

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<sup>a</sup> II<sup>ae</sup> 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 separantes<sup>1</sup>.

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 habetur<sup>2</sup>.

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,

---

<sup>1</sup> Cod. 1.3.4.

<sup>2</sup> 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 legem<sup>3</sup>.

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 sublatae<sup>4</sup>.

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

---

<sup>3</sup> Azzone, *Lectura Codicis*, Parisiis 1577, f. 171.

<sup>4</sup> 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 observandis<sup>5</sup>.

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 geennam<sup>6</sup>.

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

<sup>6</sup> 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 pactiones<sup>7</sup>.

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

---

<sup>7</sup> *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 prestantur in initio cuiuslibet cause<sup>8</sup>.

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 condemnatus<sup>9</sup>.

### 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 secolo<sup>10</sup>.

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.

---

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

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

<sup>10</sup> 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 peccato<sup>11</sup>.

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)?

---

<sup>11</sup> Tommaso d'Aquino, *Summa Theologiae*, II<sup>a</sup> II<sup>ae</sup> 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 utatur<sup>12</sup>.

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 certo<sup>13</sup>.

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 tutela<sup>14</sup>.

---

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

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

<sup>14</sup> 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 iuribus<sup>15</sup>.

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'<sup>16</sup>.

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

<sup>16</sup> 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 riceve 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 legis<sup>17</sup>.

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

---

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

haberetur pium esset eius suscipere patrocinium, etiam si eius causa minoris esset probabilitatis<sup>18</sup>.

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 mandato<sup>19</sup>.

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»<sup>20</sup>.

#### 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 mandato<sup>21</sup>, anche se fosse stato chiamato a testimoniare<sup>22</sup>, 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

---

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

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

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

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

<sup>22</sup> *Statuti di Verona del 1327*, S.A. Bianchi, R. Granuzzo (edd.), Roma, 1992, p. 324; V. De Franchis, *Decisiones Sacri Regii Consilii Neapolitani*, 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.<sup>23</sup>.

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»<sup>24</sup>, la glossa al *Liber Sextus* precisava che «qui habet ius in principali, cavillationes et malitias adversarii potest per alias repellere»<sup>25</sup>.

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

---

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

<sup>24</sup> Gl. *insidijs* ad Decr. C. 23 q. 2 c. 2

<sup>25</sup> Gl. *malignantium* ad VI 1. 6. 16.

non del tutto conferenti alla questione oggetto di causa possono contribuire a formare l'opinione del giudice<sup>26</sup>.

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 uti<sup>27</sup>.

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

---

<sup>26</sup> Ala, *Tractatus brevis de avvocato*, cit., p. 45

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



dominus, nec enim debet quis de victoria magis quam de veritate esse sollicitus<sup>28</sup>.

#### 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 defensionem<sup>29</sup>.

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:

---

<sup>28</sup> A. Alciato, *De verborum significatione*, Francofurti 1617, col. 1044.

<sup>29</sup> 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 tamen<sup>30</sup>.

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 addebitatigli<sup>31</sup>.

#### 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 Novecento<sup>32</sup>, investendo, da un lato, il rispetto dei valori professionali e in-

---

<sup>30</sup> E. Bossi, *Tractatus varii*, Lugduni, 1562, p. 142a, n. 18

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

<sup>32</sup> 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 tensione<sup>33</sup>.

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 formale<sup>34</sup> –, 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.

<sup>33</sup> Corte Cost., 16 dicembre 1970 n. 190.

<sup>34</sup> 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'<sup>35</sup>. 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 assistito<sup>36</sup>.

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»<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> F. Dostoevskij, *I fratelli Karamazov*, Milano 1974, p. 257.

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

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

## SEARCH FOR TRUTH AND DEFEND THE CLIENT: CAN A LAWYER DO BOTH?\*

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

**Abstract:** A deontological model of legal ethics took shape over the course of the Middle Ages and early modern period, thanks to contributions from both jurisprudence and moral theology. With bans on defending unjust causes and resorting to unjust means to defend a cause, the defense lawyer became part of a legal process that sought to ascertain the truth – a key contributor to the administration of justice. However, jurists and theologians made some compromises when it came to these rules, affirming that a lawyer also had a duty to defend his client to the fullest.

