civile*, in ID., *Opere giuridiche*, vol. II, cit., p. 25 s. in cui l'autore afferma: «nessuna legge può essere applicata con frutto, se il giudice nell'esplicazione del suo ufficio non si trova coadiuvato da un ordine di professionisti nel quale la coscienza dei doveri che l'avvocato si assume nella condotta del processo civile sia nitida e imperiosa». Nella prefazione all'*Elogio* egli scrive invece a p. 390: «Le virtù e i difetti dei giudici non possono dunque essere serenamente apprezzati se non quando si pensi che essi sono in realtà la riproduzione su un diverso piano, e quasi si potrebbe dire l'ombra deformata dalle distanze, delle corrispondenti virtù e manchevolezze degli avvocati».

<sup>(85)</sup> P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, 4<sup>a</sup> ed., Firenze, 1959, nella rist., Milano, 2005, spec. cap. VI. Cfr. sul punto M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., p. 526.

<sup>(86)</sup> P. CALAMANDREI, *I limiti di responsabilità del legale negligente*, in ID., *Opere giuridiche*, vol. II, cit., p. 379 ss.

<sup>(87)</sup> F. CARNELUTTI, *Vita di avvocato: colloqui*, Torino, 1961, ripubblicato a cura di F. Cipriani nel volume *Vita di avvocato - Mio fratello Daniele - In difesa di uno sconosciuto*, Milano, 2006, spec. p. 11 ss.: Carnelutti insiste nella rappresentazione del difensore come mediatore, che colma la distanza esistente tra parte e giudice, anche in ID., *Diritto e processo*, Napoli 1958, p. 106; di Carnelutti v. anche ID., *Avvocato e procuratore*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, 1959, p. 644 ss.

*diritto alla difesa*, pubblicata nel 1999. I saggi in essa contenuti affrontano diversi temi: dalla storia della professione, alla difesa dei non abbienti, al numero delle liti e degli avvocati, al rapporto fra l'avvocatura e il codice del 1942, alle vite di insigni giuristi e avvocati e, ancora, largamente, al funzionamento e alle criticità di alcuni istituti processuali che coinvolgono direttamente l'attività del difensore e la sua condotta <sup>(88)</sup>. Nel saggio dal titolo *La professione di avvocato*, Cipriani punta dritto al cuore del ruolo dell'avvocato affermando che «l'avvocato non può (e non deve) mai far prevalere gli interessi della "giustizia" (...) sui diritti e sugli interessi del proprio cliente» e ammettendo che la cosa «è spesso tutt'altro che semplice, tanto che non di rado gli avvocati si ritrovano ad affrontare gravi problemi di coscienza, ma è qui la grandezza e la nobiltà della professione» <sup>(89)</sup>. La perentorietà di queste affermazioni risulta però temperata dalle ulteriori riflessioni che Cipriani avrà modo di svolgere in suo scritto successivo del 2003 sul dovere di verità dell'avvocato, in cui l'autore esclude con fermezza il diritto dell'avvocato di mentire, pur se nell'interesse del suo cliente <sup>(90)</sup>.

Si ritrovano alcuni spunti di etica forense anche nel saggio di Virgilio Andrioli, *L'avvocato e la legge* del 1971 <sup>(91)</sup> e in alcuni scritti di Salvatore Satta e di Carmine Punzi <sup>(92)</sup>.

<sup>(88)</sup> F. CIPRIANI, *Avvocatura e diritto alla difesa*, cit.

<sup>(89)</sup> F. CIPRIANI, *La professione di avvocato*, in ID., *Avvocatura e diritto alla difesa*, cit., p. 8.

<sup>(90)</sup> F. CIPRIANI, *L'avvocato e la verità*, cit.

<sup>(91)</sup> V. ANDRIOLI, *L'avvocato e la legge*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1966, p. 1450 ss., spec. p. 1453, secondo il quale «giudice e difensore occupano una diversa posizione innanzi alla legge» ed il *proprium* dell'attività del difensore consiste nell'«esigenza del continuo raffronto fra il caso riguardato come il particolare lo specifico dell'esperienza giuridica, e la norma, che ne forma l'aspetto generale, e la spinta iniziale del cliente».

<sup>(92)</sup> S. SATTA, *Forma e sostanza nel ministero del procuratore*, in «Giustizia civile», 1958, I, p. 522 ss.; ID., *Avvocato e procuratore: c) Il procuratore*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, 1959, pp. 649-653; C. PUNZI, *L'interruzione del processo*, Milano, 1963, pp. 131 ss. e 144 ss.; ID., *La difesa nel processo civile e l'assetto dell'avvocatura in Italia*, in «Rivista di diritto processuale», 2006, p. 813 ss., spec. p. 817; ID., *Il «ministero» dell'avvocato*, in «Rivista di diritto

Riavvicinandoci dunque ad epoche più recenti, e tornando all'essenziale contributo della scuola pavese, devono senz'altro menzionarsi, i numerosissimi scritti di Angelo Dondi ed in particolare, solo fra le monografie e le curatele, i suoi: *Introduzione della causa e strategie di difesa*; *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*; *Etiche della professione legale*, scritto con il maestro americano Geoffrey C. Hazard; *Processi civili in evoluzione*, manuale curato con Vincenzo Ansanelli e Paolo Comoglio<sup>(93)</sup>. Molti dei saggi di Dondi su etica forense e processo sono stati inoltre ripubblicati nella recente raccolta *Comparazione e riforme della giustizia civile*<sup>(94)</sup>.

Sintetizzando notevolmente il pensiero dell'autore, attraverso la comparazione con i sistemi di *common law* e con le nozioni di *legal ethics* e *law of lawyering* in essi diffuse<sup>(95)</sup>, Dondi propone e coltiva l'integrazione tra l'etica professionale e il diritto processuale (ma anche tra essi, il diritto sostanziale e l'etica generale), mostrando e dimostrando come la disciplina del processo sia inevitabilmente influenzata dall'etica dell'avvocato e come, viceversa, le norme processuali e il modo in cui sono congegnate incidano sulla condotta del difensore<sup>(96)</sup>. Il processo è dunque per Dondi

processuale», 2009, p. 589 ss., spec. p. 596; ID., *Il ministero del difensore nel processo civile*, in «Rivista di diritto processuale», 2020, p. 1 ss.

<sup>(93)</sup> A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa*, vol. I, *Il modello statunitense*, Padova, 1991; ID., *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, cit.; G.C. HAZARD, A. DONDI, *Etiche della professione legale*, cit.; A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2018, spec. pp. 13-16, 57 ss. e 97 ss.

<sup>(94)</sup> A. DONDI, *Comparazione e riforme della giustizia civile: una raccolta di scritti*, a cura di V. Ansanelli e P. Comoglio, Genova, 2024.

<sup>(95)</sup> Su queste nozioni, fra gli scritti più recenti, v. A. DONDI, *Buona pratica della difesa in giudizio come law of lawyering*, cit.; e V. ANSANELLI, *Riforme dell'etica dell'avvocatura e riforma del processo civile*, in «Il giusto processo civile», 2021, p. 399 ss.

<sup>(96)</sup> Emblematica a tal proposito è la vicenda che ha interessato la riforma della rule 11 delle *Federal rules of civil procedure* statunitensi che dimostra come la configurazione degli atti introduttivi di parte risulti di per sé cruciale ai fini dell'assunzione da parte dell'avvocato di un approccio etico nella sua attività di difesa tecnica in giudizio. Sul punto v. A. DONDI, *Introduzione della causa*

il terreno e il punto di osservazione principale per l'esercizio del ruolo etico dell'avvocato, il quale è investito di una funzione pubblica (ispirata al modello statunitense dell'avvocato quale *Officer of the Court*) che gli impone di esercitare la difesa con modalità non confliggenti con il raggiungimento delle finalità di giustizia. Sulla stessa linea si collocano i lavori di Vincenzo Ansanelli ed anche la recente monografia di Paolo Comoglio, *Il processo come fenomeno economico di massa* <sup>(97)</sup>. Quest'ultimo lavoro si sofferma in particolare sul modo in cui le norme processuali e quelle sulla condotta del difensore reagiscono e interagiscono con i mutamenti dell'economia ed in particolare con le nuove forme di finanziamento e remunerazione delle liti civili.

Pur condividendo con la scuola pavese la prospettiva dell'avvocato nello studio del processo e la comparazione con la *legal ethics* statunitense, si colloca poi in una posizione autonoma il lavoro di Massimiliano Bina, *La felicità dell'avvocato* del 2024. Attraverso una pregevole integrazione fra prospettiva filosofica, deontologica e processuale, l'autore ricostruisce nel libro un'etica forense orientata sul cliente, fondata sulle virtù del difensore e non sull'attribuzione al medesimo di un ruolo ed una funzione di carattere pubblico. Sulla base della premessa che l'etica forense non possa essere ridotta alla deontologia codificata, il lavoro offre una inedita classificazione e reinterpretazione dei doveri dell'avvocato (di «fedeltà», di «integrità» e di «etichetta») ed approfondisce il rapporto fra deontologia e processo (e fra norme deontologiche e norme processuali), con particolare riguardo al conflitto di interessi, al segreto professionale e al dovere di verità <sup>(98)</sup>.

*e strategie di difesa*, vol. I, cit., spec. p. 98 ss.; ID., *Riforma degli atti introduttivi: il processo statunitense e il processo italiano*, in «Rivista di diritto processuale», 2014, p. 432 ss.

