

L'AVVOCATO TRA RICERCA DELLA VERITÀ E DIFESA DEL CLIENTE.
UNA CONCILIAZIONE POSSIBILE?*

Raffaella Bianchi Riva
Università degli Studi di Milano
raffaella.bianchi@unimi.it

Abstract: Le regole deontologiche si sono formate nel corso del medioevo e dell'età moderna grazie al concorrente apporto del diritto e della teologia morale. I divieti di difendere cause ingiuste e di difendere in modo ingiusto contribuirono a inserire il difensore in uno schema processuale teso all'accertamento della verità, sottolineandone il ruolo di collaborazione all'amministrazione della giustizia. Attraverso taluni temperamenti di queste regole, giuristi e teologi affermarono, tuttavia, il contemporaneo dovere dell'avvocato di difendere nel modo più ampio possibile il cliente.

Parole chiave: Avvocato; deontologia forense; verità; difesa

Sommario: 1. Premessa: la deontologia forense in età medievale e moderna. – 2. Il giuramento professionale. – 3. Dal giuramento professionale al divieto di difendere cause ingiuste. – 3.1. La definizione della causa ingiusta. – 3.2. Le cause dubbie. – 4. Il processo penale: il dovere di difesa. – 4.1. Il segreto professionale. – 5. Il divieto di difendere in modo ingiusto. – 6. Il rapporto tra il difensore e la parte assistita. – 7. L'interrogatorio: un campo di tensione tra ricerca della verità e diritto di difesa. – 8. Riflessioni conclusive.

* Il testo riproduce la lezione tenuta in data 11 gennaio 2017 (mantenendone dunque lo stile espositivo), nell'ambito del corso specialistico *Responsabilità, diritti e libertà nel processo: giudici, avvocati e parti*, organizzato per il Corso di dottorato in Scienze giuridiche Cesare Beccaria dell'Università degli Studi di Milano, con l'aggiunta di un apparato essenziale di note che documentano le fonti citate. Per i riferimenti e gli approfondimenti specifici contenuti nei §§ da 1 a 6, si rinvia a R. Bianchi Riva, *L'avvocato non difenda cause ingiuste. Ricerche sulla deontologia forense in età medievale e moderna. Parte prima. Il medioevo*, Milano, 2012; Ead., *La coscienza dell'avvocato. La deontologia forense fra diritto e etica in età moderna*, Milano, 2015; Ead., *Il dovere di verità fra tecniche della difesa e deontologia forense nel medioevo e nell'età moderna / The duty to the truth: defense techniques and legal ethics in the Middle Ages and early modern period*, in «Italian Review of Legal History», 1, n. 4. Nuovi apporti si trovano nei § 7 e 8; in particolare le riflessioni conclusive scaturiscono dal dibattito seguito alla lezione. Per ulteriore bibliografia, si vedano *Officium advocati*, L. Mayali, A. Padoa Schioppa, D. Simon (edd.), Frankfurt am Main, 2000; *Un progetto di ricerca sulla storia dell'avvocatura*, G. Alpa, R. Danovi (edd.), Bologna, 2003; *Figure del foro lombardo tra XVI e XIX secolo*, C. Danusso, C. Storti Storchi (edd.), Milano, 2006; *L'arte del difendere. Allegazioni avvocati e storie di vita a Milano tra Sette e Ottocento*, M.G. Di Renzo Villata (ed.), Milano, 2006; J.A. Brundage, *The Medieval Origins of the Legal Profession. Canonists, Civilians, and Courts*, Chicago and London 2008; *Avvocati e avvocatura nell'Italia dell'Ottocento*, A. Padoa-Schioppa (ed.), Bologna, 2009.

1. *Premessa: la deontologia forense in età medievale e moderna.*

La figura dell'avvocato vive, da sempre, una sostanziale ambiguità, derivante dal fatto che il difensore è posto al centro di valori e interessi che possono, talvolta anche apertamente, confliggere e che lo costringono continuamente a fare delle scelte.

Da un lato, infatti, l'avvocato coopera alla realizzazione della giustizia, concorrendo con la propria attività difensiva a determinare la decisione del giudice, il quale pur tendendo a ricostruire la verità processuale, aspira sempre ad avvicinarsi il più possibile alla verità sostanziale; dall'altro, svolge la propria funzione per la tutela e nell'interesse del cliente, il quale non vuole una sentenza giusta ma una sentenza favorevole.

Nell'ordinamento forense attuale, si parla in proposito di 'doppia fedeltà', verso la parte assistita e verso l'ordinamento.

La deontologia forense è 'essenziale', come afferma il codice deontologico (art. 1), per garantire un bilanciamento fra questi due principi all'apparenza opposti. Solo il rispetto delle regole di condotta che devono essere osservate nell'esercizio della professione consente all'avvocato di svolgere la propria funzione nel contemporaneo rispetto dei valori della difesa e della giustizia.

Storicamente, in che modo e in che misura le regole deontologiche hanno realizzato il bilanciamento fra questi valori? E quale ruolo è stato assegnato all'avvocato attraverso tale bilanciamento?

Occorre chiarire innanzitutto che la deontologia forense si è formata nel corso del medioevo e dell'età moderna grazie al concorrente apporto del diritto e della teologia morale (utilizziamo l'espressione 'deontologia forense' anche con riguardo all'età medievale e moderna, nonostante il termine 'deontologia', come è noto, sia stato coniato da Jeremy Bentham, poiché molti dei principi e dei temi del dibattito attuale in materia sono stati elaborati in questi secoli).

Il contributo della morale è stato così rilevante nella formazione di questa materia da influire anche sul dibattito attuale sulla qualificazione, giuridica o morale, delle norme deontologiche. Fino alla promulgazione del codice deontologico forense nel 1997, esse erano, infatti, considerate essenzialmente morali e, perciò, interpretate, come denunciava Remo Danovi, «soggettivamente e discrezionalmente»; solo l'approvazione del codice ha consentito di superare tale visione e di affermare la natura giuridica delle

norme deontologiche (nonostante il loro contenuto fosse prevalentemente etico), come ha peraltro ribadito anche la Corte di cassazione a Sezioni Unite.

