

ALDO SCHIAVELLO*

L'avvocato Hercules tra certezza e flessibilità del diritto

SOMMARIO: 1. La certezza del diritto e l'avvocato "Malaussène" – 2. Un nuovo inizio: l'avvocato filosofo del diritto – 3. L'avvocato tra casi facili e casi difficili – 4. L'avvocato nello Stato costituzionale.

*The first thing we do,
let's kill all the lawyers*

[W. Shakespeare, *The second part of King Henry VI*]

1. La certezza del diritto e l'avvocato "Malaussène"

Pur evitando di fare di tutta l'erba un fascio è arduo negare che nell'immaginario collettivo l'avvocato sia accompagnato da una cattiva fama. Azzecagarbugli, Huria Heep, gli avvocati senza scrupoli di *Suits*, Saul Goodman, avvocato maneggione e corrotto di *Breaking Bad*; questi e altri analoghi – è un fatto – sono i primi esempi a cui la gente comune pensa come casi paradigmatici di avvocato. Certo, esiste, dell'avvocato, anche un'immagine positiva che ritroviamo ad esempio nel *Corpus Juris* di Giustiniano, nella *Summa Theologiae* di san Tommaso, in alcune novelle di Balzac ma anche, più di recente, in Joseph Miller, l'avvocato idealista di Philadelphia e, nella realtà, in Giorgio Ambrosoli, così ben raccontato da Corrado Stajano in *Un eroe borghese*¹. Questi ultimi esempi, però, non sovengono alla mente in modo automatico ma richiedono uno sforzo di riflessione e questo è indice di un pregiudizio diffuso che presuppone una certa immagine del diritto e una certa idea della sua funzione.

A dar retta a Jerome Frank la nomea degli avvocati si fonda su una convinzione errata che può essere spiegata in chiave psicoanalitica². La convinzione errata, che è poi il mito originario da cui prende il titolo il

* Professore Ordinario di Filosofia del Diritto – Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Palermo.

¹ C. STAJANO, *Un eroe borghese* (1991), Il Saggiatore, Milano, 2016. Sulla duplice immagine dell'avvocato, cfr. M. LA TORRE, *Libertà di parola. Cittadinanza e avvocatura*, Carocci, Roma, 2021, 50-59. Per una carrellata di avvocati cinematografici, cfr. G. ZICCARDI, *Il diritto al cinema. Cent'anni di courtroom drama e melodrammi giudiziari*, Giuffrè, Milano, 2010.

² J. FRANK, *Law and the Modern Mind* (1930), Anchor Books Doubleday & C., Inc., Garden City, New York, 1963. Mi sono già occupato di queste tesi di Frank, in relazione alla normatività del diritto, in A. SCHIAVELLO, *Perché obbedire al diritto? La risposta convenzionalista ed i suoi limiti*, Ets, Pisa, 2010, 39-48.

primo capitolo di *The Law and the Modern Mind*, è l'idea che il diritto, di per sé, sia chiaro, determinato e certo. Se non fosse per gli avvocati che rimestano nel torpido, si saprebbe sempre con certezza in anticipo ciò che il diritto richiede in ogni situazione. È sin troppo facile ricordare il dottor Azzecagarbugli che a un intimorito e perplesso Renzo dice: «D'ogni intrigo si può uscire; ma ci vuole un uomo: il vostro caso è serio, vi dico, serio: *la grida canta chiaro; e se la cosa si deve decider tra la giustizia e voi, così a quattr'occhi, state fresco. Io vi parlo da amico: le scappate bisogna pagarle: se volete passarvela liscia, danari e sincerità, fidarvi di chi vi vuol bene, ubbidire, far tutto quello che vi sarà suggerito*»³.

Secondo Frank, benché l'idea dell'avvocato che complica e rende confuso ciò che è semplice e chiaro sia così diffusa, è comunque un'idea sbagliata. Non sono gli avvocati a rendere oscuro ciò che è chiaro; è il diritto in sé a non essere (e a non poter essere) pienamente determinato. Gli avvocati, così come più in generale i giuristi, svolgono l'imprescindibile funzione di adattare le norme generali, astratte e, in quanto tali, non del tutto certe, ai casi particolari. In questo modo essi garantiscono la flessibilità delle norme, che è una delle virtù principali di un buon sistema giuridico. La colpa degli avvocati, sostiene Frank, non è quella di scovare o escogitare cavilli ma, eventualmente, quella, ben diversa, di contribuire ad accreditare, insieme ai giudici, l'immagine di un diritto certo e determinato e anche l'idea che i casi controversi non sarebbero che trascurabili eccezioni. È opportuno precisare che gli avvocati e i giuristi in generale accreditano l'immagine di un diritto certo e determinato non soltanto per una sorta di ipocrisia professionale ma anche perché subiscono in prima persona il fascino del mito originario della certezza del diritto.

