

ISABEL TRUJILLO\*

## **Avvocatura, deontologia e concetto di diritto ovvero: perché studiare la deontologia forense fa bene alla filosofia del diritto**

Il tema generale del *focus* raccoglie tre termini che sembrano essere collegati in modo forzato, ma che hanno un legame strettissimo. Il primo e più intuitivo è quello che collega la deontologia forense (la deontologia degli avvocati) al concetto di diritto. Per fare solo un esempio, il preambolo del codice deontologico degli avvocati europei all'art. 1.1 recita: «In una società fondata sul rispetto della giustizia, l'avvocato svolge un ruolo di primo piano. Il suo compito non si limita al fedele adempimento di un mandato nell'ambito della legge. L'avvocato deve garantire il rispetto dello Stato di diritto e gli interessi di coloro di cui difende i diritti e le libertà. L'avvocato ha il dovere non solo di difendere la causa del proprio cliente ma anche di essere il suo consigliere. Il rispetto della funzione professionale dell'avvocato è una condizione essenziale dello Stato di diritto e di una società democratica». Per comprendere il ruolo dell'avvocato e le sue regole di comportamento occorre guardare cioè al diritto e alle sue caratteristiche, prima fra tutte lo Stato di diritto e la tutela dei diritti delle persone. Il ruolo dell'avvocato è visto inoltre come parte di un progetto più ampio di quello della sola difesa del cliente. Questa visione – poi dettagliata nelle regole successive, che chiedono lealtà all'ordinamento e alle persone, rapporti di cooperazione con le istituzioni e con i colleghi e così via – indicano già un certo modo di concepire il diritto. L'indicazione più preziosa e intuitivamente comprensibile è quella dello Stato di diritto, ma il coinvolgimento dell'avvocato nella sua costruzione sembra chiedere di abbandonarne le letture meramente pubblicistiche ed intenderlo come l'anima del diritto, un *ethos* distintivo dell'interazione, dove ognuno – e certamente anche l'avvocato – è impegnato nella reciproca responsabilità<sup>1</sup>. Il *rule of law* – espressione preferibile a Stato di diritto, che ricorda ancora troppo il Rechtsstaat – e i diritti integrano la giustizia tipica del diritto, che è limitazione dell'arbitrio dei poteri ed eguaglianza nei diritti e nel rispetto

---

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

<sup>1</sup> G.J. POSTEMA, *Fidelity in Law's Commonwealth*, in *Private Law and the Rule of Law*, a cura di L.M. AUSTIN, D. KLIMCHUK, Oxford University Press, Oxford, 2014, 17-40.

delle libertà. Non è un caso che sia stato sostenuto che il cuore dell'etica forense sia proprio il *rule of law*<sup>2</sup>.

Ma vi è un altro senso in cui avvocatura, deontologia e concetto di diritto stanno insieme. Qui il punto di partenza è il concetto di diritto, la cui chiarificazione e comprensione è l'impegno fondamentale della filosofia del diritto. Secondo la classica distinzione, essa si dedica al compito ontologico quando si domanda cosa sia il diritto, al compito deontologico quando si domanda come debba essere il diritto, al compito fenomenologico quando cerca di rispondere alla domanda sull'evoluzione del diritto e sulla sua attuale configurazione, al compito metodologico quando si interroga sullo statuto della conoscenza scientifica del diritto<sup>3</sup>. Nell'articolo del codice poc'anzi citato si trova una risposta alla prima e alla seconda domanda (e implicitamente anche alla terza): il diritto è una pratica improntata al *rule of law* e alla garanzia dei diritti delle persone. Solo in questa luce la missione dell'avvocato è comprensibile. Non si tratta cioè di assumere il *rule of law* o la giustizia del diritto come dati di fatto, che stanno lì nelle cose. Piuttosto si tratta di intenderli come finalità proprie che occorre partecipare a costruire. Se le cose stanno così – e pare che i giuristi siano d'accordo quando si domandano come ci si debba comportare da avvocati –, allora il diritto non è un oggetto che sta lì fuori, un insieme di regole e/o di istituzioni che presentano caratteristiche specifiche, ma piuttosto una pratica sociale cooperativa, con le sue regole e le sue finalità, dove i diversi ruoli sono complementari, tutti rivolti ad un'unica missione, quella della realizzazione della giustizia schematicamente riassunta nei termini indicati<sup>4</sup>.