<sup>(97)</sup> V. ANSANELLI, *Riforme dell'etica dell'avvocatura e riforma del processo civile*, cit.; A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione*, 2<sup>a</sup> ed., cit.; P. COMOGLIO, *Il processo come fenomeno economico di massa*, cit.; ma v. anche gli altri autori citati *supra* alla nota 75.

<sup>(98)</sup> Di Massimiliano Bina si segnalano anche gli scritti minori: M. BINA, *Il dovere di verità dell'avvocato nel processo civile*, cit.; ID., *Il segreto professionale dell'avvocato e il dovere di riservatezza: etica e processo*, in «Il giusto processo

Nell'ambito della dottrina processualcivilistica contemporanea, di deontologia e dei suoi rapporti con il processo si è poi occupato a più riprese anche Giuliano Scarselli nel suo manuale *Ordinamento giudiziario e forense*, oltre che in diversi saggi <sup>(99)</sup>.

A tutte queste voci si unisce naturalmente anche quella dell'avvocatura ed in particolare di Remo Danovi, il quale, a più riprese, ha sostenuto una visione integrata fra deontologia e processo, propugnando in particolare la necessità che alle norme deontologiche sia riconosciuta rilevanza all'interno del processo, ferma restando l'autonomia dell'ordinamento giudiziario e di quello forense <sup>(100)</sup>. Altri autori hanno poi contribuito, sia pure in singole occasioni, allo studio del tema, con saggi che vanno da profili generali a temi più specifici <sup>(101)</sup>.

civile», 2020, p. 1221 ss.; ID., *L'etica del mediatore*, in «Rivista di diritto processuale», 2020, p. 617 ss.; ID., *The sound of silence and the advocacy forgotten role*, in «Revista Ítalo-española de Derecho Procesal», 2024, p. 49 ss.

<sup>(99)</sup> G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 2013, spec. p. 466 ss.; fra i saggi dell'autore, ad esempio, ID., *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1998, p. 91 ss., spec. p. 95 ss., in cui l'autore individua una stretta correlazione fra doveri e poteri del difensore; ID., *La responsabilità civile del difensore per l'infrazione della norma deontologica*, in «Il foro italiano», 2009, cc. 3168-3172; ID., *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.

<sup>(100)</sup> R. DANОВI, *Il diritto degli altri*, cit., p. 240 ss.; ID., *Produzione di corrispondenza riservata e azione in conflitto di interessi tra deontologia e processo*, cit.; per una diversa ricostruzione del rapporto fra norma deontologica e norma processuale, v. M. BINA, *La felicità dell'avvocato*, cit., spec. pp. 9 ss., 171 ss., 200 ss. e 231 ss.

<sup>(101)</sup> Oltre alla bibliografia citata *supra* alle note 71, 72 e 73, sull'avvocato e i suoi doveri si segnalano in una prospettiva non strettamente deontologica: E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto vivente e difesa tecnica: lo strano caso dell'impugnazione del lodo arbitrale*, in «Il corriere giuridico», 2021, p. 394 ss.; A. BRIGUGLIO, *Interessi in conflitto e conflitto di interessi nel processo civile*, in «Il processo», 2019, p. 505 ss.; ID., *La professione forense nel contenzioso civile 40 anni dopo (festeggiando l'anniversario della fondazione della Facoltà di Giurisprudenza della Luiss)*, in «Giustizia civile», 2022, p. 569 ss.; G. VERDE, *La funzione sociale dell'avvocato nel tempo presente*, in «Iura & Legal Systems», 2019, p. 19 ss.; R. TISCINI, *Il ruolo del giudice e degli avvocati nella gestione delle*

Trattando dei rapporti fra l'etica forense e il processo civile non può prescindersi, infine, da una serie di studi che, pur non riguardando direttamente ed esclusivamente la condotta dell'avvocato, si soffermano su istituti e temi processuali che coinvolgono la dimensione etica del processo e presentano una strettissima connessione con l'esercizio del ruolo del difensore; ruolo che in connessione con tali istituti e temi diventa centrale per il perseguimento non solo degli interessi del cliente ma anche di una giustizia effettiva ed efficiente <sup>(102)</sup>.

Si allude in primo luogo agli studi generali sull'obbligo di lealtà e probità delle parti e dei difensori sancito dall'art. 88 cod. proc. civ. <sup>(103)</sup>, a quelli, connessi, sulla responsabilità aggravata dell'art. 96 cod. proc. civ. e, più in generale, sulla disciplina delle

*controversie civili*, in *La riforma della giustizia civile fra regole della giurisdizione e organizzazione*, Atti del XXXIV Convegno nazionale dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile, Bologna, 2025, p. 203 ss.

<sup>(102)</sup> Sull'efficienza della giustizia civile, v. ad esempio A. GIUSSANI, *Efficienza della giustizia e culture della riforma*, Milano, 2017, spec. cap. III e cap. XI, per il quale l'obiettivo prioritario della giustizia civile deve consistere nel miglioramento della sua efficienza come servizio pubblico; efficienza che secondo l'autore è valutabile in base al rapporto fra i conflitti generati dall'interazione sociale e i conflitti risolti in applicazione della legge sostanziale. Con riguardo alla dimensione etica del processo civile v., ad esempio, *Etica del processo e doveri delle parti*, Atti del XXIX convegno nazionale dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile, Bologna, 2015; *Etica e deontologia giudiziaria*, a cura di G. Visintini, S. Marotta, Atti del convegno internazionale in onore di Pietro Rescigno (Roma 14-16 gennaio 1999), Napoli, 2002; rispetto alla nozione di «giusto processo», L.P. COMOGGIO, *Etica e tecnica del «giusto processo»*, Torino, 2004.

<sup>(103)</sup> Sull'art. 88 cod. proc. civ., che è norma indirizzata contemporaneamente alle parti e ai difensori, v. A. CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, in *Etica del processo e doveri delle parti*, cit., p. 145 ss., spec. 226 ss.; L.P. COMOGGIO, *Dovere di lealtà e probità*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sassani e R. Vaccarella, vol. I, Torino, 2012, p. 1117 ss.; G. SCARSELLI, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, cit.; M. TARUFFO, *Abuso del processo*, in «Contratto e impresa», 2015, p. 833 ss.; M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., spec. p. 746 ss.

spese <sup>(104)</sup>; a quelli sulla sussistenza di un obbligo di verità delle parti nel processo civile <sup>(105)</sup> o, ancora, a quelli, numerosissimi, sull'abuso del processo <sup>(106)</sup>.

<sup>(104)</sup> In linea generale, le conseguenze sul piano delle spese, del risarcimento e delle sanzioni ai sensi degli artt. 92, 94 e 96 cod. proc. civ. – in caso di violazione del dovere di cui all'art. 88 cod. proc. civ., di malafede processuale e più in generale di condotte abusive e sleali delle parti e/o del difensore – ricadono solo sulla parte, e dunque su un «soggetto diverso da colui che secondo i principi generali dovrebbe ritenersi responsabile della condotta abusiva». Così 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. 196 ss., in cui si sottolinea l'opportunità che le sanzioni per i comportamenti abusivi delle parti nel processo investano principalmente i difensori tecnici. In direzione analoga, si segnalano delle limitate aperture giurisprudenziali all'applicazione dell'art. 94 cod. proc. civ. ai difensori muniti di valido mandato: v. Trib. Reggio Emilia, 12 luglio 2007, in «Giurisprudenza italiana», 2009, p. 153 ss., con nota adesiva 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.*; e Trib. Udine, 25 giugno 2011, in «Giurisprudenza italiana», 2012, p. 1395 ss. anch'essa con nota adesiva di T. FICARELLI. Sulla correlazione fra la disciplina delle spese e la violazione del dovere di lealtà e probità delle parti (in particolare declinato come dovere di verità), v. anche A. CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, cit., spec. p. 230 ss.; cfr. anche M.F. GHIRGA, *L'abuso del processo e alcune norme nell'ultima riforma del processo civile*, in «Rivista di diritto processuale», 2023, spec. p. 414 ss.

<sup>(105)</sup> In argomento, v. ancora A. CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, cit., p. 145 ss.; e M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., spec. p. 311 ss., entrambi anche per riferimenti. Con specifico riguardo al dovere di verità del difensore, v. anche M. BINA, *La felicità dell'avvocato*, cit., p. 231 ss.; e gli ulteriori scritti citati *supra* alla nota 73.

<sup>(106)</sup> Sull'abuso del processo v. fra i molti F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo*, vol. II, *Diritto positivo*, Padova, 2000; A. DONDI, *Abuso del processo (diritto processuale civile)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. III, Milano, 2010, pp. 1-10; *L'abuso del processo*, Atti del XXVIII Convegno nazionale dell'associazione fra gli studiosi del processo civile (Urbino 23-24 settembre 2011), Bologna, 2012; M.F. GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012; Id., *L'abuso del processo e alcune norme nell'ultima riforma del processo civile*, cit., p. 390 ss.; M. TARUFFO, *Abuso del processo*, cit.; A. PANZAROLA, *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo*, in «Diritto processuale amministrativo», 2016, p. 23 ss.; con più stretta attinenza al tema qui

Si tratta di studi che hanno avuto, specie negli ultimi vent'anni, un significativo incremento e dai quali non può prescindersi trattando della condotta dell'avvocato e che, viceversa, trovano un utile, se non necessario, completamento nelle riflessioni sull'etica forense.