Come anticipato, Frank spiega questa immagine in chiave psicoanalitica. L'idea di Frank è che il mito della certezza del diritto affondi le sue radici nell'età infantile. La nascita è un trauma: l'armonia e la serenità che caratterizzano la vita pre-natale sono sostituite dalla lotta per l'esistenza. Tuttavia, all'inizio i bisogni del bambino sono pochi e facili da soddisfare: mangiare, bere, dormire e poco altro. Inoltre, i genitori fanno di tutto per venire incontro alle esigenze del proprio figlio. La situazione produce nel neonato una sensazione di onnipotenza in quanto ogni sua richiesta viene prontamente soddisfatta. Ben presto, l'illusione di avere un pieno controllo del mondo esterno viene meno. È a questo punto

³ A. MANZONI, *I promessi sposi* (1840), capitolo III, edizione a cura di N. SAPEGNO e G. VITI, Le Monnier, Firenze, 1988, 66, corsivo aggiunto.

che il bambino considera i propri genitori come una sorta di scudo in grado di fraporsi fra sé e il caos del mondo esterno. L'onnipotenza che nella prima infanzia il bambino attribuiva a se stesso adesso è proiettata sui genitori i quali la esercitano in sua vece. Le regole di comportamento stabilite dai genitori sono dal bambino ritenute infallibili e meritevoli di essere seguite alla lettera. Anche questa fase, tuttavia, ha un termine. I genitori vengono deposti dal piedistallo; tuttavia, il fanciullo, poi ragazzo e infine uomo maturo, tranne in rari casi, piuttosto che rinunciare alla tranquillizzante sensazione di onnipotenza, va alla perenne ricerca di sostituti dei genitori. Il modo in cui il bambino si relaziona con i genitori costituisce il paradigma, il prototipo, dei rapporti successivi. Così il diritto (insieme ad altri fenomeni sociali come la religione) diviene un succedaneo parziale del "padre-giudice infallibile". Evidentemente, per assolvere questo ambizioso compito, il diritto deve essere ammantato della stessa perfezione di cui veniva ammantato il padre biologico. Questa, secondo Frank, la spiegazione del mito originario della certezza del diritto. La nomea degli avvocati sarebbe dunque funzionale a perpetrare questo mito e a custodire la tranquillizzante sensazione di onnipotenza che la maggior parte degli esseri umani persegue per tutta la vita. Non è il diritto a essere incerto, sono gli avvocati che lo presentano come tale!

Non è necessario accogliere in pieno l'analisi di Frank per riconoscere che la figura dell'avvocato mette in crisi l'idea moderna di diritto dominata dall'ideale della certezza. Le strade per trarsi fuori dall'imbarazzo sono state prevalentemente due. La prima l'abbiamo vista: restituire un'immagine caricaturale e negativa dell'avvocato. La seconda è più radicale: espungere l'avvocato dalla riflessione sul diritto. Come nota Massimo la Torre, «[l]a teoria del diritto, allorché rivolge la sua attenzione agli attori dell'esperienza giuridica, non ha occhi in genere che per tre sole figure: quella del legislatore, quella del giudice, e quella dello "scienziato" del diritto, del "professore", in altre parole. L'avvocato non è tematizzato»⁴.

Benché la modernità sia abbondantemente alle nostre spalle, i suoi miti sono duri a morire. Una riflessione sulla figura e sul ruolo dell'avvocato è un buon punto di partenza per individuare alcune caratteristiche salienti del diritto contemporaneo e, forse, per squarciare il velo su alcune mistificazioni che hanno caratterizzato l'ideologia giuridica dominante degli ultimi due secoli abbondanti.

⁴ M. LA TORRE, *Libertà di parola. Cittadinanza e avvocatura*, cit., 50.

2. *Un nuovo inizio: l'avvocato filosofo del diritto*

Benché la figura dell'avvocato non sia stata adeguatamente tematizzata dalla scienza giuridica, è degno di nota che due tra i principali giusfilosofi del secolo scorso – Herbert Hart e Ronald Dworkin – abbiano svolto in età giovanile la professione di avvocato.