**Key words:** Lawyer ; legal ethics ; truth ; defense

**Summary:** 1. Introduction: Medieval and early modern legal ethics. – 2. The lawyer's oath. – 3. From the lawyer's oath to the ban on defending unjust causes. – 3.1. The definition of an 'unjust cause'. – 3.2. Doubtful causes. – 4. Criminal trials: The duty to defend a client. – 4.1. Lawyer-client privilege. – 5. The ban on resorting to unjust means to defend a cause. – 6. The relationship between the defense lawyer and his client. – 7. The accused under questioning: Conflict between the search for truth and the right to counsel. – 8. Concluding remarks.

---

\* This is the written version of a lesson held on 11 January 2017; as such, it shall be presented in the same format. The lesson was part of an advanced course entitled *Liability, rights and freedom in trials: judges, lawyers and parties* organized for the 'Cesare Beccaria' Ph.D. Program in Legal Studies at the University of Milan. Various sources were referenced during the lesson, and as such the necessary footnotes shall be included here. For the specific references and details in §§ 1 to 6, please see 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. New material can be found in §§ 7 and 8; in particular, the concluding remarks originate from the discussion that followed the lesson. For a bibliography, please see *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. *Introduction: Medieval and early modern legal ethics*

The role of a defense lawyer has always been quite ambiguous. Indeed, a defense lawyer is often at the center of conflicting values and interests, which are sometimes even openly at odds. Thus, he is continually forced to make choices.

On the one hand, a lawyer contributes to the administration of justice through his defense by helping the judge reach the correct ruling. The judge, while technically attempting to reconstruct the formal legal truth, always aspires to get as close as possible to the substantive truth. On the other hand, a lawyer promotes and defends the interests of his client, who is not interested in a just sentence but rather a favorable one.

Indeed, this 'dual loyalty' is part of the current judicial system: loyalty to the client on the one hand, to the judicial system itself on the other.

As stated in the Code of Conduct for Italian Lawyers (art. 1), ethical rules are 'essential' in order that a balance can be struck between these two ostensibly contrasting principles. Only by respecting the Code of Conduct can lawyers maintain this dual loyalty to the defense of their client and to justice itself.

From a historical perspective, in what ways and to what extent have ethical rules achieved a balance between these values? And what role has been assigned to the lawyer as a result of this balance?

First and foremost, it must be clarified that a deontological model of legal ethics began to take shape in the Middle Ages and early modern period thanks to contributions from both jurisprudence and moral theology (although it is a well-known fact that the term 'deontology' was coined by Jeremy Bentham, we shall nonetheless use this expression in reference to the Middle Ages and early modern period, as many of the principles and issues at the center of the current debate were dealt with in those centuries).

Morality has contributed so much to the formation of this model that it still influences the current debate over whether ethical rules are legal or moral in nature. Indeed, up until the enactment of the Code of Conduct for Italian Lawyers in 1997, these rules were considered essentially moral in nature; as such, they were interpreted subjectively and at one's own discretion, to paraphrase the criticism of Remo Danovi. Only upon approval of the Code of Conduct was it possible to move beyond this view and

establish the legal nature of ethical rules for lawyers (despite the fact that, as the term itself suggests, their content was primarily ethical in nature). This was subsequently reaffirmed by Italy's Court of Cassation.

Regulation of the legal profession was shaped by a broad range of sources: texts from Justinian's compilation and canonist collections, scholarly contributions to the doctrine of civil law and canon law, the *ordines iudiciorum*, royal decrees, statute law; but also works in moral theology, in particular the *Summa theologiae* by Thomas Aquinas (II<sup>a</sup> II<sup>ae</sup> q. 71), the *summae confessorum*, and texts from the School of Salamanca.

In the early modern period, these sources gradually converged in treatises on advocacy, which took a specialized look at the legal profession beginning at the end of the fifteenth century. Mostly written by lawyers and judges, and sometimes even by ecclesiastics, these treatises represented scholarly work conducted outside of a university context. The aim was not only to provide defense lawyers with practical advice for their everyday practice, but also to collect the rules of professional conduct in one place, which up until then had been scattered among various legal and theological texts (yet another reason for this was to curb abuses and failings among lawyers, which the writers themselves reported as being quite frequent).

Thus, these precepts applied to the internal forum just as much as they did to the external forum. In this regard, it is important to remember that the separation of law and morals began in the sixteenth century but would not be complete until the end of the eighteenth century; and though this process would eventually lead to a distinction between legal rules and moral rules, it meant that between the sixteenth and seventeenth centuries, the entire debate over legal ethics was centered around the potential conflict between the internal and external forums.