Di ciò sono riprova, ad esempio, gli studi della scuola pavese sull'abuso del processo che, guardando largamente all'esperienza statunitense, considerano il tema come «inscindibilmente correlato al problema dell'individuazione di nozioni e *standards* funzionali di correttezza delle attività di difesa in giudizio»<sup>(107)</sup>.

Anche in altre occasioni, più risalenti, la dottrina non ha peraltro mancato di esplicitare il nesso fra il funzionamento di singoli istituti processuali e la condotta del difensore; spesso su sollecitazione diretta della giurisprudenza, come è avvenuto ad esempio in relazione all'uso del regolamento preventivo di giurisdizione (nella versione antecedente alla riforma del Novanta) con finalità dilatorie e abusive<sup>(108)</sup>.

Pur in presenza di questi rilevanti precedenti, la prospettiva integrata fra etica forense e processo meriterebbe di essere mag-

trattato, v. A. DONDI, A. GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, cit.

<sup>(107)</sup> Così A. DONDI, *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, in «Rivista di diritto processuale», 1995, p. 787 ss., ripubblicato in ID., *Comparazione e riforme della giustizia civile*, cit., p. 49 ss. (la citazione del testo si trova a p. 49) che contiene un'intera sezione di scritti (la prima) intitolata *Etica legale e abuso del processo*. Nella stessa direzione, il più volte richiamato, ID., A. GIUSSANI, *Appunti sul problema dell'abuso del processo civile nella prospettiva de iure condendo*, cit., nel quale, fra gli altri rilievi, si sollecita l'implementazione della normativa deontologica per aumentare l'efficienza del processo (prevedendo, ad esempio, in capo all'avvocato «un obbligo di accuratezza dell'informazione» più ampio del dovere di sincerità attualmente sancito nell'art. 50 cod. deont. for.).

<sup>(108)</sup> Ci si riferisce in particolare a Cass. civ., sez. un., del 3 novembre 1986, n. 6420 e contestuale ordinanza n. 628, in «Il foro italiano», 1987, I, c. 57 ss., e alla nota di commento di C. BARONE, F. CIPRIANI, A. PIZZORUSSO, A. PROTO PISANI, *Regolamento di giurisdizione, deontologia forense e credibilità delle sezioni unite*. Questa vicenda processuale è considerata espressione dello «scambio» fra deontologia e processo anche da R. DANOVÌ, *Il diritto degli altri*, cit., p. 245; e ID., *Produzione di corrispondenza riservata e azione in conflitto di interessi tra deontologia e processo*, cit., p. 123 s.

giormente coltivata e soprattutto elevata a sistema generale di comprensione del processo e di implementazione della sua efficienza ed effettività.

5. *Le prospettive filosofica e sociologica.* — Una delle caratteristiche della *legal ethics* statunitense è quella di essersi sviluppata e strutturata anche sulla base di studi filosofici e giusfilosofici <sup>(109)</sup>.

Diversamente, nel nostro sistema giuridico le riflessioni filosofiche si sono per lungo tempo rivolte solo alla figura del giudice e del legislatore, trascurando quella dell'avvocato <sup>(110)</sup>.

Le ragioni di questo disinteresse sono state rintracciate in larga parte nel fenomeno della positivizzazione e codificazione dell'etica dell'avvocato che ha dominato, come si è visto, larga parte del secolo scorso e che, se ha consentito di «approcciare alle questioni deontologiche con lo strumentario del giurista», le ha però sottratte «dalle mani della signoria della teoria morale», privando, almeno in parte, la deontologia della sua dimensione originariamente etica <sup>(111)</sup>.

Negli ultimi vent'anni, tuttavia, si è registrato un rinnovato interesse dei filosofi per l'etica forense, la deontologia e più in

<sup>(109)</sup> Su questo aspetto della *legal ethics* nella dottrina italiana, v. ad esempio, I. TRUJILLO, *Virtù e professioni giuridiche*, cit., p. 94 ss.; A. ROMEO, *Il buon avvocato*, cit., spec. pp. 22 ss. e 259 ss.; nella dottrina statunitense v. R. KRUSE, *Avvocatura e teoria del diritto: per una deontologia forense filosoficamente consapevole*, trad. it. a cura di Massimo La Torre, Napoli, 2015; e D. LUBAN, W. B. WENDEL, *Philosophical Legal Ethics: An Affectionate History*, in «Georgetown Journal of Legal Ethics», 2017, vol. 30, p. 337 ss.: quest'ultimo saggio ricostruisce, valorizzando la prospettiva filosofica, le varie fasi di evoluzione della *legal ethics* e risulta estremamente utile anche al giurista continentale per la comprensione dell'etica forense e dei relativi problemi.

<sup>(110)</sup> Così, ad esempio, M. LA TORRE, *Il giudice, l'avvocato, e il concetto di diritto*, cit., p. 53 s.; A. ROMEO, *Il buon avvocato*, cit., p. 24; ID., *Avvocatura, deontologia e il concetto di diritto*, in *Avvocatura, deontologia e il concetto di diritto, forum* a cura di A. Romeo, cit., p. 316; e A. ABIGNENTE, *Etica nella professione forense*, in «Sociologia del diritto», 2009, p. 163 ss.

<sup>(111)</sup> In questo modo, v. A. ROMEO, *Il buon avvocato*, cit., p. 22; nello stesso senso F. PUPPO, *La deontologia forense nell'età della decodificazione*, cit., p. 92 ss.

generale per il ruolo dell'avvocato nel contesto dell'ordinamento, sebbene anche nel secolo scorso non siano mancati interventi anche significativi (ma forse isolati) sul tema <sup>(112)</sup>. Si è parlato in proposito di una vera e propria «svolta giusfilosofica» dovuta in parte alla diffusione della cultura della *legal ethics* in Italia ed in parte al diffondersi di una prospettiva che guarda al diritto nella sua dimensione concreta e che insiste sull'importanza del «punto di vista interno», ossia del punto di vista dei partecipanti alla pratica del diritto, fra i quali campeggia la figura dell'avvocato <sup>(113)</sup>.

Oggi si rinvengono dunque diversi studi filosofici, comprendendosi in questi sia le riflessioni di filosofia morale e sistematica sia quelle dei filosofi del diritto, che affrontano temi centrali ed essenziali per una comprensione profonda dell'etica dell'avvocato e della deontologia.

Semplificando, le riflessioni dei filosofi in tema di etica forense cercano di fornire risposte alle seguenti domande: qual è la natura dell'etica forense e a quale ambito, del diritto o dell'etica, afferisce? Qual è il rapporto fra l'etica forense e l'etica generale? in che termini l'esercizio del ruolo giustifica una deviazione dall'etica generale e dalla morale? e, ancora, qual è la relazione fra etica e diritto e fra la funzione dell'avvocato e il concetto stesso di diritto? Quale modello di etica generale si adatta meglio a descrivere l'etica dell'avvocato e in che modo questa scelta influisce sull'esercizio del suo ruolo? Qual è la funzione dell'avvocato nel contesto dell'ordinamento democratico e nell'attuazione del diritto e della giustizia?

Su questi temi si sofferma, in primo luogo, Isabel Trujillo nella sua monografia *Etica delle professioni legali* del 2013, e in altri

<sup>(112)</sup> Ci si riferisce ad esempio alle riflessioni, sulle quali in parte si tornerà, di G. TARELLO, *Due interventi in tema di deontologia*, cit.; e di L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981, spec. p. 625 s., ma anche, a cavallo fra i due secoli, di G. COSÌ, *La responsabilità del giurista: etica e professione legale*, Torino, 1998.

<sup>(113)</sup> A. ROMEO, *Avvocatura, deontologia e il concetto di diritto*, cit., p. 317, ma anche, sia pure in termini diversi, I. TRUJILLO, *Etica delle professioni legali*, cit., applicando all'etica forense il modello della c.d. etica della virtù (v. *infra* nel testo e in nota).

scritti minori <sup>(114)</sup>. L'autrice indaga innanzitutto la natura dell'etica forense qualificandola come un'etica di ruolo (connessa cioè allo svolgimento di un ruolo professionale specifico e socialmente rilevante) differenziata dall'etica generale o comune e, al contempo, governata anche da essa <sup>(115)</sup>. Trujillo ritiene che la soluzione del conflitto fra etica di ruolo ed etica comune, che costituisce uno dei problemi classici dell'etica forense (dando luogo alla c.d. «sindrome delle mani sporche»), debba essere affidata all'avvocato quale agente e alla sua capacità di giudizio, tenendo conto dei fini dell'attività professionale, delle legittime aspettative dei terzi, della società nel suo complesso e dello stesso concetto di diritto.

In questa prospettiva, l'autrice riconduce l'etica dell'avvocato al modello dell'«etica della virtù» (o c.d. aretaico) fondato sulle qualità del soggetto agente <sup>(116)</sup>: l'etica professionale è l'insieme delle «abilità necessarie ad esercitare la missione specifica del professionista» e in quest'ottica implica un coinvolgimento della ragione e del giudizio pratico del soggetto agente, il quale è chiamato costantemente a comparare i propri doveri con il fine della sua attività e non con le proprie concezioni o preferenze personali. In quest'ottica, l'autrice rivisita e reinterpreta i dove-

<sup>(114)</sup> I. TRUJILLO, *Etica delle professioni legali*, cit.; ID., *Virtù e professioni giuridiche*, cit.; ID., *Avvocatura, deontologia e concetto di diritto ovvero: perché studiare la deontologia forense fa bene alla filosofia del diritto*, in *Avvocatura, deontologia e il concetto di diritto, forum* a cura di A. Romeo, cit., p. 373 ss.