Hart fu avvocato tributarista negli anni immediatamente precedenti e immediatamente successivi alla Seconda guerra mondiale (durante la quale lavorò per il contro-spionaggio britannico). In una lettera scritta nel 1944 a Isaiah Berlin egli manifesta il «disgusto se non addirittura la nausea» rispetto alla prospettiva di tornare a esercitare la professione forense⁵. Nella lettera Hart indica con chiarezza le ragioni di questa avversione. In primo luogo, egli ritiene che il ruolo dell'avvocato tributarista, che si occupa di evasione ed elusione fiscale, sia anti-sociale o, almeno, a-sociale. In secondo luogo, egli non si trova a suo agio con i giuristi pratici, siano essi avvocati, praticanti o giudici e con la «mentalità giuridica in tutte le sue manifestazioni ristrette, superficiali e reazionarie»⁶. In terzo luogo, Hart prova orrore per la disonestà che caratterizza il sottobosco in cui gli avvocati trascorrono la loro vita professionale. In quarto luogo, Hart manifesta la preoccupazione che il suo impegno professionale possa scalzare tutti i suoi ulteriori interessi intellettuali e rendere la sua vita più angusta. Infine, per le ragioni precedenti, Hart è certo che, se facesse l'avvocato per tutta la vita, al termine di essa non potrebbe ripensare al tempo passato senza provare disgusto.

Ora, le esperienze personali lasciano il tempo che trovano e sarebbe un azzardo trarre da esse conclusioni filosofico-giuridiche definitive. Tuttavia, tra le righe delle ragioni che Hart avanza come giustificazione della sua avversione per la professione forense si intravede almeno una immagine del diritto che non è molto diversa da quella delineata nel paragrafo precedente. La certezza è il valore principale che deve essere garantito dal diritto.

Questa convinzione sta dietro la teoria mista dell'interpretazione proposta da Hart. Nella zona chiara ricadono i casi facili, per i quali i termini generali contenuti negli enunciati normativi "sembrano non avere

⁵ N. LACEY, *A Life of H.L.A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, University Press, Oxford, 2004, 112 e ss.

⁶ *Ibidem*.

bisogno di alcuna interpretazione". La zona di penombra è occupata dai casi dubbi, nei confronti dei quali gli enunciati normativi esercitano pur sempre una funzione di guida dell'attività interpretativa, ma solo in modo incerto. Nei casi facili, il compito dell'interprete è quello di sussumere il caso sotto la norma generale. Nei casi difficili, gli interpreti esercitano discrezionalità in quanto possono scegliere tra più di un risultato. L'interprete e, in particolare, il giudice, nei casi difficili agisce in modo simile al legislatore. È importante sottolineare che per Hart la certezza è senz'altro più importante e più diffusa della flessibilità. Ciò si evince ad esempio dalla sua affermazione che i casi difficili sono assolutamente marginali rispetto ai casi facili: «(...) la vita del diritto consiste in larga misura nella guida che sia sui funzionari sia sui cittadini privati viene esercitata da norme determinate che, a differenza delle applicazioni di criteri variabili, *non* richiedono da loro un nuovo giudizio di caso in caso»⁷. L'idea è dunque che il diritto sia prevalentemente prodotto dal legislatore e in alcuni casi residuali – i casi difficili – anche dai giudici. I giuristi sono chiamati a descrivere in modo valutativo il diritto esistente. In una siffatta concezione del diritto l'avvocato non sembra rivestire alcun ruolo se non quello, disdicevole, adombrato anche da Hart nella sua lettera a Berlin, di allargare artatamente il campo dei casi difficili. Per dirla con La Torre: «O si decide, come fa il legislatore, e, a seconda della teoria adottata, anche il giudice (come credono, tra gli altri, Kelsen e Hart) oppure si "descrive", si "conosce" il diritto, e dunque si fa "scienza" (e il concetto di diritto si colloca in questa seconda dimensione, e dunque non ha bisogno di nessuna connessione concettuale con valori e principi, o virtù, vale a dire con la morale). In un tale dualismo radicale, ovviamente, la figura dell'avvocato non ha posto, ché questo non decide nel diritto, né invero descrive»⁸.