In their treatises, these writers set out the duties of lawyers in terms of their relationships with colleagues, judges and clients. And while they have been adapted to the times, these same principles and rules can still be found today in the Code of Conduct for Italian Lawyers.

Some specific examples are the duty of loyalty (art. 10) and the duty not to disclose confidences and secrets (art. 13), the violation of which is a criminal offense (articles 380, 381 and 622 of the Italian Penal Code); the duties to carry out the profession with diligence (art. 12) and to represent

the client competently (art. 14), which not only ensures the quality of a lawyer's professional performance, but also implies civil liability; the duty of independence (art. 9); and issues concerning legal fees (currently at the center of a legislative debate), in particular the ban on contingent fee agreements (art. 25).

Other rules have undergone more significant changes since the Middle Ages and early modern period, including in the actual language used to describe them: specifically, I am referring to what was known in the age of the *ius commune* as bans on defending unjust causes and resorting to unjust means to defend a cause. These rules helped create a specific, deontological model of legal ethics in which the defense lawyer became part of a legal process that sought to ascertain the truth – a key contributor to the administration of justice. Today, we know these rules as the duty to act honestly and the duty to act truthfully.

## 2. *The lawyer's oath.*

As stated above, the ban on defending unjust causes could be linked to the duty to act honestly, which is currently established in article 9 of the Code of Conduct (included among the other fundamental duties of a lawyer), as well as in article 88 of the Italian Code of Civil Procedure and article 105 of the Italian Code of Criminal Procedure. In particular, there was a rule in the previous Code of Conduct wherein this duty was described using similar words to those used in article 96 of the Code of Civil Procedure on vexatious/frivolous litigation (art. 6 of the 1997 Code of Conduct for Italian Lawyers).

More of a general principle than it is a rule, it concerns all activities that a lawyer is to carry out during trial. It obliges the lawyer to contribute to the administration and efficiency of justice: that does not mean that a lawyer must make sacrifices in defending his client to the fullest, but rather that he must not defend the client to such an extent that he loses awareness of the institutional purpose of the trial.

This principle was developed over the course of the Middle Ages through jurists' reflections on the lawyer's oath, which was required in accordance with Justinian's constitution *rem non novam* of 530. Justinian wanted to avoid abuse of process: as such, the oath *de calumnia* was to be taken immediately after the *litis contestatio* to demonstrate that the



parties were acting in good faith. Lawyers were thereby bound not to accept the charge if they believed the cause was dishonest (*improba*), unfounded (*penitus desperata*) or fraudulent (*ex mendacibus allegationibus composita*); if such were to emerge during the trial, they were to immediately abandon their defense:

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 separantes<sup>1</sup>.

Nonetheless, the oath seemed to have fallen into desuetude by the middle of the twelfth century. Indeed, the sources tell of an episode that reportedly centered around two of the four doctors studying under Irnerius and Emperor Frederick Barbarossa: according to Odofredus, the Emperor was said to have asked Bulgarus and Martinus whether an oath was still required and practiced in their time, and they answered that it had become customary not to take the oath in court:

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 habetur<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cod. 1.3.4.

<sup>2</sup> Odofredus, *Lectura super Codice*, Lugduni, 1552, f. 133rb, n. 3.

A debate on the relationship between law and custom was already under way in the Bologna school, leading the glossators to describe this custom of not taking the oath *de calumnia* as a general custom, seeing as how it was in practice everywhere. According to the original distinction introduced by Bulgarus and then subsequently adapted by Johannes Bassianus, Azo and lastly Accursius, the glossators believed that this custom had nullified the constitution *rem non novam*. Indeed, according to Azo,

generalis consuetudo pro hoc est, quod nec in Italia nec in Francia vides observari, quod iurent advocati in causis. Unde haec consuetudo tollit legem<sup>3</sup>.

Medieval jurisprudence attempted to reinstate the oath-taking requirement in order to reaffirm the fundamental principles of the profession and curb abuse. What arguments were used to achieve this goal?

The commentators continued in the glossators' footsteps for what concerned the relationship between law and custom. They introduced a distinction between custom and desuetude: if a norm was constantly and repeatedly in practice, and that norm was different from the one provided for by written law, then it would nullify the written law; however, the mere inobservance of a written law would not nullify it. Therefore, as affirmed by Cynus (in reference to Pierre de Belleperche), the constitution *rem non novam* was to be considered still in force:

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 sublatae<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Azo, *Lectura Codicis*, Parisiis 1577, f. 171.