<sup>(115)</sup> Nel libro si dà atto del tema della differenziazione dell'etica di ruolo e delle opposte tesi al riguardo: quella della differenziazione forte, corrispondente alla *standard conception* della *legal ethics* e che implica che l'avvocato debba e possa perseguire i fini del cliente con ogni mezzo, e quella della differenziazione debole che pone dei limiti alla condotta dell'avvocato derivanti anche da istanze etiche generali e dalla fedeltà al diritto e all'ordinamento. Al riguardo, v. I. TRUJILLO, *Etica delle professioni legali*, cit., spec. 17 ss.

<sup>(116)</sup> Al quale si contrappongono i diversi modelli dell'etica deontica e dell'etica consequenzialista: sul punto, v. I. TRUJILLO, *Etica delle professioni legali*, cit., spec. p. 74 ss.; ricostruiscono l'etica forense come etica della virtù anche F. PUPPO, *La forza dell'esempio*, cit., p. 336 ss.; e, nella dottrina processualistica, M. BINA, *La felicità dell'avvocato*, cit., spec. p. 45 ss.

ri dell'avvocato, in particolare quelli di lealtà e imparzialità <sup>(117)</sup>. Pur ritenendo che l'etica forense non possa essere ridotta ad una serie di norme che codificano doveri <sup>(118)</sup>, l'autrice non rinuncia a collocarla anche nel mondo del diritto; un diritto che è però fortemente differenziato e pluralista, che è costituito non solo da norme scritte e sanzioni ma anche dalla pratica giuridica e che ha quale suo marcatore fondamentale la «*Rule of law*» <sup>(119)</sup>.

Anche Claudio Sartea si è a lungo occupato di deontologia ed etica forense (e più in generale delle professioni) indagando i rapporti fra queste ultime, l'etica generale e il diritto e ricostruendo una deontologia «teleologica» che «viene prima dei codici» e che ha la funzione di descrivere gli scopi e le finalità della categoria professionale <sup>(120)</sup>. Di questi temi Sartea ha trattato nella monografia *L'emergenza deontologica* del 2007 e in quella successiva *Deontologia* del 2010, nella quale si concentra sulla dimensione esistenziale e relazionale della professione di avvocato quale «lavoro umano» <sup>(121)</sup>.

Significativo è poi il contributo di Massimo La Torre, offerto innanzitutto nel suo libro *Il giudice, l'avvocato, e il concetto di di-*

<sup>(117)</sup> I. TRUJILLO, *Etica della professione legale*, cit., spec. p. 107 ss.

<sup>(118)</sup> Questa stessa visione è accolta dalla quasi totalità dei filosofi: cfr. F. PUPPO, *La deontologia forense nell'età della decodificazione*, cit., p. 75 ss.; e A. ROMEO, *Il buon avvocato*, cit., spec. p. 20 ss., entrambi anche per riferimenti.

<sup>(119)</sup> Osserva infatti l'autrice: «alla luce di una lettura non epistemologicamente dogmatica del principio di distinzione tra diritto ed etica (...) si può ammettere tranquillamente che essi sono connessi nella prospettiva dell'esercizio del ruolo»: I. TRUJILLO, *Virtù e professioni giuridiche*, cit., p. 91. Per la visione dell'autrice del rapporto fra etica forense e *rule of law*, v. in particolare ID., *Virtù e professioni giuridiche*, cit., p. 99 ss.

<sup>(120)</sup> C. SARTEA, *L'ufficio dell'avvocato tra doveri e diritti: senso e storia della deontologia forense*, testo della relazione tenuta il 5 febbraio 2015 presso il Tribunale di Como, in <www.pensareildiritto.it>, p. 17 in cui si legge: «voglio qui affermare che o l'etica professionale riesce ad affermarsi anche a prescindere dall'aggiornamento ed efficacia delle regole deontologiche e dal buon funzionamento degli apparati sanzionatori e delle commissioni disciplinari, o resterà per sempre inattingibile l'ideale di una professionalità incarnata e diffusa».

<sup>(121)</sup> C. SARTEA, *L'emergenza deontologica: contributo allo studio dei rapporti tra deontologia professionale, etica e diritto*, Roma, 2007; ID., *Deontologia: filosofia del lavoro professionale*, Torino, 2010.

ritto del 2002, ma anche in quello, più recente, *Libertà di parola* del 2021, oltre che in numerosi saggi e curatele <sup>(122)</sup>. Nei suoi lavori La Torre affronta innanzitutto il nodo classico dell'etica forense costituito dalla tensione fra gli interessi del cliente e quelli dell'ordinamento, concludendo che l'avvocato, nell'esercizio del suo ruolo di difensore (e non di mero rappresentante e procuratore della parte), non ha il compito di assecondarne la volontà del cliente o di curarne «gli interessi» ma quello di tutelarne i «diritti», di modo che la sua «parzialità è e deve rimanere – con tutti gli sforzi, i rischi e i crucci che ciò può comportare – fondamentale imparziale» <sup>(123)</sup>.

Queste riflessioni hanno trovato la sostanziale adesione di Luigi Ferrajoli nel suo saggio *Sulla deontologia professionale degli avvocati* del 2011, in cui l'autore prende le distanze (così come La Torre) sia dal modello di avvocato zelante e radicalmente parziale proposto da Giovanni Tarello sia da quello pubblicistico offerto da Lombardo Vallauri <sup>(124)</sup>.

Le riflessioni di Massimo La Torre si sviluppano però ben oltre questo specifico tema. Specie nella monografia del 2021, l'autore correla il ruolo dell'avvocato al diritto di cittadinanza: il compito dell'avvocato è anche quello di supplire alla vulnerabilità del cittadino di fronte all'autorità; l'avvocato consente al cittadino di esprimere il suo diritto di cittadinanza che si estrinseca anche

<sup>(122)</sup> M. LA TORRE, *Il giudice, l'avvocato, e il concetto di diritto*, cit.; ID., *Libertà di parola: cittadinanza e avvocatura*, Bari, 2021; fra i volumi v. anche ID., G. ZANETTI, *Altri seminari di filosofia del diritto*, Soveria Mannelli, 2011, p. 85 ss.; fra i saggi, ad esempio, M. LA TORRE, *Avvocatura e retorica*, cit.; e ID., *Avvocatura ed etica giudiziaria*, in *Elementi di etica pratica: argomenti normativi e spazi del diritto*, a cura di G. Zanetti, Roma, 2003, p. 115 ss.

<sup>(123)</sup> M. LA TORRE, *Il giudice, l'avvocato, e il concetto di diritto*, cit., p. 155; analogamente, ID., *Avvocatura ed etica giudiziaria*, cit., pp. 127-129.

<sup>(124)</sup> Cfr. le posizioni di L. FERRAJOLI, *Sulla deontologia professionale degli avvocati*, in «Questione giustizia», 2011, p. 90 ss.; G. TARELLO, *Due interventi in tema di deontologia*, cit., spec. pp. 209 ss. e 213 ss., nel quale l'autore svolge anche importanti riflessioni sulla «fonte dell'etica forense», affermando che la deontologia include l'ottemperanza agli obblighi stabiliti dal diritto positivo ma va anche oltre questa ottemperanza; e di L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, cit., p. 625 s.

nella partecipazione all'applicazione delle norme giuridiche. Questa attività viene compiuta dall'avvocato, non nell'esercizio di una funzione pubblicistica o di un ruolo paternalistico nei confronti del cliente, ma attraverso l'uso, libero e vero, della parola, uso che l'autore identifica con il termine classico «parresia». Anche attraverso questa pratica, l'avvocato mostra al cliente che i suoi interessi possono essere filtrati come diritti e posizioni soggettive che, non solo sono riconosciuti dall'ordinamento, ma sono anche eticamente sostenibili. L'avvocato crea così per La Torre una connessione essenziale tra diritto e società, tra il giudice, l'autorità e il cittadino, e rende possibile la loro interazione efficace <sup>(125)</sup>.

L'attenzione per le parole dell'avvocato contraddistingue anche un più ampio filone di studi filosofici che approfondisce la funzione della retorica e dell'argomentazione nel discorso giudiziale.

Buona parte degli scritti sul tema si trova raccolta nei volumi: *Retorica e deontologia forense*, curato da Maurizio Manzin e Paolo Moro; *Audiatur et altera pars*, curato da Maurizio Manzin e Federico Puppo; *Retorica, processo e verità*, curato da Francesco Cavalla. Sulla stessa linea si segnala, inoltre, il volume *Ragionare in giudizio* di Francesco Cavalla, Alarico Mariani Marini e Umberto Vincenti <sup>(126)</sup>.

In base a questi studi (ancora una volta semplificando), attraverso l'esercizio della retorica e del contraddittorio, gli avvocati partecipano al «laboratorio di ricerca della verità» <sup>(127)</sup> che è il

<sup>(125)</sup> M. LA TORRE, *Libertà di parola*, cit., p. 56 ss.: il pensiero del filosofo è ben sintetizzato e descritto in A. ROMEO, *Il buon avvocato*, cit., p. 193 ss.