Con Dworkin le cose cambiano in modo netto. C'è un aneddoto che merita di essere narrato⁹. Il primo incontro tra Hart e Dworkin avviene ad Harvard nel 1956, dove Hart trascorre un anno invitato da Lon L. Fuller e Dworkin è uno studente di diritto molto brillante. Tanto brillante da impressionare Hart; quest'ultimo, oltre a premiare con il voto più alto il compito di Dworkin, ne legge alcuni passaggi in un seminario informale. Verso la fine del suo soggiorno ad Harvard, nel 1957, Hart invita Dworkin

⁷ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961; 1994²), Einaudi, Torino, 2002, 159.

⁸ M. LA TORRE, *Libertà di parola. Cittadinanza e avvocatura*, cit., 51.

⁹ La fonte è sempre N. LACEY, *A Life of H.L.A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, cit., 85 e ss.

a cena e gli chiede quali siano i suoi progetti per il futuro; in particolare, gli domanda se vuole intraprendere la carriera universitaria ovvero dedicarsi alla professione forense. Dworkin non ha bisogno di pensarci e risponde che avrebbe senz'altro fatto l'avvocato. Anche la carriera di Dworkin come avvocato è molto breve: lavora nel prestigioso studio newyorkese Sullivan e Cromwell dal 1958 al 1962 per poi essere chiamato come professore nell'Università di Yale¹⁰. Ma egli non rinnega mai la sua esperienza come avvocato. Anzi!

Pochi mesi prima della sua morte, avvenuta il 14 febbraio del 2013, Dworkin riceve il prestigioso premio Balzan; in quella occasione, tiene una lezione all'Accademia dei Lincei a Roma. Nelle righe iniziali del suo discorso Dworkin ricorda proprio di avere cominciato la sua carriera come avvocato di affari a *Wall Street* e, a dispetto delle apparenze, egli individua un nesso stringente tra questi inizi e la successiva attività di filosofo del diritto. Il suo interesse per le questioni astratte e, in generale, per la filosofia nasce dalla consapevolezza che per risolvere in modo soddisfacente questioni giuridiche e politiche eminentemente pratiche e concrete è richiesto un solido impianto filosofico alle spalle: si tratta di un approccio dal basso verso l'alto (*bottom up*) e non dall'alto verso il basso (*top down*). Questo approccio non va confuso con la "filosofia del diritto dei giuristi" che Norberto Bobbio contrappone alla "filosofia del diritto dei filosofi"; anche la "filosofia del diritto dei giuristi" parte dal "basso", dal diritto positivo e da quello che fanno giudici e giuristi, ma l'analogia si arresta a questo punto. Bobbio, e con lui tutta la filosofia analitica del diritto di matrice giuspositivistica, si preoccupa comunque di (tentare di) separare il diritto qual è dal diritto quale dovrebbe essere; il discorso scientifico, volto a descrivere il diritto esistente, dalle proprie preferenze personali e idiosincratiche su come il diritto dovrebbe essere. Dworkin, al contrario, ritiene che tali distinzioni siano illusorie e che il compito del filosofo del diritto e del giurista sia quello di "contribuire", attraverso i propri talenti argomentativi, a rendere il diritto esistente quanto più simile possibile al diritto ideale. In questo senso, il metodo del giurista teorico non si discosta da quello del giurista pratico: entrambi partecipano a un agone con l'obiettivo di prevalere sugli altri. Il filosofo del diritto non guarda al diritto da una prospettiva archimedea e distaccata, ma partecipa a tutti gli effetti alla pratica giuridica.

¹⁰ S. GUEST, *Ronald Dworkin. Third edition* (1992¹; 1997²), University Press, Stanford, 2013, 11 e ss.

Un altro aneddoto contribuisce a chiarire il modo in cui Dworkin interpreta il ruolo della scienza giuridica e l'enorme distanza tra il suo approccio e quello prediletto dal giuspositivismo analitico¹¹; i primi tempi del suo insegnamento ad Oxford, a cavallo tra gli anni '60 e '70 del secolo scorso, gli studenti, dopo avere ascoltato le tesi difese da Dworkin a lezione in modo brillante e, al tempo stesso, asseverativo, talvolta sollevano il dubbio che queste tesi non siano altro che i suoi punti di vista personali sul diritto. La risposta di Dworkin, accompagnata da un sorriso di finto stupore, non si fa attendere: «perché tutti qui dicono ad ogni pie' sospinto 'secondo la mia opinione'? È una specie di tic inglese? – È ovvio che si tratta della mia opinione; perché altrimenti la sosterrai?». Questo metodo, che Dworkin non si limita a praticare ma che si preoccupa anche di giustificare attraverso argomenti filosofici niente affatto ingenui, si accompagna sovente ad uno stile «...troppo simile a quello del politico o dell'avvocato che cercano di porre sul tappeto il minimo necessario per non esporre i propri punti deboli»¹². Ed è questo stile che disorienta e/o indispettisce il lettore di Dworkin non nordamericano e/o giuspositivista analitico.