<sup>4</sup> Cynus Pistoriensis, *Super Codice et Digesto veteri Lectura*, Lugduni, 1547, Comm. in Cod. 3.1.14, f. 94va, n. 3.

The canonists maintained that the institute was still in force based on the principles of canon law. It should be noted that on a local level, canon law also provided for oaths that were similar to the Justinian oath, and that in 1274, it became required for all lawyers who worked in ecclesiastical courts to take an oath (nonetheless, this rule was not included in the *Liber Sextus*). Failure to comply would result in disbarment from the profession:

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 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 evangeliiis, 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 statuta, inviolabiliter observandis<sup>5</sup>.

Although the canonists did not contest the glossators' theory – namely, that the custom of not taking an oath could nullify the law – they nonetheless warned that the enforcement of such a rule would provide lawyers with an occasion of sin. Indeed, while Hostiensis referred to the custom of not taking the oath *de calumnia* as an example of a very widespread («generalissima») custom, he believed that *aequitas canonica* called for an exception to the rule (which, as mentioned above, would have nullified the constitution *rem non novam*): such was justified by the need to guarantee honest conduct on the part of defense lawyers:

---

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

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 geennam<sup>6</sup>.

The fact that the oath was not actually taken led to two consequences.

On the one hand, there was an institutional response. Local judicial systems developed alternative or additional kinds of oaths in place of the one required by the *ius commune*.

European monarchies required lawyers to take an oath, not only to remind them of their fundamental duties, but also to make it clear that they were subservient to the judges.

For example, as part of his efforts to centralize power, Frederick II introduced an oath that was very similar to the Justinian oath, though much more detailed. It was to be taken upon admission to the legal profession and renewed yearly:

Advocatos tam in curia nostra quam etiam coram provinciarum justitiariis et bajulis statuendos necnon et per partes singulas regni nostri, ante receptum officium tactis sacrosanctis evangeliis 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

---

<sup>6</sup> Henricus de Segusio, *Summa*, Lugduni, 1542, f. 155ra, n. 11.

augmentum salarii in processu iudicii non requirent nec de parte litis ineant pactiones<sup>7</sup>.

The communes did the same thing.

For example, the 1331 statute of Bergamo simply reaffirmed that the oath *de calumpnia* was required, in accordance with the *ius commune*. In all probability, the only purpose for doing so was to strengthen the oath's effect:

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 erunt advocati et procuratores. Que sacramenta prestantur in initio cuiuslibet cause<sup>8</sup>.

Other communes introduced a lawyer's oath in order to respond to specific needs. Such was the case in Lucca, where the statutes of 1308 forbade lawyers from bringing or continuing with an appeal if they believed that the original sentence was just:

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 condemnatus<sup>9</sup>.

### 3. *From the lawyer's oath to the ban on defending unjust causes.*

Many of these oaths would meet the same fate as Justinian's.

In the sixteenth century, for example, Matthaeus de Afflictis recounted how not taking the oath had long been customary practice

---

<sup>7</sup> *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).

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

<sup>9</sup> *Statuto del comune di Lucca dell'anno MCCCVIII*, Lucca, 1867, p. 265.

(«vetustissima»), and how the rule in the *Liber Augustalis* requiring such an oath had fallen into desuetude at least a century beforehand<sup>10</sup>.

This brings us to the second consequence of the inobservance of the oath: jurists independently redeveloped the rules contained in the oath's wording, requiring that it be respected regardless of whether it had formally been taken or not.

However, there was a change in the expression used to describe the causes that a lawyer was not allowed to defend. While the constitution *rem non novam* (as well as the majority of other legislative texts) spoke of *causa improba* or *desperata*, jurists now almost always referred to *causa iniusta*, taking their cue from theology.

In his *Summa theologiae*, Thomas Aquinas affirmed that any lawyer who defended an unjust cause would commit a sin<sup>11</sup>.

A lawyer was to rely on his own conscience to determine whether a cause was unjust and thus one that could not be defended. This meant that a lawyer could not defend a cause if, deep inside, he felt that it was 'unjust'. Indeed, the ban on defending unjust causes also entailed a ban on defending *contra conscientiam*.

### 3.1. *The definition of an 'unjust cause'*.

The problem was when a legal action was juridically legitimate, but unjust according to the lawyer's conscience.

One clear example is a *nudum pactum*. According to Roman law, a mere promise does not give rise to action; however, it does oblige the promisor in conscience, and indeed canon doctrine recognized it as actionable. Could a lawyer defend someone who was taken to court because he had not honored his promise? Such a defense would have been legitimate from a juridical point of view, but in its essence it was still unjust.