<sup>(126)</sup> Il riferimento è, più precisamente, ai volumi: *Retorica e deontologia forense*, a cura di M. Manzin e P. Moro, cit.; *Audiatur et altera pars: il contraddittorio fra principio e regola*, a cura di M. Manzin e F. Puppo, Milano, 2008; *Retorica, processo e verità: principi di filosofia forense*, 2ª ed., a cura di F. Cavalla, Milano, 2007; F. CAVALLA, A. MARIANI MARINI, U. VINCENTI, *Ragionare in giudizio: gli argomenti dell'avvocato*, Pisa, 2014. Si segnala nell'ambito di questo filone di studi, più di recente, lo scritto di P. GEREMIA, *La prassi forense tra deontologia e retorica: l'azione dell'avvocato tra deontologia, argomentazione, retorica e contraddittorio*, in «Giornale di filosofia», 2021, p. 173 ss.

<sup>(127)</sup> F. CAVALLA, *Retorica giudiziale, logica e verità*, in *Retorica, processo e verità: principi di filosofia forense*, 2ª ed., cit., p. 15. Sulla relazione tra retorica,

processo, favorendo l'emergere della verità processuale e di conclusioni necessarie e innegabili nel contesto dato e contribuendo così non solo alla tutela dei diritti del proprio assistito, ma anche all'attuazione della giustizia e dell'ordinamento nel suo complesso. L'avvocato etico, in questa visione, non è dunque solo l'avvocato che rispetta le regole deontologiche, ma anche quello che partecipa attivamente alle dinamiche processuali, contribuendo alla ricerca della verità processuale e alla creazione delle condizioni per l'emanazione di una sentenza giusta.

È tornato invece di recente sui problemi giusfilosofici e di teoria morale della deontologia forense, il filosofo Andrea Romeo nella monografia del 2024, più volte richiamata in questo scritto, dal titolo *Il buon avvocato*. Si tratta di un lavoro che affronta, con ampiezza di argomentazione e riferimenti, sia l'evoluzione storica della deontologia e dell'etica forense, sia il rapporto fra avvocatura, etica forense e teoria morale (soffermandosi in particolare sul rapporto fra la morale di ruolo e la morale comune e sul tema della differenziazione dell'una dall'altra), sia, ancora, sul rapporto fra le teorie dell'avvocatura, la deontologia e la concezione del diritto <sup>(128)</sup>. Una delle caratteristiche metodologiche del lavoro è quella di far dialogare costantemente, e su tutti i temi, la dottrina italiana con quella statunitense sulla *legal ethics* che l'autore ha indagato anche in altri scritti <sup>(129)</sup>. Sempre Romeo ha inoltre curato un *forum* su *Avvocatura, deontologia e il concetto di diritto*, pubblicato nel 2021 sulla rivista *Ordines*, che aggiunge a quelli già

contraddittorio ed etica forense, v. anche A. ABIGNENTE, *L'etica nella professione forense*, cit., spec. p. 167 s.

<sup>(128)</sup> Assumendo quale punto di partenza, in relazione a quest'ultimo aspetto, che: «Ciò che pare incontestabile è che la recente svolta giusfilosofica nella riflessione sulla deontologia forense ha evidenziato in modo netto lo stretto rapporto che intercorre tra l'idea, il senso, dell'avvocato e il concetto di diritto e di sistema giuridico che lo vede coinvolto. In buona sostanza, discutere degli obblighi morali di un avvocato che agisce all'interno di un sistema giuridico e fa uso di strumenti giuridici è un discorso irrimediabilmente parziale e forse inconcludente senza una qualche concezione di cosa sia quello strumento (il diritto) che l'avvocato usa». Così A. ROMEO, *Il buon avvocato*, cit., p. 256.

<sup>(129)</sup> V., ad esempio, A. ROMEO, *L'avvocato nell'approccio positivista alla legal ethics*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2018, p. 519 ss.

richiamati ulteriori punti di vista filosofici (ma anche sociologici) sul tema <sup>(130)</sup>.

In posizione autonoma si colloca infine l'opera di Giovanni Cosi, il quale si concentra soprattutto sulla funzione dell'avvocato e sul suo ruolo nella società e nell'ordinamento giuridico, con una impostazione che si colloca al confine fra la filosofia e la sociologia del diritto. Nel suo scritto *L'avvocato e il suo cliente* del 1986, Cosi inquadra l'avvocato come professionista del diritto che svolge una funzione sociale orientata al benessere della collettività: in quanto detentore del potere tecnico egli agisce come «patologo della struttura sociale» che si pone come tramite tra «utente del sistema giudiziario e sistema giudiziario stesso» e che ha il compito di curare e prevenire il conflitto. Per evitare che l'avvocato si trasformi da patologo a fenomeno patologico occorre però, secondo l'autore, che egli non si limiti ad essere un tecnico del diritto che conosce le regole dell'ordinamento: l'avvocato dovrà, nell'esercizio del ruolo, anche tener conto delle necessità del gruppo sociale cui l'ordinamento si applica, formulando anche dei giudizi di valore (non dispoticamente determinati dagli interessi del cliente) finalizzati a creare un collegamento fra l'ordinamento e la società <sup>(131)</sup>. La visione dell'avvocato di Giovanni Cosi si è poi, coerentemente, tradotta in una serie di più recenti studi sulla mediazione dei conflitti e sulla funzione dell'avvocato di «giurista della prevenzione» <sup>(132)</sup>.

Le riflessioni di Giovanni Cosi ci portano a concludere questa parte del lavoro richiamando alcuni studi sociologici. Una

<sup>(130)</sup> Si veda *Avvocatura, deontologia e il concetto di diritto, forum* a cura di A. Romeo, cit.

<sup>(131)</sup> G. COSI, *L'avvocato e il suo cliente*, cit., p. 3 ss., spec. pp. 66-67. Di Giovanni Cosi v. anche ID., *Professionalità e personalità: riflessioni sul ruolo dell'avvocato nella società contemporanea*, in «Sociologia del diritto», 1985, p. 63 ss.; e la monografia ID., *La responsabilità del giurista*, cit.

<sup>(132)</sup> Fra i quali, ad esempio, G. COSI, *La professione legale tra patologia e prevenzione*, Firenze, 2001; ID., *Invece di giudicare: scritti sulla mediazione*, Milano, 2007. Alla qualificazione dell'avvocato come «giurista della prevenzione esperto in strutture di rapporto», l'autore era già pervenuto in ID., *La responsabilità del giurista*, cit., p. 298.

parte delle riflessioni sociologiche si concentra sul ruolo sociale dell'avvocato come professionista del diritto e su quello dell'avvocatura come corpo sociale nel contesto dell'ordinamento e della comunità. L'etica forense, in quanto sistema di regolazione della condotta degli avvocati e di autoregolazione della categoria professionale, fa parte di questa prospettiva e si interseca con essa, toccando sia la sociologia delle professioni che la teoria del diritto <sup>(133)</sup>.

Di questi temi si è occupato in primo luogo Vittorio Olgiati nel suo saggio *L'etica dell'avvocato come ordinamento* del 1985 e nel volume *Saggi sull'avvocatura* del 1990 <sup>(134)</sup>. Anche Olgiati, come già Così, valorizza la funzione sociale dell'avvocatura come corpo professionale, che può preservare la sua autonomia se ed in quanto sia in grado di fornire un «contributo apprezzabile alla soluzione dei problemi propri del più ampio contesto sociale entro il quale si colloca» <sup>(135)</sup>.

Olgiati si è soffermato anche approfonditamente, sebbene in un momento storico antecedente all'entrata in vigore del codice deontologico del 1997, sul rapporto fra la deontologia forense e il diritto positivo, criticando la tesi del carattere suppletivo ed ausiliario della prima rispetto al secondo e inquadrando la deontologia come sistema di autoregolazione autonomo: un vero e proprio sistema giuridico che si pone in una «relazione inter-sistemica» con il diritto positivo e che favorisce l'implementazione di entrambi <sup>(136)</sup>.

<sup>(133)</sup> Che questi siano i due principali ambiti in cui l'etica forense interseca le riflessioni sociologiche è sostenuto con chiarezza da A. FEBBRAJO, *L'etica dell'avvocato come progetto professionale*, in «Sociologia del diritto», 1985, p. 15.

<sup>(134)</sup> V. OLGATI, *L'etica dell'avvocato come ordinamento*, in «Sociologia del diritto», 1985, p. 35 ss.; ID., *Saggi sull'avvocatura: l'avvocato italiano tra diritto, potere e società*, Milano, 1990.

<sup>(135)</sup> V. OLGATI, *L'etica dell'avvocato come ordinamento*, cit., p. 62. Una simile visione è stata condivisa anche al di fuori dell'ambito sociologico, ad esempio, da A. FALZEA, *Sulle funzioni giurisdizionali del Consiglio nazionale forense*, cit., p. 269 ss.

<sup>(136)</sup> V. OLGATI, *L'etica dell'avvocato come ordinamento*, cit., p. 48.