Anche in questo caso credo che abbia ragione La Torre a sostenere che non si tratti di una mera questione di stile ma di una scelta metodologica: «Una strada potrebbe essere quella di concepire Hercules non più come solo un giudice, bensì come un giudice accompagnato nelle sue sovrumane fatiche da un'altra figura, ugualmente importante nel processo e nella controversia, l'avvocato. Hercules è tale, sovrano padrone del diritto, in analogia a ciò che succede alla figura del Sovrano nella tradizione politica inglese, "re in parlamento", soltanto allorché è giudice contestato dall'avvocato. Sarebbe quest'ultimo colui che lo incorona vero sovrano del diritto, e gli offre la *chance* di farsi e dirsi Ercole»¹³.

3. *L'avvocato tra casi facili e casi difficili*

In che senso il giudice *Hercules* non può fare a meno dell'avvocato *Hercules*? Per rispondere a questa domanda è opportuno innanzitutto

¹¹ Sempre N. LACEY, *A Life of H.L.A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, cit., 328.

¹² M. JORI, *L'ultimo Hart e la teoria dionisiaca del diritto: una discussione mancata*, in *Ragion Pratica*, 21/2003, 405-434, la citazione è a 406.

¹³ M. LA TORRE, *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Leo S. Olschki, Firenze, 2019, 29.

demistificare l'immagine del diritto costruita dalla cultura giuridica moderna e dal positivismo giuridico.

Attraverso la distinzione tra casi facili e difficili, Hart ritiene di avere offerto una spiegazione convincente di come il diritto riesca a garantire contemporaneamente i due valori della certezza e della flessibilità (cfr. par. 2). Hart, tuttavia, sottovaluta un problema: la distinzione tra casi facili e casi difficili non è netta e l'assenza di un confine preciso tra zona chiara e zona di penombra rende impossibile stabilire quando l'attività interpretativa cessa di essere un'attività cognitiva e si trasformi in un'attività creativa. Ciò può essere mostrato attraverso il cosiddetto paradosso del sorite. Si immagini che un organizzatore di *rave-party* tenga molto alto il volume della musica e che vi sia una norma giuridica che prevede una sanzione per gli organizzatori di eventi musicali che, a causa del volume troppo alto della musica, causino "seri danni" alle persone. In una occasione, l'organizzatore viene condannato per avere causato "seri danni" agli abitanti della zona. In occasione del successivo *rave-party*, egli riduce di poco il volume della musica; gli effetti della riduzione sono pressoché impercettibili e, di conseguenza, l'organizzatore viene condannato nuovamente. Proseguendo di minima diminuzione in minima diminuzione, l'organizzatore verrà condannato – e qui sta il paradosso – pur avendo mantenuto il volume della musica a un livello quasi impercettibile¹⁴. Il paradosso è conseguenza diretta della vaghezza dell'espressione 'seri danni': dal momento che tale sintagma non presenta confini precisi, sarebbe arbitrario, alla luce del principio di eguaglianza formale – secondo cui casi uguali debbono essere trattati in modo uguale e casi diversi in modo diverso – considerare l'organizzatore colpevole in un caso e non nel successivo. Il paradosso del sorite mostra dunque che la vaghezza non produce soltanto, come vorrebbe Hart, una distinzione tra casi facili e casi difficili ma mina la stessa possibilità di distinguere in modo netto gli uni dagli altri. Per Hart l'interpretazione entra in gioco nel momento in cui si raggiunge la zona di penombra; tuttavia, anche per stabilire se un caso è facile o difficile è necessario ricorrere all'interpretazione e all'esercizio di una certa discrezionalità. In altri termini, la distinzione tra casi facili e casi difficili è l'esito di una attività interpretativa e non il suo presupposto. Questa osservazione suggerisce di non attribuire un'importanza eccessiva, nell'elaborazione di una teoria dell'interpretazione giuridica, alla distinzione tra casi facili e casi difficili: qualsiasi decisione giudiziaria, per essere giustificata, deve seguire

¹⁴ Cfr. T.A.O. ENDICOTT, *Vagueness and Legal Theory*, in *Legal Theory*, 3/1997, 37-63.

logicamente dalle premesse accolte, esplicitamente o implicitamente, dai giudici. Tuttavia, è sempre possibile, almeno in linea di principio, mettere in discussione le premesse della giustificazione che accompagna un provvedimento giudiziario. In definitiva, l'assenza di contraddizioni tra le premesse e la conclusione del ragionamento presentato dai giudici a sostegno delle loro decisioni è una condizione necessaria ma non sufficiente della giustificazione in ambito giuridico.