Scaturiscono allora domande lecite: non nasconde questa versione un grave pericolo, se la deontologia professionale e la giustizia sono da intendere come dimensioni esterne al diritto? Non è vero che esse dipendono dalle preferenze morali di ciascuno? L'alternativa è che quelle esigenze siano collegate allo stesso concetto di diritto, che di per sé mira alla giustizia. Quest'ultima posizione sfida la teoria del diritto contemporanea, sia nella sua versione giuspositivista – il cui mantra è la separazione concettuale tra diritto e giustizia –, sia nelle versioni post-positiviste, secondo le quali non si può negare che il diritto sia legato ad alcuni valori e tra questi alla giustizia, ma che si tratti di contingenze

---

<sup>2</sup> J. WALDRON, *The Rule of International Law*, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 30/2006, 15-30.

<sup>3</sup> G. DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1962.

<sup>4</sup> F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano, 1990.

semmai derivanti da decisioni assunte dalle società democratiche. Siamo dunque di nuovo di fronte all'eterno problema del rapporto tra diritto e giustizia dal punto di vista concettuale.

La complessità di queste questioni porta taluni ad adottare e promuovere il cosiddetto *eliminativismo*, cioè la tesi secondo cui il concetto di diritto è inutile ai fini dell'esercizio professionale. Per esaminare questa tesi dobbiamo fare un passo indietro e tornare alla deontologia professionale. In studi precedenti ho distinto deontologia professionale ed etica professionale, intendendo la prima come la codificazione della seconda, solitamente in termini di doveri. La distinzione serve a comprendere due aspetti importanti della problematica generale della deontologia professionale. Innanzitutto, i codici che riassumono l'etica professionale sono di natura diversa: possono essere codici etici, di comportamento<sup>5</sup>, positivi, negativi, rivolti all'interno o all'esterno. Diversificato è anche il loro contenuto, che dipende non solo dalla specificità del ruolo, ma anche dal contesto concreto in cui l'operatore lavora, dalla storia del ruolo, dalla percezione sociale, dall'equilibrio rispetto agli altri ruoli. Da questi elementi dipende anche il modo di comprendere l'insieme di esigenze tipiche di un ruolo, che possono essere espresse in termini di doveri, ma anche di principi, o di virtù. L'etica professionale è un'etica di ruolo, cioè il risultato di una differenziazione etica in base alla posizione del soggetto<sup>6</sup>. La differenziazione – rispetto all'etica generale ma anche all'etica pubblica e ad altre etiche di ruolo possibili – avviene sulla base di ragioni che giustificano la specificità delle esigenze morali di chi si trova a svolgere il ruolo: in relazione al fine dell'attività da svolgere, prima di tutto, ma anche alle aspettative legittime dei destinatari, al tipo di interazione con altri ruoli, alla consistenza sociale

---

<sup>5</sup> È interessante il rapporto di studio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione sul codice di comportamento dei dipendenti pubblici, che distingue tra i vari tipi di codice, soprattutto codici etici e codici di comportamento e preferisce il secondo, ma riconoscendo l'impossibilità della loro purezza. È interessante perché, come nel caso della vicenda della riforma della legge professionale forense e della conseguente revisione del codice deontologico, anche per i dipendenti pubblici si cerca di avvicinare la codificazione dell'etica professionale al diritto disciplinare e al diritto punitivo dello stato, non tanto per l'estensione delle garanzie penali alla materia deontologica come nel caso degli avvocati, ma per la esigibilità e sanzionabilità del comportamento. Cfr. *Relazione finale del gruppo di lavoro sulle linee guida ANAC in materia di codici di comportamento dei dipendenti pubblici*, 2019, in: <https://www.anticorruzione.it/-/codici-di-comportamento-dei-dipendenti-pubblici-relazione-del-gruppo-di-lavoro-sulle-linee-guidaanac?redirect=%2Fappuntamenti> (2 dicembre 2021).