Sulla relazione fra etica forense e diritto positivo si è soffermato anche Alberto Febbrajo nel suo saggio *L'etica dell'avvocato come progetto professionale* del 1985, in cui, fra le altre riflessioni, l'autore attribuisce all'etica forense una funzione di mediazione tra diritto e società: la regolamentazione deontologica è «il luogo nel quale viene riassunto (...) il “volto” che il diritto assume (o vuole assumere o finge di assumere) nei confronti della società»<sup>(137)</sup>. Sul piano della teoria del diritto, l'autore considera l'etica forense come un «diritto vivente» indipendente dalla struttura statutale di produzione normativa, riconducibile alle esigenze del gruppo professionale e che persegue «un'ottica autonoma, non necessariamente coincidente con quella dello Stato, anche se strettamente connesso ad un momento, il processo appunto, cruciale nell'ambito dell'attività statutale»

La riflessione sociologica incentrata sul processo, come strumento di attuazione dell'ordinamento, caratterizza anche i lavori più recenti di Stefania Pellegrini ed in particolare la sua monografia *Professione giustizia* del 2013<sup>(138)</sup>.

<sup>(137)</sup> A. FEBBRAJO, *L'etica dell'avvocato come progetto professionale*, cit., p. 15. Sulla funzione dell'avvocato di interfaccia fra i privati, la comunità e le istituzioni, v. anche V. FERRARI, *Diritto e società: elementi di sociologia del diritto*, Roma, Bari, 2004, p. 141. Dello stesso autore, v. anche ID., *Avvocatura & Giustizia: un'alleanza indissolubile*, in «La previdenza forense», 2022, p. 61 ss.; e ID., *Etica del processo: profili generali*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2014, p. 471 ss. in cui, trattando in generale dell'etica del processo, Ferrari si sofferma sulla natura comunicativa ma al contempo strategica del processo come tipo di azione sociale. Constatando che l'etica processuale è relativa, perché è rivolta ad un fine strategico, l'autore ritiene che nel processo debba valere il principio del «minimo etico» tale per cui il diritto deve limitarsi a garantire agli attori del processo, inclusi gli avvocati, «libertà di movimento all'interno di un quadro generale solidamente protetto: le norme costituzionali e i principi fondamentali del processo volti a garantire, parità di posizioni fra le parti, terzietà del giudice, ragionevole durata dei procedimenti».

<sup>(138)</sup> S. PELLEGRINI, *Professione giustizia: giuristi tra etica professionale e responsabilità di ruolo*, Padova, 2013; della stessa autrice v. anche ID., *Etica delle professioni: uno strumento per arginare la zona grigia*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2013, p. 1075 ss.; e, con riguardo alla giustizia civile in generale, ID., *La litigiosità in Italia: un'analisi sociologico-giuridica*, Milano, 1997; ID., *La giustizia civile dentro e fuori dal tribunale*, Bologna, 2000. Sempre

Per Stefania Pellegrini i professionisti, e fra di essi gli avvocati, esercitano un ruolo che ha una funzione sociale e che persegue il bene comune <sup>(139)</sup>. L'esercizio del ruolo comporta conseguentemente una responsabilità per il buon soddisfacimento delle aspettative che gli altri e la comunità nel suo complesso nutrono verso il ruolo stesso e che, nel caso dell'avvocato, riguardano principalmente il sistema giustizia: la responsabilità sociale della professione legale trova la sua «massima celebrazione» in sede processuale ed implica che l'avvocato si faccia garante delle regole processuali e «tutore del sistema giustizia, inteso come bene pubblico». Proprio sulla base di questa impostazione di fondo l'autrice si sofferma sia sui canoni deontologici e sulle regole processuali (in particolare sull'art. 88 cod. proc. civ.) che delineano il comportamento etico del difensore, sia sulle possibili forme di abuso da parte del difensore del processo e delle regole processuali, sia, soprattutto, sull'efficienza delle sanzioni deontologiche e processuali indirizzate al difensore che non eserciti il suo ruolo in conformità con gli obiettivi di giustizia. Prendendo atto della inefficienza degli strumenti di coercizione deontologici e processuali, l'autrice (ed in ciò risiede il suo principale contributo al tema) propone di affiancare ad un potenziamento del sistema delle sanzioni giuridiche la valorizzazione e la creazione di un sistema di sanzioni sociali nei confronti del difensore: la funzione coercitiva non è appannaggio, infatti, delle sole norme giuridiche; «le sanzioni e le norme sociali possono infatti giungere addirittura a plasmare il carattere dell'individuo, in quanto la pressione sociale alla quale è sottoposto può modellare il modo di sentire dell'uomo» <sup>(140)</sup>.

in prospettiva sociologica, sul ruolo dell'avvocato nella giurisdizione civile, v. anche L. VERZELLONI, *Gli avvocati nella giustizia civile*, Roma, 2015.

<sup>(139)</sup> Nello stesso senso, fra gli altri, G. MANZONE, *Il volto umano delle professioni: sfide e prospettive dell'etica professionale*, Milano, 2011, p. 80.

<sup>(140)</sup> Le sanzioni sociali di cui discorre l'autrice non dovrebbero essere caratterizzate in senso punitivo ma far leva sulla promozione e sulla rilevanza sociale degli avvocati e della categoria professionale e sul conseguente disvalore sociale derivante dai comportamenti che si discostino da questo modello. Sul punto, v. S. PELLEGRINI, *Professione giustizia*, cit., p. 173 ss.: e ID., *Etica delle professioni*, cit., 1075 ss., in cui si fa riferimento all'esperienza concreta delle

6. *Conclusioni e nuove sfide.* — Dal quadro sin qui tracciato emerge un incremento degli studi sull'etica forense che ha interessato, specie a partire dagli anni 2000 ed in misura più o meno significativa, tutte le prospettive scientifiche delle quali si è cercato di dare atto.

Ci sembra, tuttavia, che sia emersa al contempo una separazione fra le medesime prospettive che nuoce alla comprensione profonda del tema. L'integrazione fra gli studi di deontologia e le riflessioni processuali, filosofiche e sociologiche sull'etica forense è dunque la prima sfida culturale che si prospetta alla comunità scientifica.

Guardando sempre al futuro, in una prospettiva contingente, alcuni spunti di riflessione e di dibattito potranno poi provenire dalla eventuale approvazione delle proposte della categoria forense di modifica della legge professionale ma soprattutto di inserimento in Costituzione di ulteriori e più esplicite previsioni riguardanti l'avvocato <sup>(141)</sup>.

Le maggiori sollecitazioni a sviluppare ulteriormente il dibattito

attività di alcuni comitati e organizzazioni civici creati per contrastare il fenomeno mafioso in Sicilia.

<sup>(141)</sup> V. la proposta di riforma della legge professionale forense – elaborata dal Consiglio nazionale forense e dall'Organismo congressuale forense, presentata in data 29 aprile 2025 – e la proposta sul rafforzamento del ruolo dell'avvocato in Costituzione presentata dal Consiglio nazionale forense del 2018, entrambe consultabili sul sito del Consiglio nazionale forense. Quest'ultima proposta prevede in particolare una modifica dell'art. 111 della Cost. che tenga conto «della complessità del ruolo dell'avvocato (...) nel quale si sovrappongono una funzione pubblicisticamente rilevante e un evidente elemento di libertà», con l'inserimento nella norma costituzionale di tre nuovi commi del seguente tenore: «Nel processo le parti sono assistite da uno o più avvocati. In casi straordinari, tassativamente previsti dalla legge, è possibile prescindere dal patrocinio dell'avvocato, a condizione che non sia pregiudicata l'effettività della tutela giurisdizionale (comma 3). L'avvocato esercita la propria attività professionale in posizione di libertà e di indipendenza, nel rispetto delle norme di deontologia forense (comma 4). La funzione giurisdizionale sugli illeciti disciplinari dell'avvocato è esercitata da un organo esponentiale della categoria forense, eletto nelle forme e nei modi previsti dalla legge, che determina anche le sue altre attribuzioni. Contro le sue decisioni è ammesso il ricorso per cassazione (comma 5)».

tito scientifico sull'argomento ci sembra derivino però dai mutamenti che caratterizzano non solo l'ambito del processo e della giustizia ma, più in generale e forse più significativamente, il diritto, l'economia e la società nel loro complesso.

Nel contesto della giustizia civile, ad esempio, le riflessioni sull'etica forense dovranno sempre più misurarsi con l'ulteriore espansione delle forme di giustizia alternative e/o complementari alla giurisdizione statale e con il coinvolgimento, sempre più marcato, degli avvocati nell'esercizio di attività di carattere giurisdizionale<sup>(142)</sup>. La diffusione di una cultura della «giustizia consensuale»<sup>(143)</sup> non impone solo una rimodulazione dei canoni di condotta dell'avvocato, ma coinvolge anche l'avvocatura nel suo complesso e può contribuire al rilancio e alla promozione della categoria. La funzione dell'avvocato di mediazione nei conflitti, anche nella qualità di «*third party neutral*», e di prevenzione degli stessi non è peraltro, come in parte è emerso, estranea alla dottrina e gli studi su questi temi sono già molti<sup>(144)</sup>.

<sup>(142)</sup> Del nesso di questi fenomeni con il ruolo dell'avvocato si è occupata approfonditamente R. TISCINI, *Il ruolo del giudice e degli avvocati nella gestione delle controversie civili*, cit., p. 204 ss., cui si rinvia anche per riferimenti. Il trasferimento in capo agli avvocati di attività tradizionalmente afferenti all'esercizio dell'attività giurisdizionale riguarda diverse fattispecie: dal potere di conferire esecutività ai verbali di mediazione o agli accordi di negoziazione assistita; a quello, introdotto con la riforma Cartabia nel d.l. n. 132 del 2014 di compiere attività istruttoria nel contesto della negoziazione assistita; a quello di procedere alle notifiche degli atti processuali e, ancora, di compiere diverse attività nel contesto del processo esecutivo per delega dell'autorità giudiziaria. Tutti questi fenomeni, insieme alle attività degli avvocati svolte in arbitrato, mediazione e negoziazione assistita, sono compresi in quella che Remo Danovi ha indicato come «giurisdizione forense»: v. ad esempio R. DANОВI, *Il declino del processo e la «giurisdizione forense»*, in «AIAF: rivista dell'Associazione italiana degli avvocati per la famiglia e per i minori», 2016, n. 4, p. 7 ss.