Questo aspetto problematico della vaghezza in relazione al linguaggio giuridico è colto in modo puntuale da Neil MacCormick: «...anche se è vero che vi sono alcuni [...] casi in cui i fatti acclarati non permettono seriamente di dubitare o di contestare l'applicabilità di una regola chiara, la linea di confine tra un caso come questo ed un caso che consente profonde divergenze di opinione [...] non può essere tracciata in modo netto. C'è uno spettro che va dal manifestamente semplice all'estremamente complicato, e, scorrendo tale spettro, non è possibile stabilire, se non vagamente, qual è il punto a partire dal quale è ammissibile sollevare dubbi di "rilevanza", di "interpretazione" e di "classificazione" in modo da aprire la strada alla possibilità di utilizzare argomenti consequenzialisti e argomenti di principio o analogici»¹⁵.

Questa obiezione alla possibilità di distinguere nettamente i casi facili dai casi difficili contribuisce alla crisi dell'idea di una conoscenza giuridica descrittiva e valutativa e apre le porte alla svolta interpretativa della scienza giuridica contemporanea.

È la consapevolezza che il diritto non sia un sistema di norme ma una "pratica sociale argomentativa" a sospingere l'avvocato un passo in avanti sul proscenio. Se il diritto è sempre l'esito di una attività interpretativa, allora la "cooperazione" tra l'avvocato e il giudice è imprescindibile. Questo è spiegato con estrema chiarezza ancora una volta da MacCormick:

Non dovrebbe sorprendere, quindi, che lo stile dell'argomentazione giudiziaria rispecchi in misura considerevole lo stile tipico degli argomenti usati dagli avvocati. In realtà, ci si dovrebbe aspettare che l'argomentazione giudiziaria e l'argomentazione forense si influenzino a vicenda; l'avvocato capace elabora, dalla sua prospettiva di parte, un argomento che si augura venga preso in considerazione dalla corte, trattandosi di un argomento del tipo di quelli che la corte riterrà ragionevole adottare, senza dubbio con qualche modifica, come una ragione forte o irresistibile per una decisione favorevole a quella parte. Il giudice o i giudici, trovandosi a dover fare una scelta a favore di una delle

¹⁵ N. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto* (1978; 1994²), Giappichelli, Torino, 2001, 230.

due parti nel cui interesse tali argomenti sono stati prodotti, devono decidere in un modo o nell'altro e per rispetto di una convenzione (se non per rispetto della legge, come avviene di solito in Europa continentale), devono presentare le ragioni della decisione. Non deve sorprendere, quindi, che le ragioni che essi forniscono siano largamente indebitate nei confronti dei ragionamenti presentati dall'avvocato; anche nel caso in cui un argomento venga rigettato, i giudici solitamente usano all'avvocato la cortesia di motivare le ragioni del rigetto¹⁶.

Gli argomenti a sostegno di una soluzione giudiziale sono prospettati al giudice dagli avvocati; il giudice non fa altro che accogliere o meno tali argomenti; in alcuni casi li perfeziona, li rende più chiari, ne delimita l'ambito e così via. Ciò significa che l'evolversi del diritto dipende sempre dall'arguzia e dall'inventiva degli avvocati e, in questo senso, è corretto dire che i veri *Hercules* sono questi ultimi e non i giudici.