<sup>6</sup> I. TRUJILLO, *Etica delle professioni legali*, Il Mulino, Bologna, 2013.

della categoria e quindi al potere contrattuale che essa acquista, nonché alle conseguenti responsabilità. Da questo punto di vista, la riflessione sull'etica professionale del giurista (dell'avvocato, in particolare) va in direzione opposta all'eliminativismo: non solo non fa a meno del concetto di diritto, ma dipende da esso.

La connessione tra etica professionale e concetto di diritto è in realtà opposta a tre tesi distinte, che possono rientrare tutte nell'eliminativismo. La prima è che il giurista pratico non abbia bisogno del concetto di diritto per esercitare il suo ruolo professionale. La seconda è che quello che chiamiamo giuridico non sia altro che una decisione di potere camuffata. La terza è che non esistano obblighi giuridici perché alla fine tutti gli obblighi sono morali. La prima è una tesi pragmatica e porta a prescindere dal concetto di diritto e dal dibattito intorno ad esso<sup>7</sup> – oggi una posizione molto frequente anche in chiave di formazione del giurista. Qui occorre tornare al primo senso in cui deontologia forense e concetto di diritto sono collegati intorno al *rule of law*. La seconda è una tesi realista o scettica, che riconduce il diritto a decisione e potere di cui il giuridico non è che una copertura<sup>8</sup>. Qui si dovrebbe ricordare che il *rule of law* è precisamente un modo di segnare la differenza tra diritto e politica, che può essere anche decisione senza regola e limite. La terza tesi è pure una tesi riduzionista, perché non riconosce l'autonomia del diritto dalla morale. È la tendenza della tradizione dworkiniana, che non vede strada alternativa tra i fatti e i valori e che dà la vittoria a questi ultimi, con la conseguente riduzione degli obblighi giuridici ad obblighi morali<sup>9</sup>. A questa posizione si può controbattere difendendo una moralità propria del diritto<sup>10</sup> e studiando il processo di specificazione dell'etica professionale del giurista.

In ultima istanza, la riflessione sulla deontologia e il concetto di diritto mostra che vi è un'alternativa alle posizioni di Hart e di Dworkin, o in altre parole alla inconciliabilità tra l'idea che il diritto derivi da fatti

---

<sup>7</sup> L.A. KORNHAUSER, *Doing Without the Concept of Law* (August 3, 2015), *NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 15-33*. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2640605> (2 dicembre 2021).

<sup>8</sup> È la tentazione della genealogia. Cfr. P.-M. FOUCAULT, *Microfisica del potere*, Einaudi, Torino, 1977.

<sup>9</sup> Soprattutto l'ultimo Dworkin. Cfr. R. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge Mass., 2011. Cfr. anche M. GREENBERG, *The Moral Impact Theory of Law*, in *The Yale Law Journal*, 123/2014, 1118-1625.

<sup>10</sup> L.L. FULLER, *The Morality of Law: Revised Edition*, Yale University Press, New Haven, London, 1969.

sociali e da giudizi di valore<sup>11</sup>. Essa deriva da una visione dualista dei fatti e dei valori ispirata a letture riduttive della fallacia naturalista di stampo teoretico. In gioco è la specificità del diritto che, come si è detto, appartiene al regno della ragione pratica e interagisce con altre pratiche – morali e politiche – ma può e deve essere distinto da esse.

---

<sup>11</sup> S. HERSHOVITZ, *The End of Jurisprudence*, in *The Yale Law Journal*, 124/2015, 1160-1204.