La disciplina dell'avvocatura è stata, dunque, plasmata non solo dai testi della compilazione giustiniana e delle raccolte canoniche, dalla dottrina civilistica e canonistica di produzione universitaria, dagli *ordines iudiciorum* e dalle fonti normative regie o statutarie, ma anche dalle opere di teologia morale e, in particolare, dalla *Summa theologiae* di Tommaso d'Aquino (II^a II^{ae} q. 71), dalle *summae confessorum* e dai testi della scuola di Salamanca.

In età moderna, tali fonti confluirono progressivamente nei trattati sull'avvocatura, che, nell'ambito della produzione scientifica che si sviluppò dalla fine del XV secolo al di fuori dell'ambiente universitario, furono dedicati in maniera specialistica alla professione forense. Tali trattati (in prevalenza scritti da avvocati o giudici, talvolta anche da ecclesiastici) intendevano fornire ai difensori consigli pratici per il quotidiano esercizio della professione, raccogliendo le regole di comportamento dettate per il corretto svolgimento dell'attività professionale, che sino ad allora erano sparse in varie opere giuridiche e teologiche (e ciò anche per porre un freno agli abusi e alle mancanze, che, stando a quanto riferivano gli stessi trattatisti, si verificavano con una certa frequenza).

Si trattava, dunque, di precetti validi tanto per il foro interno quanto per il foro esterno. Occorre tenere presente, in proposito, che la separazione fra diritto e morale, avviata nel Cinquecento e portata a compimento solo alla fine del Settecento, condusse progressivamente a distinguere fra regole giuridiche e regole morali e che tra XVI e XVII secolo, tutto il dibattito sulla deontologia forense si fondò sul possibile conflitto tra foro interno e foro esterno.

I trattatisti misero a punto i doveri degli avvocati, nei rapporti con i colleghi, con i giudici, con la parte assistita, definendo i principi e le regole, che ancora oggi – pur con i necessari adattamenti – sono enunciati dal codice deontologico forense.

Basterà ricordare, in proposito, i doveri di fedeltà (art. 10 c.d.f.) e di segretezza (art. 13 c.d.f.), che ne è una specificazione, la cui violazione è punita anche penalmente (artt. 380, 381 e 622 c.p.); i doveri di diligenza (art. 12 c.d.f.) e di competenza (art. 14 c.d.f.), necessari per assicurare la qualità della prestazione professionale, con i connessi criteri di responsabilità civi-

le; il dovere di indipendenza (art. 9), che implica anche l'autonomia del rapporto difensivo; la materia dei compensi, attualmente oggetto di continue modifiche legislative, e in particolare il divieto del patto di quota lite (art. 25 c.d.f.).

Alcune regole, che nel medioevo e nell'età moderna contribuirono a delineare una specifica deontologia forense, volta a inserire il difensore in uno schema processuale teso all'accertamento della verità e a sottolineare il ruolo di collaborazione all'amministrazione della giustizia, hanno subito maggiori modifiche, anche dal punto di vista lessicale: mi riferisco a quelli che oggi definiamo come doveri di lealtà e di verità e che nell'età del diritto comune si espressero soprattutto nei divieti di difendere cause ingiuste e di difendere in modo ingiusto.

2. *Il giuramento professionale.*

Il divieto di difendere cause ingiuste potrebbe essere riconducibile, come si è detto, al dovere di lealtà – attualmente sancito, oltre che dall'art. 9 c.d.f. (che lo stabilisce tra gli altri doveri fondamentali), anche dall'art. 88 c.p.c. e dall'art. 105 c.p.p. – e, in particolare, alla regola che, nel c.d.f. previgente, lo specificava con una formula analoga a quella utilizzata dall'art. 96 c.p.c. sulla lite temeraria (art. 6 c.d.f. 1997).

Più che di una regola si tratta di un principio generale, che riguarda tutta l'attività processuale dell'avvocato e che gli impone di collaborare all'amministrazione della giustizia, cooperando alla sua efficienza: ciò non significa rinunciare a difendere nel miglior modo possibile il cliente, ma non esasperarne la tutela, operando nel processo nella consapevolezza del suo fine istituzionale.

Tale principio fu elaborato, nel corso del medioevo, attraverso la riflessione dei giuristi sul giuramento professionale che era imposto agli avvocati dalla costituzione *rem non novam*, promulgata da Giustiniano nell'anno 530 come rimedio all'abuso del processo. Il giuramento *de calumnia*, che doveva essere prestato subito dopo la *litis contestatio*, al fine di confermare la buona fede delle parti, obbligava gli avvocati a non accettare il mandato, qualora avessero ritenuto la causa disonesta (*improba*), infondata (*penitus desperata*) o fraudolenta (*ex mendacibus allegationibus composita*); se ciò fosse stato scoperto nel corso del processo, avrebbero dovuto abbandonare immediatamente la difesa:

Patroni autem causarum, qui utrique parti suum praestantes ingrediuntur auxilium, cum lis fuerit contestatam, post narrationem propositam et contradictionem obiectam in qualicumque iudicio maiore seu minore vel apud arbitros sive ex compromisso vel aliter datos vel electos sacrosanctis evangeliiis tactis iuramentum praestent, quod omni quidem virtute sua omnique ope quod iustum et verum existimaverint clientibus suis inferre procurent, nihil studii relinquentes, quod sibi possibile est, non autem credita sibi causa cognita, quod improba sit vel penitus desperata et ex mendacibus adlegationibus composita, ipsi scientes prudentesque mala conscientia liti patrocinantur sed et si certamine procedente aliquid tale sibi cognitum fuerit, a causa recedant ab huiusmodi comunione sese penitus separantes¹.