Facciamo un esempio¹⁷. Il diritto all'identità personale viene sancito dalla Cassazione nel 1985 (sent. n. 3769) in relazione al celebre caso Veronesi. Il professor Umberto Veronesi rilascia un'intervista in cui afferma che c'è un chiaro nesso eziologico tra l'insorgenza di tumori maligni e il fumo. Rispondendo a una domanda, il professore precisa che le sigarette leggere sono meno dannose. Qualche tempo dopo su un periodico compare una pubblicità redazionale in cui si dà risalto al fatto che il Prof. Veronesi, direttore dell'Istituto dei tumori di Milano, sostiene che quel tipo di sigarette riduce di quasi la metà il rischio di tumori. Veronesi e l'Istituto dei tumori di Milano citano in giudizio l'agenzia pubblicitaria per la lesione del proprio diritto all'intangibilità morale e al nome. La Cassazione riconosce la legittimità della pretesa del professor Veronesi sulla base di un argomento i cui passaggi salienti sono sei. In primo luogo, la Corte riconosce che il rispetto dell'identità personale è una esigenza diffusa nella società, come dimostrano le numerose richieste di tutela avanzate per via giudiziaria. In secondo luogo, la Corte evidenzia il fatto che il legislatore non riconosce in via diretta forme di tutela per questo interesse. In terzo luogo, la Suprema Corte ritiene che non si possa ricavare la tutela di questo interesse soltanto dal diritto al nome sancito all'art. 7 del Codice civile. In quarto luogo, i giudici ribadiscono che tale interesse può essere tutelato solo a partire da un fondamento giuridico-positivo. In quinto luogo, questo fondamento viene rinvenuto nell'art. 2 della costituzione che tutela i diritti inviolabili dell'essere umano. In

¹⁶ *Ivi*, 27-28.

¹⁷ Seguo qui, pedissequamente, G. PINO, *Il diritto all'identità personale*, Il Mulino, Bologna, 2003, in particolare 55-91.

conclusione, mettendo insieme l'art. 2 Cost. e l'art 7 c.c. la Corte sancisce la rilevanza giuridica del diritto all'identità personale.

In casi di questo tipo è l'avvocato a tracciare la strada. Il giudice si limita a decidere se percorrerla o meno. Nel primo caso, ovviamente, il giudice può modificare il tragitto, restringere o ampliare la carreggiata e, in definitiva, aprire un dialogo con l'avvocato. Nel secondo caso, il discorso è chiuso. Può tuttavia sempre essere riaperto, grazie a un avvocato più tenace o più sagace (o entrambe le cose), o a un giudice più disposto ad ascoltare o, banalmente, perché i tempi divengono maturi.

Un caso facile, la cui soluzione sembra scontata può, a un certo punto, trasformarsi in un caso difficile, grazie a un avvocato che riesca a presentarlo da un angolo visuale diverso. Insomma, è soprattutto l'avvocato a garantire la dinamicità del sistema giuridico. Ciò significa che il giudice *Hercules*, senza il supporto dell'avvocato, perde gran parte dei suoi poteri. O, per dirla tutta, che il vero semidio – in una concezione del diritto come pratica sociale argomentativa – è l'avvocato e non il giudice.

Questo vale sempre ma è particolarmente vero nel caso dei sistemi giuridici contemporanei che sono caratterizzati da un elevato grado di indeterminatezza.

4. *L'avvocato nello Stato costituzionale*

L'età dei diritti e il costituzionalismo contemporaneo segnano un mutamento di paradigma rispetto al modo di concepire lo stato e, più in particolare, la sovranità statale¹⁸. Se la sovranità è il tratto distintivo dello stato moderno, la crisi della sovranità lo è dello stato contemporaneo¹⁹. Lo stato liberale ottocentesco – lo stato di diritto – riconosce come unici o principali limiti alla sovranità statale le "procedure" che l'autorità legittima deve rispettare per creare diritto valido; lo stato costituzionale aggiunge, ai limiti procedurali, anche limiti "sostanziali", di "contenuto", che impediscono che il potere costituito possa fare o decidere tutto ciò che vuole. La crisi della sovranità implica anche una nuova ripartizione del potere normativo tra gli organi dello stato. Si può anche dire che l'età dei diritti segni il passaggio da una concezione del *rule of law* ad un'altra.

¹⁸ Per una analisi più approfondita di questo tema mi permetto di rinviare a A. SCHIAVELLO, *Il costituzionalismo contemporaneo ai tempi del Covid-19*, in *Persona e amministrazione. Ricerche giuridiche sull'amministrazione e l'economia*, n. 2/2020, 19-37.

¹⁹ Cfr. L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno*, Laterza, Roma-Bari, 1997.

Con una certa approssimazione, tutte le concezioni del *rule of law* possono essere ricondotte a due modelli che declinano in modo diverso l'alternativa tra *rule of men* e *rule of law*.