Another example can be found in so-called 'natural obligations'. The debtor is not legally bound to fulfill such an obligation, but he is morally bound to do so (and indeed, in the Italian system, a creditor cannot take action against a debtor in order to enforce the fulfillment of a natural

---

<sup>10</sup> M. de Afflictis, *In utriusque Siciliae, Neapolisque Sanctiones, et Constitutiones novissima Praelectio*, Venetiis, 1588, f. 208vb, n. 21.

<sup>11</sup> Thomas Aquinas, *Summa Theologiae*, II<sup>o</sup> II<sup>ae</sup> q. 71 art. 3.

obligation, but in the event that the debtor fulfills the obligation of his own volition, he cannot reclaim the amount paid to the creditor). Could a lawyer defend a debtor who was taken to court because he had not fulfilled a natural obligation?

In other words, it was a matter of determining what an 'unjust cause' really meant: only one which had no legal basis, or also one which went against a moral truth?

Jurists tended to limit the category of unjust causes to those that had no legal basis.

A good example of this can be found in the action for recovery of possession, as demonstrated by Innocent IV. Indeed, the legal system protected the possession of the *spoliatus*, even if he was not the rightful owner of the property; in this case, could a lawyer defend the *spoliatus* against the *spoliator*, even when the latter was actually the real owner (and thus the action for recovery of possession occurred in order to restore the property to its rightful owner)?

According to Innocent IV, a lawyer could even defend a bad-faith *spoliatus*. He maintained the reference to a lawyer's conscience, but he introduced a distinction between *conscientia legis* and *conscientia hominis*: when forbidding a lawyer to defend a cause that went against his conscience, one could not refer to the human conscience (understood as the ultimate goal of justice), but rather to the *ratio* of the laws (which presumably would emerge in the judge's sentence):

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 utatur<sup>12</sup>.

Indeed, the sentence would determine *a posteriori* whether the cause defended by the lawyer had been a just cause or not (and thus, whether he had violated ethical rules).

---

<sup>12</sup> Innocentius IV, *Apparatus super V libris Decretalium*, Lugduni 1543, Comm. in X 2.1.14, f. 86vb, n. 6.

Theologians adopted a different solution, which was also outlined in treatises on the legal profession.

In order to determine the justness or unjustness of a cause, a lawyer's only point of reference was to be his own conscience, regardless of what the possible outcome of a dispute might be.

Thus, returning to the example of the action for recovery of possession, the treatises stated that a lawyer could not defend the *spoliatus* in the event that the *spoliator* was without question the rightful owner<sup>13</sup>.

A similar stance was adopted regarding the above-mentioned examples of a *nudum pactum* or natural obligation: a lawyer could not defend a person whose position was unjust «in foro conscientiae», even if the legal system technically protected that person<sup>14</sup>.

Nonetheless, it should be noted that any violation of this ban on defending unjust causes did not lead to legal sanctions. Indeed, the only consequence for a lawyer was that he would commit a sin.

### 3.2. *Doubtful causes.*

Jurists and theologians recognized that it was difficult to evaluate the justness, or better the unjustness of a cause *in limine litis*. Based on their common experience, they found that in the majority of cases, there were always some critical issues to address.

A compromise would have to be reached in the practical application of the rule: in those frequent cases of doubt, a lawyer would be allowed to represent the defendant, as it was not his task to determine the justness or unjustness of the cause (the judge was responsible for doing that); rather, he was to defend the client in the best way possible (provided there were at least some grounds for taking on the case).

In the fourteenth century, Albericus de Rosate concluded that if a defense lawyer accepted a charge despite harboring doubts about the justness of the cause, he would not commit a sin:

---

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

<sup>14</sup> 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..



ultimo quaero utrum advocatus peccet iuvando partem cum dubitat quod non sibi aperiatur 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 iuribus<sup>15</sup>.

The only duty that the lawyer was obliged to uphold was to inform his client of his chances of winning the case. This was part of a more general duty to keep the client informed, which is still recognized today in article 27 of the Code of Conduct. Giovanni Pietro Ala, a juriconsult from Cremona, recommended the same thing in the early seventeenth century, when he wrote two treatises on what it meant to be a 'good lawyer'<sup>16</sup>.

#### 4. *Criminal trials: The duty to defend a client.*

When it came to criminal trials, jurists and theologians pondered what might be the ultimate test of a lawyer's conscience: namely, what to do if the client were to confess to the lawyer that he committed the crime.