Già a metà del XII secolo, tuttavia, il giuramento risultava caduto in disuetudine: lo rivelano le fonti, che riportano un episodio che avrebbe per protagonisti due dei quattro dottori allievi di Irnerio e l'Imperatore Federico Barbarossa. Stando a quanto riferisce Odofredo, l'Imperatore avrebbe, infatti, chiesto a Bulgaro e Martino se l'obbligo del giuramento fosse ancora osservato al loro tempo ed essi avrebbe risposto che nei tribunali si era affermata la consuetudine di non giurare:

Or signori, in ista secunda parte huius legis nota quod dum quadam die dominus Fredericus senior quesivisset a domino Bulgaro et Martino: Dicatis mihi, ego intellexi quod lite contestata a litigatoribus, patroni causarum debent iurare quod non fovebunt iniquam litem, et si in processu cognoverit iniustam litem fovere clientulum suum, quod deferent causam illam: cur non facimus quod advocati in foro nostro ita iurent? Ad quod ipsi respondent hoc iure cavetur, licet consuetudine non habetur².

I glossatori, prendendo spunto dal dibattito sul rapporto tra legge e consuetudine che si era sviluppato all'interno della scuola, qualificarono l'uso di non prestare il giuramento *de calumnia* come consuetudine generale, poiché praticata ovunque: sulla base della distinzione introdotta da Bulgaro e poi accolta, con successivi adattamenti, da Giovanni Bassiano, da Azzone e infine da Accursio, essi ritennero che la consuetudine avesse abrogato la costituzione *rem non novam*. Secondo Azzone, infatti,

¹ Cod. 1.3.4.

² Odofredo, *Lectura super Codice*, Lugduni, 1552, f. 133rb, n. 3.

generalis consuetudo pro hoc est, quod nec in Italia nec in Francia vides observari, quod iurent advocati in causis. Unde haec consuetudo tollit legem³.

La scienza giuridica medievale cercò di riaffermare l'obbligo del giuramento, al fine di ribadire i principi fondamentali della professione e contenere gli abusi. Quali furono gli argomenti utilizzati a tale scopo?

I commentatori proseguirono nel solco tracciato dai glossatori, introducendo una distinzione tra consuetudine e desuetudine: mentre l'affermazione per prassi costante e ripetuta di una norma diversa da quella prevista dalla legge scritta ne avrebbe provocato l'abrogazione, la mera inosservanza della legge scritta non avrebbe avuto effetto abrogativo. Come affermava Cino da Pistoia, richiamando Pierre de Belleperche, la costituzione *rem non novam* doveva dunque considerarsi ancora vigente:

Secundo quaeritur nunquid observandum sit quod haec lex dicit sic de iure isto scripto, sed Bul. dicit quod de consuetudine non servatur et sic de facto cum peteretur a beo iuramentum respondit. Sed Pe. dicit quod Bulg. male dixit, quia iura non abrogantur, licet non fuerint usitata, nisi consuetudo contraria irrepserit, nam si sic tollerentur leges, multae leges infortiati essent sublatae⁴.

I canonisti difesero la vigenza dell'istituto sulla base dei principi del diritto canonico. Occorre evidenziare che anche nell'ordinamento canonico erano previsti, a livello locale, giuramenti analoghi a quello giustiniano e che, nel 1274, l'obbligo venne esteso a tutti gli avvocati esercenti presso i tribunali ecclesiastici (quantunque la disposizione non fu inserita nel *Liber Sextus*), sotto pena dell'interdizione dall'ufficio:

Properandum nobis visum est, ut malitiosis litium protractionibus occurratur: quod speramus efficaciter provenire, si eos, qui circa judicia suum ministerium exhibent, ad id congruis remediis dirigamus. Cum igitur ea, quae ad hoc salubriter fuerant circa patronos causarum legali sanctione provisae, desuetudine abolita videantur: nos sanctionem eandem, praesentis redivivae

³ Azzone, *Lectura Codicis*, Parisiis 1577, f. 171.

⁴ Cino da Pistoia, *Super Codice et Digesto veteri Lectura*, Lugduni, 1547, Comm. in Cod. 3.1.14, f. 94va, n. 3.

constitutionis suffragio, cum aliqua tamen adiectione, nec non et modera mine renovantes, statuimus ut omnes et singuli advocacionis officium in foro ecclesiastico, sive apud sedem apostolicam, sive alibi, exercentes, praestent, tactis sacrosanctis evangeliis, iuramentum, quod in omnibus causis ecclesiasticis, et in aliis in eodem foro tractandis, quarum assumpserunt patrocinium, vel assument, omni virtute sua, omnique ope, id quod verum et iustum existimaverint, suis clientulis inferre procurent; nihil in hoc studii, quod eis sit possibile, relinquentes, quodque in quacumque parte iudicii eis innotuerit improbam fore causam, quam in sua fide receperant, amplius non patrocinabuntur eidem, immo ab ea omnino recedent, a communione illius se penitus separantes, reliquis quae circa haec sunt in eadem sanctione statutae, inviolabiliter observandis⁵.

I canonisti, pur ammettendo pacificamente che la consuetudine di non giurare avrebbe potuto abrogare la legge, secondo le teorie dei glossatori, avvertirono che l'applicazione di tale regola avrebbe fornito agli avvocati un'occasione di peccato. Enrico da Susa, pur citando la prassi di non prestare il giuramento *de calumnia* imposto agli avvocati come esempio di consuetudine «generalissima», pose, in base al criterio dell'*aequitas canonica*, un'eccezione alla regola giuridica (che avrebbe imposto di considerare abrogata la costituzione *rem non novam*), giustificata dall'esigenza di garantire la correttezza dei comportamenti dei difensori:

per hanc dicunt abrogatam legem quae dicit quod patroni sive advocati iurare debent in initio litis quod contra conscientiam causam non foveant desperatam Cod. de iud. rem non novam unde dixit Bul. Quod iuramentum lege cavetur sed in consuetudine non habetur [...] quamvis advocati pro magna parte cavilosi et malignari volentes et sibi adinvicem deferentes hanc glossam Bul. Amplectant, ipsam tamen non approbo, quia contra legem illam non puto valere consuetudinem vel desuetudinem, sicut nec valet consuetudo quod de calumnia non iuretur infra de iura. calu. ceterum et est ratio in utroque ne per talem consuetudinem peccata mortalia nutriant et quicquid velant vel palliant pessimi advocati quamvis non iurent si contra conscientiam foveant edificant ad geennam⁶.