<sup>(143)</sup> La diffusione di questa cultura, e la necessità di promuoverla, sono testimoniate anche dalla rivista *Giustizia consensuale* dell'Editoriale scientifica, fondata nel 2021 e diretta da Silvana Dalla Bontà e Paola Lucarelli. Sul progetto culturale della Rivista, v. S. DALLA BONTÀ, *Giustizia consensuale: sulle ragioni di una nuova Rivista*, in «Il diritto processuale civile italiano e comparato», 2024, p. 386 ss.

<sup>(144)</sup> In argomento, oltre al già citato saggio di R. TISCINI, *Il ruolo del giudice e*

Sono destinate ad avere (e già in parte hanno) un impatto sulla condotta e sulle responsabilità dell'avvocato anche alcune recenti modifiche che riguardano il processo civile: si pensi alla forte riduzione dell'oralità conseguente alla nuova disciplina delle udienze civili che modifica le modalità di esercizio del contraddittorio fra le parti, i legali e il giudice; o, ancora, alla previsione di nuovi requisiti di forma (in particolare quelli di sinteticità e chiarezza degli atti) che possono incidere sull'attività di difesa e determinare una responsabilità dell'avvocato; o, infine, alla generalizzazione della forma telematica quale modalità prevalente di svolgimento del processo <sup>(145)</sup>.

Alcuni possibili sviluppi nello studio del tema dipendono invece dalle profonde modifiche della società e dell'economia degli ultimi decenni che hanno, in primo luogo, mutato il volto della professione, determinandone l'internazionalizzazione, la specializzazione e la concentrazione in grossi studi professionali. Anche il mercato della professione così come la nozione di cliente sono cambiati e sono aumentate le pressioni economiche sul processo e

*degli avvocati nella gestione delle controversie civili*, cit., v. ad esempio, S. DALLA BONTÀ, *Il giurista-avvocato alla prova del comunicare, mediare e negoziare in rete nella soluzione del contenzioso civile*, in *Comunicare, negoziare e mediare in rete*, a cura di S. Dalla Bontà, Trento, 2021, p. 153 ss.; M.F. GHIRGA, *La cultura della mediazione*, in «Rivista di diritto processuale», 2024, p. 45 ss.; M. BINA, *L'etica del mediatore*, cit., pp. 617-639, in cui si sottolinea, richiamando l'esperienza statunitense, la specificità del ruolo dell'avvocato nella mediazione dei conflitti che gli impone di comportarsi come «*third party neutral*», spogliandosi del suo ruolo di partigiano del cliente (p. 633). Ma già, F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli 1958, p. 106; e in prospettiva sociologica, ad esempio, S. PELLEGRINI, *Professione giustizia*, cit., p. 111 ss., oltre Giovanni Cosi, negli scritti citati *supra*, nota 132.

<sup>(145)</sup> V. ancora su alcuni di questi aspetti, sempre in relazione al ruolo dell'avvocato, R. TISCINI, *Il ruolo del giudice e degli avvocati nella gestione delle controversie civili*, cit., p. 251 ss., ma anche A. BRIGUGLIO, *La professione forense nel contenzioso civile 40 anni dopo*, cit., p. 572, il quale individua uno dei fattori del cambiamento della professione di avvocato nel mutamento delle regole del processo ed in particolare nel continuo avvicinarsi di riforme e nella «manifesta cultura del processo come fine piuttosto che come mezzo» che si esprime anche in «un gusto smodato per il formalismo».

sull'attività professionale <sup>(146)</sup>. Basti pensare al fenomeno – ormai conosciuto anche nel nostro ordinamento, sebbene non regolato – del finanziamento delle liti da parte di terzi (c.d. *third party funding*) che ha un impatto diretto sull'etica forense ed in particolare sui principi di indipendenza e fedeltà dell'avvocato e sul tema del conflitto di interessi <sup>(147)</sup>.

Ineludibile è infine il tema, in parte già esplorato, del rapporto fra l'etica forense e le nuove tecnologie, inclusi i sistemi di intelligenza artificiale <sup>(148)</sup>. Gli strumenti tecnologici di conservazione, elaborazione e diffusione di contenuti pongono innanzitutto il problema del loro utilizzo improprio, abusivo e non etico da parte dell'avvocato, sia nella relazione con il cliente sia nel processo <sup>(149)</sup>. Per altro verso, in un'ottica positiva, gli stessi strumenti incido-

<sup>(146)</sup> Su questi temi v., ad esempio, A. BRIGUGLIO, *La professione forense nel contenzioso civile 40 anni dopo*, cit., p. 574 ss.; P. COMOGLIO, *Il processo come fenomeno economico di massa*, cit., p. 99 ss.; A. DONDI, *Realtà evolutiva della professione legale: sfide della globalizzazione, «glocalizzazione» e adeguatezza degli standard professionali*, in ID., *Comparazione e riforme della giustizia civile*, cit., p. 145 ss.; e ID., *Minime e molto impressionistiche considerazioni su avvocato d'affari, business lawyer e incertezze del momento presente*, ivi, p. 339 ss.; M. BINA, *La felicità dell'avvocato*, cit., spec. p. 111 ss.; cfr. anche su questi temi, *L'avvocato nella società contemporanea*, a cura di D. Cerini e F. Scarpelli, Torino, 2015.

<sup>(147)</sup> E. D'ALESSANDRO, «Contratto di finanziamento della lite», in «Int'l Lis», 2016, p. 142 ss.; ID., *Prospettive del third party funding in Italia*, Milano, 2019; F. LOCATELLI, *Challenges and Comparative Perspectives on Third-Party Litigation Funding*, in <www.judicium.it>, 1 luglio 2024, p. 1 ss.; P. COMOGLIO, *Il processo come fenomeno economico di massa*, cit., p. 140 ss.; cfr. anche A. GIUSSANI, *Class actions e finanziamento delle liti*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2022, p. 313 ss.; e M. BINA, *La felicità dell'avvocato*, cit., p. 113 ss.

<sup>(148)</sup> L'utilizzo in giudizio dei sistemi di intelligenza artificiale da parte degli avvocati comincia ad essere affrontato dalla giurisprudenza anche nel nostro ordinamento. Si veda in particolare l'ordinanza del 14 marzo 2025 del Tribunale di Firenze, sez. imprese, relativa all'uso di ChatGPT, in «Il diritto industriale», 2025, p. 253 ss. con nota di D. MASI, *ChatGPT e «allucinazioni di intelligenza artificiale»: un caso di responsabilità ex art. 96 c.p.c.?*

<sup>(149)</sup> V. ampiamente sul tema A. DONDI, *Processo civile, new technologies e implicazioni etico-professionali*, in ID., *Comparazione e riforme della giustizia civile*, cit., p. 217 ss.; cfr. anche, sul mutamento del ruolo di avvocati e giudici dovuto all'irrompere dei sistemi di intelligenza artificiale, R. TISCINI, *Il ruolo del*

no sull'organizzazione del lavoro degli avvocati e pongono nuove questioni giuridiche, investendo i professionisti di ulteriori compiti e doveri, di competenza prima di tutto, connessi all'emergere di nuovi diritti e posizioni soggettive da tutelare e difendere <sup>(150)</sup>.

*giudice e degli avvocati nella gestione delle controversie civili*, cit., spec. p. 332 ss., entrambi gli scritti anche per riferimenti.

<sup>(150)</sup> Si pensi alla tutela dei dati, della *privacy* e del diritto d'autore connessi all'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale o, ancora, ai diritti dei lavoratori e al diritto alla salute correlati all'impiego dei medesimi sistemi. Sul punto, v. ampiamente G. ALPA, *La difesa dei diritti e il ruolo dell'avvocato nell'applicazione dei sistemi di intelligenza artificiale*, cit., spec. p. 275 ss.; sul modo in cui l'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale potrebbe incidere sull'organizzazione degli studi professionali, v. anche C. MORELLI, *Intelligenza artificiale: essere avvocati nell'era di ChatGPT*, Santarcangelo di Romagna, 2024; sul rapporto fra la professione di avvocato e la rivoluzione del diritto digitale, v. infine F. GIANARIA, A. MITTONE, *L'avvocato del futuro*, cit., spec. p. 79 ss.

RAFFAELLA BIANCHI RIVA  
*Professoressa associata nell'Università di Milano*

## DOVERI DELL'AVVOCATO E DOVERI DEL CLIENTE (\*)

La deontologia forense rappresenta un banco di prova per il ruolo che l'avvocato, quale mediatore tra individuo e collettività, è chiamato ad assumere nel processo, in un costante bilanciamento tra valori e interessi. Essa definisce – attraverso una stretta connessione tra contenuti etici e caratteri giuridici, modellata (e rimodellata) da secoli di storia – modi e limiti del fondamentale diritto di difesa, dandovi attuazione in un delicato equilibrio tra discrezionalità e responsabilità dell'avvocato.