This case presented a defense lawyer with two choices: either continue to defend the client, which might even mean hindering the search for truth; or withdraw his defense and help restore justice, which might even lead a lawyer to take the extreme measure of reporting the client to the authorities.

In the same way seen above, jurists resolved this problem by referring to the judge's sentence. At the beginning of the sixteenth century, Matthaeus de Afflictis affirmed that, even if the lawyer was aware of his client's guilt, defending such a case would not go against professional rules as long as the judge acquitted the defendant in his sentence:

---

<sup>15</sup> Albericus de Rosate, *In Primam Codicis Partem Commentarii*, Venetiis, 1586 (rist. anast. Bologna, 1979), Comm. in Cod. 4.3.1, f. 185va, n. 9.

<sup>16</sup> Ala, *Tractatus brevis de avvocato*, cit., p. 58.

si advocatus habet conscientiam quod Titius interfecit hominem et ex processu apparet quod non fuit ipse, licet eum defendat, non dicitur facere contra conscientiam legis<sup>17</sup>.

Theologians affirmed that any lawyer who received a confession from his client could nonetheless continue with his client's defense, and that he should seek an acquittal – or at least a reduction in the sentence – by pointing out procedural errors, for example. This was asserted in the middle of the sixteenth century by one of the most famous exponents of the School of Salamanca, Domingo de Soto; indeed, he believed that in the most serious of criminal trials, a lawyer could represent a defendant even if there was little to argue before the judge and the chances of an acquittal were slim, so long as the defendant did not represent a particular threat to society:

Quando enim est causa mortis, aut sanguinis, aut ubi honor alicuius periclitatur [...] in hisce casibus potissimum causa capitis, nisi reus perniciosissimus haberetur pium esset eius suscipere patrocinium, etiam si eius causa minoris esset probabilitatis<sup>18</sup>.

Juan Pablo Xammar followed in the footsteps of Domingo de Soto. In a treatise on judges and lawyers published in 1639, the Catalan judge stated that a lawyer was to withdraw from a case only if there were no arguments to be made in the client's defense («si nullum eum colore tueri posset»)<sup>19</sup>.

In other words, the ban on defending unjust causes did not apply to criminal trials. Giuseppe Zanardelli would affirm as much at the end of the nineteenth century, when he limited the ban on defending unjust causes (he still used those words at the time) to civil cases only, citing that «in the criminal justice system, not only is it legitimate to defend an evil cause, it is obligatory, because humanity commands it, mercy demands it, custom establishes it, and the law requires it»<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> de Afflictis, *In utriusque Siciliae, Neapolisque Sanctiones*, cit., f. 208ra, n. 10.

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

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

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

#### 4.1. *Lawyer-client privilege.*

In the event that a lawyer decided to withdraw his defense, the problem was whether to reveal what he had learned and thereby ensure that truth prevailed, or maintain the secret but thereby obstruct identification of the culprit.

Lawyer-client privilege was recognized as far back as the Middle Ages, when it was forbidden for a defense lawyer to reveal facts that he had learned while representing a client<sup>21</sup>, even if he was called to testify in court<sup>22</sup>, and despite the fact that the very act of withdrawing from the case would have made it clear that there were irreconcilable differences between the lawyer and the client.

However, this duty of confidentiality was not as important as preventing serious harm from befalling third parties: for that reason, if it became necessary to disclose information provided by a client in order to avoid exposing the other party or the community to irreparable harm (the primary concern at the time was any crime of *lèse-majesté*, which threatened public order), then the lawyer was authorized (and actually required) to reveal that information. In any case, he was to make disclosures only to the extent necessary to prevent harm, which is still a rule today (art. 28 of the Code of Conduct)<sup>23</sup>.

#### 5. *The ban on resorting to unjust means to defend a cause.*

Once a lawyer decided to represent a client, what defense strategies could he resort to based on the rules examined up to this point? In other words, were there any limits as to what he could do in defense of his client?

These questions have to do with the ban on resorting to unjust means to defend a cause, which, as stated above, can be linked to today's duty to act truthfully (art. 50 of the Code of Conduct).

It should be noted that the duty to act truthfully is an ethical rule only, as a defense lawyer and defendant are not required to do so according to

---

<sup>21</sup> Thomas Aquinas, *Summa theologiae*, II<sup>a</sup> II<sup>ae</sup> q. 71 art. 3.