⁵ *Concilium Lugdunense II - 1274*, in *Conciliorum Oecumenicorum Decreta*, J. Alberigo, P. P. Joannou, C. Leonardi, P. Prodi (edd.), Bologna, 1991, p. 324.

⁶ Enrico da Susa, *Summa*, Lugduni, 1542, f. 155ra, n. 11.

Il fatto che il giuramento non fosse di fatto prestato produsse due conseguenze.

Da un lato, vi fu la risposta delle istituzioni. Gli ordinamenti locali elaborarono forme di giuramento alternative o aggiuntive rispetto a quella prevista dal diritto comune.

Le monarchie europee obbligarono gli avvocati a prestare il giuramento, oltre che per rammentare al ceto forense i loro doveri fondamentali, anche per sottolinearne la soggezione ai giudici.

Federico II, ad esempio, introdusse, nell'ambito della sua politica di centralizzazione, un giuramento molto simile a quello giustiniano, ma dal contenuto molto più dettagliato, che doveva essere prestato al momento dell'ammissione alla professione e rinnovato annualmente:

Advocatus tam in curia nostra quam etiam coram provinciarum justitiariis et bajulis statuendos necnon et per partes singulas regni nostri, ante receptum officium tactis sacrosanctis evangeliiis corporalia volumus sacramenta prestare: quod partes quarum patrocinium susceperint cum omni fide et veritate sine tergiversatione aliqua adjuvare curabunt, ipsas de facto instruent, contra veram conscientiam nullatenus allegabunt, et quod causas non recipient desperatas, et si quas forte receperint partis fortasse mendaciis coloratas, que juste sibi in principio videbantur, et in processu iudicii vel de facto vel de jure compareant ipsis injuste, ipsarum patrocinium incontinenti dimittent; sprete parti, prout priscis legibus et statutum, licentia convolandi ad alterius patrocinium deneganda. Jurabunt etiam quod augmentum salarii in processu iudicii non requirent nec de parte litis ineant pactiones⁷.

Lo stesso fecero i comuni. Lo statuto di Bergamo del 1331, ad esempio, si limitò a ribadire l'obbligo del giuramento *de calumpnia* previsto dal diritto comune, molto probabilmente al solo scopo di rafforzarlo:

Item statuerunt et ordinaverunt quod in qualibet causa, coram quacumque iudice ventilanda, iurare debeant partes de calumpnia. Et quod procuratores et advocati iurent quod malitiose non calumpniabuntur in causis, in quibus

⁷ *Constitutiones regni Siciliae a Friderico secundo apud Melfiam editae, in quibus leges tam a suis praedecessoribus quam ab ipso antea publicatae concluduntur*, in *Historia diplomatica Friderici Secundi*, J.L.A. Huillard-Breholles (ed.), Paris, 1852-1861, vol. IV, parte I, pp. 1-178 (pp. 62-63).

erunt advocati et procuratores. Que sacramenta presentur in initio cuiuslibet cause⁸.

Altri comuni invece disciplinarono il giuramento degli avvocati per rispondere a interessi particolari. È il caso di Lucca, dove gli statuti del 1308 vietarono ai legali di promuovere o proseguire giudizi di appello, qualora avessero ritenuto corretta la sentenza:

Et omnibus iudicibus et causidicis lucanae Civitatis, qui feudum et beneficium a Comuni lucano vel Camera Lucani comunis habent, precipiam per sacramentum infra mensem mei introitus, ut nullum consulent appellare vel appellationem prosequi, nisi eidem iudici vel causidico videtur quod appellans iniuste fuerit condemnatus⁹.

3. *Dal giuramento professionale al divieto di difendere cause ingiuste.*

Molti di questi giuramenti subirono la stessa sorte del giuramento giustiniano.

Nel Cinquecento, Matteo d’Afflitto riferiva, ad esempio, che la consuetudine di non prestare il giuramento era «vetustissima» e che la disposizione del *Liber Augustalis* che lo prevedeva era caduta in desuetudine da almeno un secolo¹⁰.

Questo – e veniamo al secondo dei due effetti prodotti dall’inosservanza del giuramento – spinse la scienza giuridica ad elaborare autonomamente le regole contenute nella formula del giuramento, imponendone il rispetto indipendentemente dall’avvenuto adempimento della formalità.

Cambiò però l’espressione utilizzata per indicare le cause che l’avvocato non avrebbe potuto patrocinare. Mentre la costituzione *rem non novam* – così come la maggior parte degli altri testi legislativi – parlava di *causa improba* o *desperata*, la scienza giuridica si riferì quasi sempre alla *causa iniusta*, prendendo lo spunto dall’ambito teologico.

⁸ *Lo Statuto di Bergamo del 1331*, C. Storti Storchi (ed.), Milano, 1986, p. 107.

⁹ *Statuto del comune di Lucca dell’anno MCCCVIII*, Lucca, 1867, p. 265.

¹⁰ M. d’Afflitto, *In utriusque Siciliae, Neapolisque Sanctiones, et Constitutiones novissima Praelectio*, Venetiis, 1588, f. 208vb, n. 21.

Tommaso d'Aquino, nella sua *Summa theologiae*, affermò che l'avvocato che avesse patrocinato una causa ingiusta avrebbe commesso peccato¹¹.

Il criterio per stabilire se una causa fosse ingiusta e dunque non potesse essere patrocinata era costituito dalla coscienza dell'avvocato. L'avvocato, cioè, non avrebbe potuto assumere la difesa di una causa che avesse sentito, nel suo intimo, come 'ingiusta', tanto che il divieto di difendere cause ingiuste comportò il divieto di difendere *contra conscientiam*.

3.1. *La definizione della 'causa ingiusta'.*

Il problema si poneva quando un'azione giudiziaria fosse stata lecita giuridicamente, ma ingiusta secondo coscienza.

Basterà pensare al patto nudo: secondo il diritto romano la semplice promessa non produce azione; essa obbliga però il promittente in coscienza, tanto che, come è noto, la dottrina canonistica ne riconobbe l'azionabilità. L'avvocato avrebbe potuto difendere il promittente convenuto in giudizio per l'adempimento? La difesa sarebbe stata lecita giuridicamente ma ingiusta sostanzialmente.

