

Di Pier Filippo Giuggioli

Il dovere di difesa *

Il dovere di difesa viene di regola correlato al diritto di difesa, proclamato dall'art. 24 della Costituzione come inviolabile in ogni stato e grado del procedimento. Invero, la Corte Costituzionale afferma che il diritto di difesa nei procedimenti giurisdizionali si esercita mediante l'attività o con l'assistenza del difensore, dotato di specifica qualificazione professionale, il quale dunque ha il dovere di assistere e difendere il proprio assistito¹.

Tale nostro dovere, da reputarsi assoluto, o perfetto, secondo la classificazione che ne fa Cicerone nel *De Officiis*², rappresenta un vero e proprio soccorso, assimilabile all'*auxilium* dei tribuni della plebe, i quali intervenivano a favore del plebeo, a seguito di *appellatio* (cioè la richiesta d'aiuto conseguente a una lesione di diritti o interessi da parte di un magistrato).

L'idea di un obbligo di assistenza non di origine negoziale, riconduce l'attività dell'avvocato alla sua vocazione più antica, di attività degna dell'uomo veramente libero. Sin dall'epoca greca infatti il patrocinio in giudizio, massima espressione delle *artes liberales*, perché idonea a elevare l'intelletto umano e a coltivare la personalità dell'uomo, veniva esercitato per la Giustizia e non per una mercede³; l'avvocato

* L'articolo riproduce l'intervento di Pier Filippo Giuggioli al Convegno "Il dovere di difendere, la fatica di decidere", tenutosi il 4 giugno 2019 presso l'Aula Magna della Corte d'Appello di Milano, con la partecipazione di Sua Eccellenza, Mons. Mario Delpini.

¹ Cfr. Cort. Cost., 3 ottobre 1979, n. 125, ove si afferma emblematicamente che "speculare alla inviolabilità del diritto di difesa, è la irrinunciabilità di esso, quali che ne siano le concrete modalità di esercizio".

² Cfr. Cicerone, *De Officiis*, I, 8.

³ In questo senso, cfr. Demostene, XLVI.26; sul punto, cfr. A.R. Harrison, *Il Diritto ad Atene. La procedura*, Alessandria, 2001, 158.

dunque, non doveva essere remunerato in quanto una *merx* sarebbe risultata incompatibile con lo *status personae* di cittadino rispettabile⁴.

Analogamente in tempi più recenti, il nostro Codice deontologico, almeno fino alla modifica del 2014, e il Codice di deontologia degli avvocati europei, prevedono in capo all'avvocato un vero e proprio dovere assoluto di difesa, che prescinde dalla remunerazione⁵.

Una simile prospettiva della professione è tradizionale nel mondo anglosassone ove i *barristers*, non solo hanno l'obbligo di assumere qualsivoglia difesa venga loro richiesta se pertinente all'ambito di specializzazione⁶, ma storicamente era loro persino precluso agire in giudizio per ottenere il pagamento dell'*honorarium*⁷.

L'idea di un dovere di assistenza finalizzato a obiettivi ben più elevati della mera mercede, quali la Giustizia, la protezione della vita, la garanzia della proprietà e la guida del progresso sociale, assicurano nel corso dei secoli alla professione legale e alla sua funzione prestigio, rispetto e dignità.

Tuttavia, alla deferenza nei confronti della funzione si accosta spesso la disistima nei confronti della persona.

⁴ L'idea che le discipline liberali, quale quella di avvocato, dovessero esercitarsi a titolo di puro *beneficium* è classica nel mondo romano: cfr. Seneca, *De beneficiis*, 4.1.2; 4.13.3; 4.14.3; Cicerone, *Laelius de Amicitia*, 9.31. Sul punto, cfr. anche G. Coppola Bisazza, *Brevi riflessioni sulla gratuità del mandato*, in *Studi in onore di A. Metro* (a cura di C. Russo Ruggeri), Milano, 2010, 502.

⁵ Fino all'approvazione del Codice deontologico forense da parte del Consiglio nazionale forense nella seduta del 31 gennaio 2014 (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 241 del 16 ottobre 2014), l'art. 11, con rubrica "Dovere di difesa", così disponeva: "L'avvocato deve prestare la propria attività difensiva anche quando ne sia richiesto dagli organi giudiziari in base alle leggi vigenti"; oggi la previsione, con rubrica "Rapporto di fiducia e accettazione dell'incarico", è la seguente: "L'avvocato è libero di accettare l'incarico". L'art. 2.7 del Codice di deontologia degli avvocati europei dispone che "Nel rispetto delle disposizioni di legge e deontologiche, l'avvocato ha l'obbligo di difendere sempre nel miglior modo possibile gli interessi del cliente, anche nel conflitto con i propri interessi, quelli di un collega o quelli della professione in generale".

⁶ E' la cd. *Cab-Rank rule*, disciplinata dalle rules 29 e 30 del *Bar Standards Board Code*.

⁷ Cfr., per tutti, J.H. Baker, *An introduction to English legal history*, Londra, 1990, 187.

Emblematico è l'aforisma di Martin Lutero "buon giurista, cattivo cristiano", ma sono note e ricorrenti le prese di posizione, talora anche tutt'altro che moderate, che sollevano dubbi sull'integrità e sincerità degli avvocati.

In verità, la causa di tale diffidenza è da ricondurre a una falsa leggenda diffusa dai monaci e dai preti nel XII secolo per cercare di contrastare il nuovo ceto legale laico che emergeva, prevalendo su quello ecclesiastico⁸. In altri termini, il disprezzo nei confronti degli avvocati trova banalmente origine in una lotta per la supremazia tra varie professioni.