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

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

procedural rules. Although preliminary drafts of the Italian Code of Civil Procedure considered including such a rule, the final version opted to require simply a generic duty to act fairly (the same applies to the Italian Code of Criminal Procedure): indeed, it was feared that the inclusion of a duty to act truthfully would have forced the lawyer and defendant to produce evidence *contra se*.

In the Middle Ages and early modern period, canon law was used as the basis for affirming that a lawyer could resort to any defense techniques necessary to win a trial if it was a just cause. In other words, any means was justified if it meant that the justice would prevail.

Indeed, the ordinary gloss on the *Decretum*, completed by the first half of the thirteenth century, allowed a lawyer to deceive the counterparty («decipere adversarium suum»)<sup>24</sup>; in particular, the gloss on the *Liber Sextus* pointed out that «qui habet ius in principali, cavillationes et malitias adversarii potest per alias repellere»<sup>25</sup>.

Canonist theory referred to the art of rhetoric – or at least, jurists and theologians would continue to come back to rhetoric as they debated defense strategies in the centuries that followed. Basically, lawyers were allowed to make their case in any number of ways, for example by embellishing their defenses with «colorata et persuasiva», because it had been observed that even if a certain topic was not entirely relevant to the dispute, it could nonetheless influence the judge's opinion<sup>26</sup>.

But was there any limit to what a lawyer could do with his oratory skills? Could he claim factual circumstances that did not actually correspond to reality? Or did he have to limit himself to providing a partial account of the facts or an incomplete description of what legal doctrine had to say about the issue?

In that regard, the duty to act truthfully served as a limit. Out of respect for his key role in the administration of justice, a lawyer could not produce false evidence or make false statements during legal proceedings. This meant that he could not produce false documents, suborn witnesses, or

---

<sup>24</sup> Gl. *insidijs* ad Decr. C. 23 q. 2 c. 2

<sup>25</sup> Gl. *malignantium* ad VI 1. 6. 16.

<sup>26</sup> Ala, *Tractatus brevis de avvocato*, cit., p. 45

procure a client to commit perjury (fraudulent conduct of this nature was a criminal offense).

However, the duty to act truthfully did not require a lawyer to produce evidence if this might be detrimental to the client. Thomas Aquinas had already made this clear in his *Summa theologiae*, wherein he stated that the astute lawyer could conceal that which might be favorable to his opponent, making reference to an analogy between military defense and legal defense:

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 impediti posset processus eius, non autem licet ei aliqua falsitate uti<sup>27</sup>.

Nonetheless, there was sometimes a very fine line between employing methods of argumentation (lawful) and resorting to falsehoods (unlawful). Alciatus highlighted just that in his commentary on *de verborum significatione* in the Digest, wherein he clarified that there was always an element of falsehood in sophistry:

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 dominus, nec enim debet quis de victoria magis quam de veritate esse sollicitus<sup>28</sup>.

#### 6. *The relationship between the defense lawyer and his client.*

In criminal trials, the issue of acting truthfully also applied to the relationship between the lawyer and his client, and specifically as regarded the advice a lawyer could give his client in preparation for questioning.

There was a real chance that a lawyer could instruct his client to deny having committed the crime, and indeed criminal law scholars had debated over the possibility of having a court official be present whenever a lawyer

---

<sup>27</sup> Thomas Aquinas, *Summa Theologiae*, II<sup>o</sup> II<sup>ae</sup>, q. 71 art. 3.

<sup>28</sup> A. Alciatus, *De verborum significatione*, Francofurti 1617, col. 1044.

met with his client in order to monitor the lawyer's conduct. Nonetheless, this possibility was flatly rejected towards the end of the sixteenth century in the *additio* to *Claro' Liber quintus*, wherein it was stated that the conversations between lawyer and client were to be free from external influence or interference. In this way, the client could state all of the facts to his lawyer without concealing any details, and the lawyer could thus prepare the most appropriate line of defense:

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 audenibunt dicere omnia quae facerent ad defensionem<sup>29</sup>.

In the first half of the sixteenth century, Egidio Bossi had posed the question of whether a lawyer could instruct his client to remain silent if the latter risked capital punishment:

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 tamen<sup>30</sup>.

The objective of a criminal trial at the time was to ascertain the truth, and that required a contribution on the part of the defendant as well. Thus, the defendant was considered a witness, leading Bossi to forbid a lawyer from counseling his client on what answers to give (or not to give) during questioning, because doing so would have amounted to fabricating evidence.