Il primo modello pone l'accento su alcune caratteristiche, prevalentemente formali che, ove presenti, consentono di limitare il potere arbitrario dei governanti. In questa accezione, il *rule of law* sarebbe, al tempo stesso, un modo di organizzare il potere e una garanzia per coloro che a questo potere sono soggetti. La versione più nota di questo modello è quella elaborata da Lon Fuller²⁰.

Il secondo modello di *rule of law* è collegato – almeno originariamente – al *common law* e alla cultura giuridica inglese e, più in particolare, ad autori quali Edward Coke prima e, dopo, Albert Dicey. In base a questo modello, il diritto positivo non si esaurisce nel diritto prodotto dal potere sovrano ma è l'esito dell'equilibrio tra i due elementi della coppia, risalente alla tradizione medievale, *gubernaculum/jurisdictio*. Il *gubernaculum*, che è espressione del potere sovrano, trova un limite insuperabile nella prassi giuridica di riferimento, che è retta da principi i quali, a loro volta, esprimono una vera e propria "ragione giuridica" i cui sacerdoti sono in primo luogo i giudici e, in seconda battuta, i giuristi. Questo modello di *rule of law* presuppone a) l'esistenza di valori e principi espressi dalla prassi giuridica e immutabili (o, almeno, non modificabili al modo della legislazione) e b) una cooperazione tra istituzioni, in particolare tra parlamento e corti²¹. È questo il modello *di rule of law* incarnato dall'età dei diritti. Questo secondo modello si propone un duplice obiettivo: quello di limitare il potere normativo degli organi politici in senso stretto, trasferendolo agli organi giurisdizionali, e quello (più aleatorio e discutibile) di incorporare nel diritto alcuni valori morali fondamentali e tendenzialmente condivisi. Tutto ciò impone dei costi evidenti in relazione alla tutela dell'autonomia individuale e della certezza del diritto.

Il passaggio dallo stato di diritto allo stato costituzionale ha comportato, tra le altre cose, la sostituzione di un modello idealtipico di giurista a un altro: dal giurista "custode" del diritto al modello del giurista

²⁰ L.L. FULLER, *La moralità del diritto* (1964; 1969²), Giuffrè, Milano, 1986, cap. 2. Cfr. A. PORCIELLO, *L'idea di diritto implicito: un ipotetico dibattito tra Lon L. Fuller e Robert Alexy*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 1/ 2017, 329-349.

²¹ Cfr. G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Il Mulino, Bologna, 2012.

“creatore”²². In base al primo modello, il giurista è considerato il depositario di un sistema di norme già dato. L’attività principale del giurista custode è quella interpretativa, intesa come attività meccanica che non richiede alcun (o soltanto un minimo) esercizio di discrezionalità. Evidentemente, il giurista-custode è il distillato di scelte ideologiche e politiche relative al modo di intendere il principio di legalità, il rapporto tra poteri, l’autorità dello stato e così via. In base al secondo modello, il giurista è considerato a pieno titolo un partecipante alla prassi giuridica e si dà per scontato che egli contribuisca a modificare, integrare e trasformare il sistema giuridico di riferimento. Evidentemente, il modello del giurista creatore vale sia per il giurista teorico (il professore di diritto) sia – e, direi, a maggior ragione – per il giurista pratico (giudici e avvocati).

Nello stato costituzionale la distinzione tra “il diritto qual è” e il diritto “quale dovrebbe essere” perde gran parte della sua rilevanza. L’idea che il diritto sia una pratica sociale, caratterizzata principalmente da esercizi di interpretazione di disposizioni indeterminate alla luce dei principi e dei valori morali incorporati nel diritto, impedisce di ritenere che la domanda “qual è il diritto (in relazione a una fattispecie)?” possa ammettere una risposta che consista in una mera acquiescenza passiva rispetto a un dato preesistente; rispondere a tale domanda richiede un impegno personale alla costruzione dell’ordinamento giuridico migliore possibile alla luce della migliore interpretazione dei suoi principi fondamentali. E tale impresa non può prescindere, per le ragioni viste in precedenza, dal ruolo propulsivo e intrinsecamente creativo dell’avvocato. Come sa *Superman* – un supereroe moderno da affiancare a *Hercules* – *with great power comes great responsibility*. E la responsabilità principale è quella di mantenere la fedeltà al diritto mentre lo si crea.

²² Riprendo questa modellizzazione da N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto* (1^a ed. 1977), Laterza, Roma-Bari, 2007, 34 ss.