Ancora, si pensi alle obbligazioni naturali: il debitore non è obbligato giuridicamente ad adempiere, ma è impegnato moralmente (ed infatti anche nel nostro ordinamento il creditore non può agire contro il debitore per l'adempimento coattivo, ma in caso di adempimento spontaneo, il debitore non può ripetere quanto ha pagato). L'avvocato avrebbe potuto assumere la difesa del debitore convenuto per l'adempimento?

Si trattava, in altre parole, di stabilire che cosa si intendesse per causa ingiusta: solo quella giuridicamente infondata o anche quella contraria alla verità?

Tra i giuristi si affermò la tendenza a circoscrivere la categoria delle cause ingiuste a quelle giuridicamente infondate.

L'azione di reintegrazione costituisce in proposito un buon esempio, come dimostrò Innocenzo IV: poiché l'ordinamento concede allo *spoliatus* la tutela possessoria, anche contro il titolare del diritto, l'avvocato avrebbe potuto difendere lo *spoliatus* contro lo *spoliator*, anche quando questi fosse effettivamente proprietario (e quindi lo spoglio fosse avvenuto per ristabilire una situazione legittima)?

¹¹ Tommaso d'Aquino, *Summa Theologiae*, II^a II^{ae} q. 71 art. 3.

Secondo Innocenzo IV, l'avvocato avrebbe potuto assistere anche lo *spoliatus* di mala fede. Fu mantenuto il riferimento alla coscienza ma fu introdotta la distinzione tra *conscientia legis* e *conscientia hominis*: quando si vietava all'avvocato di difendere contro coscienza, occorreva riferirsi non alla coscienza umana (intesa come aspirazione assoluta alla giustizia), ma alla *ratio* delle leggi (che presumibilmente avrebbe trovato espressione nella sentenza del giudice):

Advocatus licet faveat iniusto possessori olim qui petit restitui: non tamen dicitur propter hoc habere conscientiam lesam [...] quia est pica et organum legis scripte: et advocatus non debet habere conscientiam hominis, sed legis: certe lex bona est si quis ea ratione utatur¹².

Era, infatti, la sentenza a stabilire *a posteriori* se la causa che l'avvocato aveva deciso di difendere fosse giusta o meno (e dunque se avesse violato le regole deontologiche).

Tra i teologi si affermò una soluzione differente, che fu accolta anche nei trattati sulla professione forense.

Per stabilire la giustizia o l'ingiustizia di una causa, l'avvocato avrebbe dovuto richiamarsi unicamente alla propria coscienza, senza avere riguardo al possibile esito della controversia.

Nell'esempio relativo all'azione di reintegrazione, si negò, dunque, che l'avvocato potesse assumere il patrocinio dello *spoliatus*, quando il diritto di proprietà dello *spoliator* fosse stato certo¹³.

Analogamente, negli altri esempi relativi al patto nudo e all'obbligazione naturale, l'avvocato non avrebbe potuto difendere la parte se la sua posizione fosse stata ingiusta «in foro conscientiae», anche se l'ordinamento gli avesse accordato tutela¹⁴.

¹² Sinibaldo Fieschi, *Apparatus super V libris Decretalium*, Lugduni 1543, Comm. in X 2.1.14, f. 86vb, n. 6.

¹³ E. Nazius, *Dissertatio de conscientia advocati*, Francofurti ad Viadrum, 1683, p. 60, n. 17.

¹⁴ G.P. Ala, *Tractatus brevis de avvocato, et causidico christiano*, Mediolani, 1605, p. 116; P.P. Guazzini, *Tractatus moralis ad defensam animarum advocatorum, iudicum, reorum*, Venetiis, 1650, p. 23a, n. 23 e ss..

Occorre, tuttavia, evidenziare che la violazione del divieto di difendere cause ingiuste era priva di sanzioni giuridiche. L'unica conseguenza derivante dalla infrazione di tale precetto era, infatti, il peccato.

3.2. *Le cause dubbie.*

Giuristi e teologi riconobbero la difficoltà di valutare *in limine litis* la giustizia ovvero l'ingiustizia delle cause da difendere, rilevando, per comune esperienza, che la maggior parte di esse presenta sempre qualche criticità.

L'affermazione teorica della regola richiedeva, nella sua applicazione pratica, un temperamento: nei frequenti casi dubbi, l'avvocato avrebbe potuto assumere il mandato, poiché la sua funzione non è quella di stabilire la giustizia o l'ingiustizia della causa (questo compito spetta al giudice), ma quella di sostenere la posizione del cliente nel miglior modo possibile (purché presenti un minimo di fondatezza).

Nel Trecento, Alberico da Rosciate concluse che il difensore non avrebbe commesso peccato anche se avesse accettato il mandato nonostante i dubbi circa la fondatezza, in fatto o in diritto, della causa:

ultimo quaero utrum advocatus peccet iuvando partem cum dubitat quod non sibi aperiat veritatem causae suae. Et videtur quod peccet [...] Ad hoc facit quod dicitur vasallum non teneri iuvare dominum si dubitat utrum iuste moveat bellum vel non [...] Circa hoc vide, quod non peccat, supponere enim debet, quod iudex causam diligenter examinabit, et pronuntiabit, quod iustum fuerit et aliud est in bello aliud in iudicio nam in bello viribus vincitur, in iudicio iuribus¹⁵.

L'unico dovere che sorgeva in capo all'avvocato era quello di comunicare alla parte assistita le probabilità di accoglimento della sua domanda, nell'ambito di un più generale dovere informativo nei confronti del cliente, anche oggi riconosciuto dall'art. 27 c.d.f., come raccomandava Giovanni Pietro Ala, giureconsulto cremonese, autore, nei primi anni del XVII secolo, di due trattati sul 'buon avvocato'¹⁶.

¹⁵ Alberico da Rosciate, *In Primam Codicis Partem Commentarii*, Venetiis, 1586 (rist. anast. Bologna, 1979), Comm. in Cod. 4.3.1, f. 185va, n. 9.

¹⁶ Ala, *Tractatus brevis de avvocato*, cit., p. 58.