Eppure, in Italia, la deontologia forense è stata a lungo trascurata, al tempo stesso causa ed effetto della mancata codificazione delle regole deontologiche sino al 1997, come ha rilevato in più occasioni Remo Danovi <sup>(1)</sup>.

Da anni, la processualistica si è avvicinata scientificamente a questi temi – nell'ambito di una più ampia riflessione sul complesso di norme che regola l'attività dell'avvocato e che negli Stati Uniti è noto come *law of lawyering* e in Italia come diritto forense – approfondendo il rapporto tra avvocatura e processo, anche

<sup>(\*)</sup> Recensione del libro di MASSIMILIANO BINA, *La felicità dell'avvocato: diritto forense e processo civile*, Torino, 2024, pp. IX-306, vol. 78 della collana *Biblioteca di diritto processuale civile*, diretta da S. Chiarloni, C. Consolo, G. Costantino, F.P. Luiso e B. Sassani.

<sup>(1)</sup> R. DANОВI, *Codice deontologico forense*, Milano, 1984, pp. 5-13; ID., *Alla ricerca della professionalità*, in ID., *Saggi sulla deontologia*, Milano, 1987, pp. 7-14; ID., *La deontologia, oggi*, ivi, pp. 15-28.

grazie a un proficuo confronto con l'ordinamento statunitense, dove, anche in ragione del vigente sistema *adversarial* che assegna all'avvocato un ruolo cruciale nelle dinamiche processuali (nonostante i crescenti poteri riconosciuti al giudice), gli studi in materia hanno conferito alla *legal ethics* autonomia disciplinare sin dagli anni Settanta del Novecento.

Il volume di Massimiliano Bina indaga – attraverso l'accattivante idea della «felicità dell'avvocato», intesa come svolgimento dell'attività professionale in modo conforme a aspettative e obiettivi – «il processo nella prospettiva del difensore» (p. 3), riconoscendo da un lato che «in ogni modello processuale è possibile individuare un ruolo e una funzione dell'avvocato che siano coerenti con la struttura del processo» ed evidenziando dall'altro la «sostanziale uniformità dei principi e delle regole deontologiche dell'avvocato» (p. 8) riconducibile alla struttura fondamentale del processo.

Se da un lato la prospettiva adottata dall'autore lo colloca tra gli studiosi che considerano «l'impatto della *legal ethics* sul funzionamento del processo civile come uno degli elementi caratterizzanti un certo modello processuale» (p. 4), con i quali condivide il costante riferimento all'esperienza statunitense, dall'altro lo spinge ad allontanarsi dalla tradizionale concezione pubblicistica dell'avvocatura. Pur condividendo la convinzione che «il diritto della professione legale possa incidere positivamente sull'effettività e l'efficienza del processo», l'autore non considera infatti «l'avvocato come un soggetto che svolge una funzione di ordine pubblico, preordinata all'attuazione di interessi generali non necessariamente coincidenti con quelli del cliente o della parte assistita», preferendo piuttosto 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» (p. 4), che contrappone nettamente l'imparzialità del giudice e la parzialità – per quanto imparziale, secondo la felice espressione di Massimo La Torre <sup>(2)</sup> – dell'avvocato.

<sup>(2)</sup> M. LA TORRE, *Il giudice, l'avvocato, e il concetto di diritto*, Soveria Mannelli, 2002, pp. 55-56.

L'autore evidenzia l'intrinseca ambiguità del ruolo dell'avvocato, ripensando, tuttavia, il concetto di doppia fedeltà – verso il cliente e verso l'ordinamento – con cui generalmente viene descritta. Pur riconoscendo dei limiti ai poteri del difensore derivanti dalla «coscienza professionale dell'avvocato, costituita da quei valori professionali acquisiti nell'esercizio della professione – e per ciò solo conosciuti da ogni avvocato – che bilanciano gli interessi della giustizia, della collettività e del cliente» (p. 38), l'autore esclude che si possano imporre doveri nei confronti di soggetti diversi dal proprio cliente, secondo quanto richiederebbe il modello statunitense dell'*officer of the court*, che indubbiamente pone (e storicamente ha posto) seri problemi relativamente all'indipendenza dell'avvocatura rispetto alla magistratura.

Nel suggerire di adottare le virtù – intese quali «caratteristiche intrinseche dell'uomo-avvocato necessarie affinché questi possa risultare all'altezza delle aspettative ideali che il cliente e la comunità hanno di un "buon avvocato"» (p. 47) – come «utile modello esplicativo dell'etica forense» (p. 46), l'autore fornisce un «quadro concettuale della struttura dell'etica professionale» (p. 62) incentrato sul rapporto avvocato-cliente, che integra appunto le virtù con i doveri, sui quali si è fondata sino ad ora la deontologia forense.

L'autore distingue tra doveri di fedeltà (a cui sono riconducibili i doveri di competenza, di diligenza, di evitare conflitti di interesse, di informare il cliente), ai quali corrisponde un diritto del cliente, e doveri di integrità (come il dovere di verità o il più generale dovere di lealtà e correttezza), che nel consueto schema della doppia fedeltà vengono individuati come doveri nei confronti dell'ordinamento e quindi come limiti ai doveri nei confronti del cliente. Secondo l'autore, tali doveri trovano invece fondamento nei doveri che la parte assistita ha nei confronti dell'ordinamento e che l'avvocato deve osservare in quanto suo rappresentante processuale, con la conseguenza che «l'avvocato non è mai chiamato a contemperare i suoi doveri di fedeltà al cliente con i doveri di integrità nei confronti del tribunale» (p. 89). Emblematico è poi il caso del segreto professionale, che può esser considerato tanto come dovere di fedeltà (se inteso nel senso più ampio di dovere

di riservatezza) quanto come dovere di integrità (se considerato come dovere di mantenere il segreto professionale).

Da tale impostazione – che rinvia anche al problema dell’allocazione dei poteri decisionali tra avvocato e cliente, che l’autore affida al «bilanciamento degli interessi concorrenti in gioco e, quindi, la protezione del cliente, degli interessi della controversia e di quelli dell’efficienza del sistema giudiziario» (p. 94) – deriva anche l’idea dell’indipendenza dell’avvocato come «espressione di uno dei suoi doveri di fedeltà nei confronti del cliente e, in particolare, di quello di agire con “distacco professionale”» (p. 97), operante sullo stesso piano degli altri doveri, come principale garanzia per il cliente dell’assenza di condizionamenti, pressioni o influenze esterne e del corretto esercizio dell’attività difensiva.

L’indagine si snoda quindi attraverso l’esame dei rapporti tra deontologia forense e processo nel nostro ordinamento, in relazione alla rilevanza processuale della condotta dell’avvocato, individuando le fattispecie (come il conflitto di interessi) nelle quali – non sussistendo alcun contrasto tra regola processuale e regola deontologica – la deontologia ha rilevanza anche processuale, le fattispecie per le quali vi è una parziale difformità tra norma deontologica e norma processuale (come il segreto professionale) – in cui prevale la disciplina processuale – e le fattispecie nelle quali la norma deontologica coincide con quella processuale (come nel caso del dovere di verità), oltre ai «doveri di etichetta», generalmente estranei al rapporto tra avvocato e cliente e il cui mancato rispetto non influisce sul processo (come l’ipotesi della produzione della corrispondenza al collega qualificata riservata-personale).

Il volume si inserisce, con una robusta impostazione teorica, accompagnata da una costante attenzione ai problemi della prassi forense, nell’attuale dibattito sui valori dell’avvocatura – che la recente proposta del Consiglio nazionale forense di rafforzare il ruolo dell’avvocato in Costituzione, con un espresso richiamo al rispetto delle norme deontologiche, ha senz’altro contribuito a riaccendere – offrendo una ricostruzione originale dell’etica professionale. Essa apre nuove prospettive di indagine su un fenomeno che, come osserva l’autore, risulta «difficilmente catalogabile entro le categorie dogmatiche del positivismo giuridico e che

appare imprescindibile non solo per garantire l'autonomia della professione forense dagli altri poteri dello Stato, ma anche per comprendere il ruolo svolto dall'avvocato quale intermediario tra i cittadini e il diritto positivo» (p. 62).

Emerge costantemente dalle pagine del volume la «necessità di confrontarsi con i profili etici della professione, di cui la deontologia forense costituisce solo un aspetto, per quanto rilevante, di un fenomeno ben più complesso» (p. 5) e il riconoscimento dell'esistenza di «doveri professionali preesistenti, impliciti nel ruolo dell'avvocato, la cui efficacia prescinde dal loro riconoscimento quali norme giuridiche dell'ordinamento di riferimento» (p. 59), secondo quanto anche Guido Alpa ha sovente ribadito <sup>(3)</sup>, con la consapevolezza, come ha affermato Aldo Casalinuovo, che la deontologia forense non si esaurisce nelle norme del codice e che l'avvocato deve «anzitutto sentirla, avvertirla nella sensibilità del proprio animo, nelle vibrazioni della propria coscienza» <sup>(4)</sup>.

<sup>(3)</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, pp. 91-107; ID., *Deontologia forense*, in «Rivista di diritto civile», 2013, pp. 436-450.

<sup>(4)</sup> A. CASALINUOVO, *Deontologia del difensore*, in «Rassegna forense», 1981, pp. 447-460.

Finito di stampare nel mese di settembre 2025  
dalla *Grafica Elettronica* - Napoli