---

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

<sup>30</sup> E. Bossi, *Tractatus varii*, Lugduni, 1562, p. 142a, n. 18

Although it was acknowledged that a defendant would be naturally inclined to lie (this was connected with the principle of *nemo tenetur se detegere*, which was beginning to be recognized as a natural right of the accused), treatises on the legal profession reaffirmed that a party under questioning could not deny the crimes he committed. Consequently, the lawyer, too, could not build his defense on lies. At most, a lawyer could counsel his client on how to answer questions without admitting to the crime, but without expressly denying it either<sup>31</sup>.

7. *The accused under questioning: Conflict between the search for truth and the right to counsel.*

It must be understood how a lawyer's position can be reconciled with that of the client, given that the former is bound to respect the truth in accordance with ethical principles, while the latter is not. It would also be interesting to do a comparative study of this issue with common law systems, where the defendant is required to tell the truth if he decides to talk.

Indeed, the relationship between a lawyer and his client in a criminal trial has been the subject of debate since the early modern period. Throughout the nineteenth and twentieth centuries, this issue influenced the debate over whether a defense lawyer was to be barred from assisting his client during questioning<sup>32</sup>. Not only did this represent an attack on the professional values of the legal profession, it also affected the public's trust (or distrust) of lawyers.

The issue came to the fore in 1970, when the Italian Constitutional Court ruled that a lawyer was finally allowed to counsel his client during questioning. The ruling highlighted the key role played by legal ethics in balancing the search for truth with the right to counsel – indeed, on no

---

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

<sup>32</sup> 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, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento. Atti del Convegno (Foggia, 5-6 maggio 2006)*, M.N. Miletti (ed.), Milano, 2006, pp. 265-339.

other occasion were these two principles more at odds than during questioning<sup>33</sup>.

The Constitutional Court's ruling concerned the constitutionality of article 304 bis of the 1930 Italian Code of Criminal Procedure, which appeared to violate article 24 of the Italian constitution because it barred defense lawyers from assisting their clients during questioning. Specifically, the Constitutional Court ruled on the so-called 'small reform' of 1955, which had expanded a defendant's right to counsel in the investigatory phase of legal proceedings – allowing defense lawyers to assist during the re-enactment of crimes, the gathering of expert evidence, house searches, and eyewitness identification (basically a return to the 1913 Code of Criminal Procedure) – but which continued to bar lawyers from assisting clients during questioning<sup>34</sup>.

The Constitutional Court stated that excluding a lawyer in this way was ascribable to the «utter distrust of a defense lawyer's work», that is the fear that a lawyer could influence a defendant's statements and thus hinder the search for truth. However, such fear was «in stark contrast with the constitution, which clearly postulates that the right to counsel, far from being a hindrance, is perfectly in line with the aims of justice which a trial seeks to fulfill».

Nonetheless, the Constitutional Court affirmed that an expansion of the powers of a defense lawyer needed to be accompanied by an expansion of their responsibilities as well, so that the right to counsel would not hinder the search for truth during trial. To that end, disciplinary bodies would have to ensure that lawyers respected their ethical duties.

#### 8. *Concluding remarks.*

The affirmation of these constitutional values only highlights the difficult situation facing a defense lawyer as he seeks to balance conflicting

---

<sup>33</sup> Corte Cost., 16 dicembre 1970 n. 190.

<sup>34</sup> It should be noted that this expansion of the right to counsel only applied to formal preliminary investigations; see 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.



interests during trial. Indeed, on the one hand he must act in the interests of his client, while on the other hand he must contribute to the administration of justice.

The question is: can a defense lawyer do both?

Luigi Ferrajoli has stated that although these values seem to be in conflict, they can actually be compatible thanks to a lawyer's duty of independence towards both the judge and the client. Indeed, a lawyer is not 'a conscience for hire', as Dostoyevsky once wrote<sup>35</sup>. He does not need to comply with his client's requests if he does not think it appropriate; rather, he must independently make choices of both a technical and non-technical nature regarding how to best carry out the defense, while still respecting the interests of his client<sup>36</sup>.

Such choices are often the result of outright dilemmas facing a defense lawyer. Ethical rules provide criteria and limits to deal with these quandaries, but in certain circumstances the lawyer can also rely on his own ethical principles. Thus, legal ethics do not end with the Code of Conduct; on the contrary, as Aldo Caslinuovo once stated, a lawyer must «first and foremost feel it deep inside his soul, in the vibrations of his own conscience»<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> F. Dostoevskij, *I fratelli Karamazov*, Milano, 1974, p. 257.

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

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