4. *Il processo penale: il dovere di difesa.*

Nel processo penale, giuristi e teologi si interrogarono su quello che può essere considerato il caso di coscienza per eccellenza, ossia quello in cui l'avvocato riceva dal proprio assistito la confessione della commissione del reato.

In questo caso il difensore si trova di fronte all'alternativa tra continuare a difendere il cliente, eventualmente anche ostacolando la ricerca della verità, ovvero rinunciare al mandato, collaborando al ristabilimento della giustizia, sino a giungere, quale estrema conseguenza, alla denuncia del cliente.

I giuristi risolsero tale dubbio in base all'esito del giudizio, secondo quanto si è esposto. All'inizio del Cinquecento, Matteo d'Afflitto affermò che la difesa non sarebbe stata contraria alle regole professionali, anche se l'avvocato fosse stato a conoscenza della colpevolezza del suo assistito, qualora il giudice l'avesse assolto con sentenza:

si advocatus habet conscientiam quod Titius interfecit hominem et ex processu apparet quod non fuit ipse, licet eum defendat, non dicitur facere contra conscientiam legis¹⁷.

I teologi invece, affermarono che l'avvocato che avesse ricevuto la confessione dal proprio cliente potesse comunque assumere o proseguire la difesa, insistendo per l'assoluzione, o quantomeno per la riduzione della pena, facendo valere, ad esempio, vizi procedurali. Lo affermò, a metà dello stesso secolo, uno dei più noti maestri della Scuola di Salamanca, Domingo de Soto, che ammise, nei processi penali più gravi, che l'avvocato potesse assistere l'imputato, anche se, in base agli argomenti che avrebbe potuto sostenere davanti al giudice, le probabilità di assoluzione fossero apparse esigue, salvo che fosse un soggetto particolarmente pericoloso per la società:

Quando enim est causa mortis, aut sanguinis, aut ubi honor alicuius periclitatur [...] in hisce casibus potissimum causa capitis, nisi reus perniciosissimus

¹⁷ d'Afflitto, *In utriusque Siciliae, Neapolisque Sanctiones*, cit., f. 208ra, n. 10.

haberetur pium esset eius suscipere patrocinium, etiam si eius causa minoris esset probabilitatis¹⁸.

Sulle orme di Domingo de Soto, anche Juan Paulo Xammar, giudice catalano autore di un trattato sui giudici e gli avvocati, pubblicato nel 1639, ritenne che solo se non vi fossero stati argomenti a difesa («si nullum eum colore tueri posset»), l'avvocato avrebbe dovuto rinunciare al mandato¹⁹.

In altre parole, il divieto di difendere cause ingiuste non si applicava al processo penale: è quanto avrebbe affermato, a fine Ottocento, Giuseppe Zanardelli, che circoscrisse il divieto di difendere cause ingiuste (lo definiva ancora così) alle sole cause civili, poiché «innanzi alla punitiva giustizia anche il patrocinio d'una causa cattiva è legittimo ed obbligatorio, perché l'umanità lo ordina, la pietà lo esige, la consuetudine lo comporta, la legge lo impone»²⁰.

4.1. *Il segreto professionale.*

Qualora l'avvocato avesse, invece, deciso di rinunciare al mandato, il problema era se rivelare quanto appreso, garantendo il raggiungimento della verità, o mantenere il segreto, intralciando però l'individuazione del colpevole.

Sin dal medioevo si affermò il dovere di segretezza, che impediva al difensore di rivelare i fatti appresi in occasione dello svolgimento del mandato²¹, anche se fosse stato chiamato a testimoniare²², quantunque lo stesso abbandono della difesa rendesse manifesta la sussistenza di insanabili contrasti tra l'avvocato e il cliente.

Il dovere di segretezza fu, però, subordinato alla necessità di evitare gravi danni a terzi: se, dunque, la divulgazione delle informazioni ricevute dalla parte assistita fosse stata necessaria per non pregiudicare in modo irreparabile la controparte o la comunità (si pensò innanzitutto ai reati di lesa maestà, che mettevano in pericolo l'ordine pubblico), l'avvocato avrebbe

¹⁸ D. de Soto, *De iustitia et iure*, Venetiis, 1584, p. 492a.

¹⁹ J.P. Xammar, *De officio iudicis et advocati*, Barcinonae, 1639, f. 197vb, n. 41.

²⁰ G. Zanardelli, *L'avvocatura. Discorsi (con alcuni inediti)*, Milano, 2003, p. 166.

²¹ Tommaso d'Aquino, *Summa theologiae*, Ila Ilae q. 71 art. 3.

²² *Statuti di Verona del 1327*, S.A. Bianchi, R. Granuzzo (edd.), Roma, 1992, p. 324; V. De Franchis, *Decisiones Sacri Regii Consilii Neapoletani*, Venetiis, 1616, dec. 222, f. 122v.

be potuto (anzi dovuto) rivelarle, limitando però la divulgazione a quanto strettamente necessario al fine di impedire danni, come ancora oggi impone l'art. 28 c.d.f.²³.

5. *Il divieto di difendere in modo ingiusto.*

Una volta deciso di assumere il mandato, in base alle regole esposte sin qui, quali strategie difensive aveva a disposizione l'avvocato? In altre parole, venivano posti limiti alla difesa?

Il tema riguarda il divieto di difendere in modo ingiusto, che, come si è accennato, è riconducibile all'attuale dovere di verità (art. 50 c.d.f.).

Occorre peraltro tenere presente che il dovere di verità è sancito solo a livello deontologico, poiché nell'ambito del processo, la parte e il difensore non vi sono tenuti: quantunque previsto dai progetti preliminari, il c.p.c. (come del resto il c.p.p.) ha preferito, infatti, imporre unicamente un generico dovere di lealtà, nel timore che l'introduzione del dovere di verità comportasse l'obbligo della parte e del suo avvocato di dedurre o produrre *contra se*.

Nel medioevo e in età moderna, si affermò, sulla base del diritto canonico, che l'avvocato che avesse difeso una causa giusta potesse ricorrere a tutte le tecniche di difesa idonee a risultare vittorioso: l'esigenza di far trionfare la verità giustificava, dunque, il ricorso a qualsiasi mezzo.