Ciò detto, è indubbio che la vulgata secondo la quale la complessità e opacità del diritto sia responsabilità degli avvocati, i quali possono così trarne vantaggio, resta molto diffusa. Si pensi che anche Napoleone riteneva che si potessero a tal punto semplificare le leggi che sarebbe stato poi sufficiente saper leggere e collegare assieme due idee per applicarle.

Tuttavia, a prescindere da quanto possa pensare l'uomo della strada, è pacifico che il diritto era, è e sarà sempre impreciso e variabile in quanto riguarda gli aspetti più complicati dei rapporti umani. In quest'ottica, un sistema giuridico improntato alla staticità è inimmaginabile; neppure in società relativamente stabili può elaborarsi un complesso di norme a tal punto onnicomprensivo e puntuale da prevedere e risolvere tutte le possibili controversie. Tanto meno è auspicabile una tale staticità oggi, ove emergono quotidianamente nuovi fenomeni in ambito politico, economico, sociale, ecc., i quali danno luogo a problemi giuridici che sarebbe velleitario immaginare di poter regolamentare preventivamente.

Paradossalmente, è invece da auspicare che il sistema giuridico sia duttile, abbia cioè quell'adeguato grado di flessibilità e adattabilità che gli consenta gli aggiustamenti necessari per fornire un'appropriata risposta alla domanda di giustizia.

⁸ Cfr. R. Pound, *The Lawyer from Antiquity to Modern Times: With particular reference to the development of bar associations in the United States*, St. Paul, 1953.

Questa tensione tra ciò che si declama come desiderabile, cioè il massimo grado di certezza del diritto, e ciò che di contro ci si deve augurare, cioè un diritto con un equilibrato grado di duttilità e variabilità, mi conduce al secondo tema di questo incontro: la fatica (o meglio: la responsabilità) di decidere.

Una considerazione preliminare: non è una novità che decidere sia attività tutt'altro che semplice.

Già Platone, nei Dialoghi spuri, osservava che, in generale, si stabiliscono quali azioni siano giuste e quali ingiuste, ma non si riesce a chiarire quali azioni siano veramente giuste e quali ingiuste, potendo le medesime azioni risultare essere ora giuste e ora ingiuste⁹.

Analogamente Aristotele, sebbene dichiara che il diritto è ragione libera dal desiderio¹⁰, confessa che spetta però ai giudici il difficile compito di deliberare a proposito di questioni particolari che il diritto non è in grado di dirimere, in quanto su queste le norme non si esprimono.

Da allora si ripropone, con alterne vicende nell'arco dei secoli, l'interrogativo sulla responsabilità di decidere.

A un estremo, vi è l'idea secondo la quale il giudice è il servo muto del diritto scritto, per lui vincolante. In tal caso, come ad esempio insegna l'*École de l'exégèse*, la sentenza rappresenta il prodotto di un procedimento logico, in forza del quale si giunge a una conclusione in applicazione di una particolare norma giuridica, senza alcuna possibilità di diverso esito.

L'altro estremo è dato dalla discrezionalità del giudice, plasticamente rappresentata dall'immagine di San Luigi IX di Francia che, sotto l'albero presso il castello di Vincennes, amministra la giustizia.

⁹ Cfr. Platone, *Dialoghi spuri - Sul giusto*, 374.

¹⁰ Cfr. Aristotele, *Politica*, 1287a.

Quest'ultimo approccio al diritto, sconosciuto per lungo tempo, si è imposto con il realismo giuridico americano.

La premessa di questo pensiero - forse banale, ma necessaria in un contesto che valorizzava esclusivamente argomenti logico-giuridici - è che i giudici sono esseri umani e come tali hanno propri valori, attitudini, postulati, ideali e ovviamente anche pregiudizi e preconcetti.

Il processo decisionale, dunque, è inevitabilmente influenzato da interessi personali, preferenze e punti di vista, i quali sono, come insegna Burke, l'essenza della vita: "vivere è avere una vocazione, avere una vocazione significa avere una morale o una serie di valori, avere una serie di valori significa avere un punto di vista e avere un punto di vista significa avere un pregiudizio o un'inclinazione"¹¹.

In quest'ottica, la mente del giudice è inevitabilmente sottoposta alle leggi psicologiche quanto ogni altra; il giudice non si spoglia della natura umana. Egli ha giurato di amministrare la giustizia a tutti gli uomini senza timore o preferenze, ma l'imparzialità non implica che la sua mente si riduca a semplice macchina emittenti-decisioni; la medesima resta di origine umana e funziona in maniera simile alle altre menti, sebbene non vi siano dubbi sulla natura specialistica della sua professione, spesso caratterizzata dai tratti individuali della sua personalità, seducente o meno¹².

In definitiva, anche volendo, non possiamo rimuovere le emozioni dal processo di amministrazione della giustizia. Di contro, si deve aspirare a che le emozioni del giudice, di natura sensibile e ben equilibrate, siano da lui riconosciute e governate.

In quest'ottica, il giudice onesto e ben istruito, pienamente consapevole dei propri poteri, delle proprie inclinazioni e delle proprie debolezze personali, costituisce la miglior garanzia per la giustizia.

¹¹ Cfr. K.D. Burke, *Permanence and Change*, New York, 1936, 329.

¹² Cfr. Lord Mcmillan, *Law and other things*, Cambridge, 1937, 202.