Mentre, infatti, l'apparato ordinario al *Decretum*, completato entro la prima metà del Duecento, consentiva all'avvocato di «decipere adversarium suum»²⁴, la glossa al *Liber Sextus* precisava che «qui habet ius in principali, cavillationes et malitias adversarii potest per alias repellere»²⁵.

La tesi canonistica si riferiva all'uso dell'arte della retorica: quantomeno a tale ambito fu ricondotta dal dibattito sulle strategie difensive che impegnò giuristi e teologi nei secoli successivi. In sostanza, si ammetteva il più ampio ricorso all'argomentazione, corredando ad esempio le difese di «colorata et persuasiva», sulla base della considerazione che anche argomenti

²³ Xammar, *De officio iudicis et advocato*, cit., f. 197va, n. 39.

²⁴ Gl. *insidijs* ad Decr. C. 23 q. 2 c. 2

²⁵ Gl. *malignantium* ad VI 1. 6. 16.

non del tutto conferenti alla questione oggetto di causa possono contribuire a formare l'opinione del giudice²⁶.

Ma, fino a che punto si poteva spingere l'abilità oratoria dell'avvocato? Era possibile dedurre circostanze di fatto non corrispondenti alla realtà? Oppure ci si doveva limitare a offrire una esposizione parziale dei fatti o delle opinioni dottrinali sulla questione?

In proposito, un limite era imposto dal dovere di verità. In ossequio al suo ruolo di collaboratore nell'amministrazione della giustizia, l'avvocato non poteva introdurre nel processo deduzioni e prove false: non poteva quindi falsificare i documenti, subornare i testimoni, istruire la parte a rendere dichiarazioni mendaci (comportamenti puniti penalmente a titolo di falso).

Il dovere di verità non implicava, tuttavia, l'obbligo di dedurre fatti pregiudizievoli per il cliente: lo chiariva già Tommaso d'Aquino nella sua *Summa theologiae* nella quale consentiva all'avvocato di celare con scaltrezza gli elementi favorevoli per la controparte, sulla base dell'analogia fra difesa militare e difesa legale:

militi vel duci exercitus licet in bello iusto ex insidiis agere ea quae facere debet prudenter occultando, non autem falsitatem fraudolenter faciendo [...] Unde et advocato defendenti causam iustam licet prodenter occultare ea quibus impediri posset processus eius, non autem licet ei aliqua falsitate uti²⁷.

Talvolta, tuttavia, il confine tra le tecniche argomentative, lecite, e l'introduzione di falsità, illecite, è molto sottile: lo metteva bene in evidenza Andrea Alciato che, nel commento al titolo *de verborum significatione* del Digesto, chiarì che il cavillo contiene sempre un elemento di falsità:

Cavillari variis modis accipitur. Cavillatur, qui calumniose agit. Cavillatur, qui breviter et false adversarium sermone captat, aut irridet. Cavillatur, qui sciens, ut suam sententiam tueatur, falsa prodit [...] Sed an huiusmodi cavillationibus uti advocatum deceat? Et gravi viro convenit numquam uti 23 q. 2

²⁶ Ala, *Tractatus brevis de avvocato*, cit., p. 45

²⁷ Tommaso d'Aquino, *Summa Theologiae*, IIa IIae, q. 71 art. 3.

dominus, nec enim debet quis de victoria magis quam de veritate esse sollicitus²⁸.

6. *Il rapporto tra il difensore e la parte assistita*

Nel processo penale il tema fu declinato sul rapporto tra avvocato e parte assistita e dunque sui consigli che l'avvocato avrebbe potuto dare al proprio cliente in vista delle dichiarazioni da rendere in sede di interrogatorio.

La possibilità che l'avvocato potesse suggerire all'indagato di negare la commissione del reato era concreta, tanto che la scienza criminalistica aveva discusso in merito alla possibilità di far assistere al colloquio tra difensore e cliente un ufficiale del tribunale, affinché vigilasse sul comportamento degli avvocati. Tale possibilità venne, tuttavia, recisamente esclusa, sul finire del Cinquecento, nell'*additio al Liber quintus* di Giulio Claro, nella quale si affermava che le conversazioni tra difensore e assistito avrebbero dovuto essere libere da condizionamenti e da interferenze, affinché l'imputato riferisse tutte le circostanze, senza nascondere alcun particolare utile, e l'avvocato impostasse la linea difensiva più appropriata:

Adde quod dato termino defensionis reus debet reduci ad carceres inferiores, idest ad largam, ut possit loqui cum Procuratoribus et Advocatis et ordinare suas defensiones [...] ut per Straccham in adnota. ad Cravet. in consil. 35 ubi tamen laudat illos iudices qui aliquo officiali Curiae assistente admittunt defensores rei ad alloquendum, ne instruantur rei et ne occasio detur veritatem occultandi [...] Ego autem hoc non approbo quia si libera non est locutio libere non sunt defensiones, nam advocati et procuratores timore illius officialis, seu potius fisci, vel accusatoris exploratoris non audenbunt dicere omnia quae facerent ad defensionem²⁹.

Era stato Egidio Bossi, nella prima metà del secolo, a porre la questione se l'avvocato potesse suggerire all'imputato, che rischiasse la pena capitale, di tacere:

²⁸ A. Alciato, *De verborum significatione*, Francofurti 1617, col. 1044.

²⁹ G.B. Baiardi, *additio ad G. Claro, Liber quintus sive Practica criminalis*, Venetiis, 1626, p. 426b, n. 3.

quaero an quando ingeritur poena sanguinis possit advocatus vel causidicus instruere reum ad tacendam veritatem? [...] ubi advocatus videt clientem suum fovere iniustam causam, non debet eum docere ut veritatem taceat, imo debet ei consilium dare ut restituat quod indebite tenet, sine scandalo tamen³⁰.

In un processo che cercava la verità attraverso il contributo dell'imputato e che per tale ragione lo equiparava al testimone, Bossi negò che l'avvocato potesse suggerire al cliente, di cui conoscesse la colpevolezza, le risposte da dare (o non dare) nell'interrogatorio perché in tal modo avrebbe falsificato la prova.

Quantunque si ammettesse che gli accusati erano portati per istinto a mentire (in connessione con l'emersione del principio *nemo tenetur se detegere* nell'ambito dei diritti naturali riconosciuti all'imputato), nei trattati sull'avvocatura si ribadì che la parte sottoposta a interrogatorio non avrebbe potuto negare i crimini commessi e che, conseguentemente, nemmeno l'avvocato avrebbe potuto impostare la propria difesa sulla menzogna. Al limite l'avvocato avrebbe potuto suggerire al cliente come rispondere per non ammettere ma nemmeno per negare espressamente i fatti addebitatigli³¹.

7. *L'interrogatorio: un campo di tensione tra ricerca della verità e diritto di difesa.*

Occorre capire (anche in un'ottica comparativa con i sistemi di *common law*, dove l'imputato se decide di parlare deve dire la verità) come possano conciliarsi la posizione dell'avvocato (tenuto al rispetto della verità, in virtù dei principi deontologici) e quella del cliente (che invece non vi è tenuto).

La questione, posta sin dall'età moderna, del rapporto fra avvocato e parte assistita nel processo penale ha condizionato il dibattito sull'esclusione del difensore dall'interrogatorio dell'imputato per tutto l'Otto e il Novecento³², investendo, da un lato, il rispetto dei valori professionali e in-

³⁰ E. Bossi, *Tractatus varii*, Lugduni, 1562, p. 142a, n. 18

³¹ Ala, *Tractatus brevis de avvocato*, cit., pp. 95-96; Xammar, *De officio iudicis et advocati*, cit., f. 232ra, n. 39

³² L. Garlati, *Silenzio colpevole, silenzio innocente. L'interrogatorio dell'imputato da mezzo di prova a strumento di difesa nell'esperienza giuridica italiana*, in *Riti, tecniche, in-*

cidendo, dall'altro, sul tema della fiducia (o sfiducia) dell'opinione pubblica nei confronti del ceto forense.

Lo sottolineava, nel 1970, la Corte costituzionale nella pronuncia nella quale ammetteva finalmente l'avvocato ad assistere all'interrogatorio dell'imputato e che evidenziava il ruolo della deontologia forense nel bilanciamento fra i valori dell'interesse alla verità e del diritto di difesa, che proprio nell'interrogatorio trovano uno dei principali campi di tensione³³.

Quando fu sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 304 bis del c.p.p. 1930 per violazione dell'art. 24 Cost., nella parte in cui escludeva il difensore dall'interrogatorio, la Corte si pronunciò sulla c.d. piccola riforma del 1955, che aveva ampliato lo spazio concesso alla difesa tecnica nella fase istruttoria – peraltro solo nell'istruttoria formale³⁴ –, ammettendola agli esperimenti giudiziari, alle perizie, alle perquisizioni domiciliari ed alle ricognizioni (tornando in sostanza alla situazione del c.p.p. 1913), ma continuando ad escluderla dall'interrogatorio.

La Corte diede atto che tale esclusione era dovuta alla «piena sfiducia nell'opera del difensore», al timore cioè che l'avvocato potesse influenzare le dichiarazioni dell'imputato, intralciando la ricerca della verità. Tale timore, però, si poneva «in netto contrasto con il precetto costituzionale, che presuppone chiaramente che il diritto di difesa, lungi dal contrastare, si armonizza perfettamente con i fini di giustizia ai quali il processo è rivolto».

Come rilevò la Consulta, tuttavia, affinché il diritto di difesa non ostacolasse la ricerca della verità a cui ogni giudizio tende, occorre che all'ampliamento dei poteri dei difensori seguisse l'ampliamento delle loro responsabilità, attraverso un controllo degli organi disciplinari sul rispetto dei doveri deontologici.

teressi. Il processo penale tra Otto e Novecento. Atti del Convegno (Foggia, 5-6 maggio 2006), M.N. Miletta (ed.), Milano, 2006, pp. 265-339.

³³ Corte Cost., 16 dicembre 1970 n. 190.

³⁴ C. Storti, *Magistratura e diritto di difesa nell'istruzione penale. Il dibattito sui periodici giuridici (1955-1965)*, in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia Repubblicana. Ferrara, 12-13 novembre 2010*, D. Negri, M. Pifferi (edd.), Milano, 2011, pp. 179-198.

8. *Riflessioni conclusive.*

L'affermazione dei valori costituzionali ha reso più evidente il 'dramma' del difensore che deve contemperare i contrastanti interessi in gioco nel processo, agendo nell'interesse del cliente, da un lato, e contribuendo alla realizzazione della giustizia, dall'altro.

Si tratta di due modelli inconciliabili?

Come ha rilevato Luigi Ferrajoli, tali valori, all'apparenza opposti, possono armonizzarsi nel dovere di indipendenza, tanto rispetto al giudice, quanto rispetto al cliente, di cui l'avvocato, come lo ha definito Dostoevskij, non è una 'coscienza a nolo'³⁵. Il difensore non deve assecondare le richieste del cliente, qualora non le ritenga opportune, ma compiere autonomamente scelte di carattere tecnico e non tecnico circa la condotta da seguire, pur sempre nel rispetto degli interessi del suo assistito³⁶.

Tali scelte sono, sovente, il risultato di veri e propri dilemmi, per i quali le norme deontologiche forniscono criteri e limiti, ma che, in base alle circostanze del caso, possono essere rimessi alla sfera etica del difensore. La deontologia forense, dunque, non si esaurisce nelle norme del codice, ma, come affermava Aldo Casalinuovo, l'avvocato deve «anzitutto sentirla, avvertirla nella sensibilità del proprio animo, nelle vibrazioni della propria coscienza»³⁷.

³⁵ F. Dostoevskij, *I fratelli Karamazov*, Milano 1974, p. 257.

³⁶ L. Ferrajoli, *Sulla deontologia professionale degli avvocati*, in «Questione Giustizia», 2011, pp. 90-98.

³⁷ A. Casalinuovo, *Deontologia del difensore*, in «Rassegna Forense», 1981, pp. 447-460.