

LA FUNZIONE SOCIALE DELL'AVVOCATO NEL TEMPO PRESENTE*

Giovanni Verde**

SOMMARIO: 1.- Premessa introduttiva. 2-Giustizia senza processo: il ruolo del difensore nell'antica Roma. La difesa nel Medio-evo 3 -La riscoperta del difensore nell'Umanesimo. 4 - Gli Stati nazionali, il positivismo giuridico e il nuovo ruolo dell'avvocato. 5- Una riflessione finale su Avvocatura e avvocatura

1-Premessa introduttiva.

Il 30 ottobre 2014 la Camera degli Avvocati di Napoli iscrisse tra i soci d'onore Franco Casavola. In quella occasione Egli lesse una mirabile lezione su "L'avvocato come leader sociale". Essendo stato invitato a partecipare agli scritti in Suo onore, ho pensato di ricollegarmi a quello scritto, che mi offre l'occasione di continuare con il Maestro e con l'amico un colloquio che da qualche tempo abbiamo intessuto sui temi della giustizia. Lo faccio consapevole dei rischi che corro, perché chi, come me, da oltre quarant'anni, esercita la professione forense (attività che ha costantemente accompagnato il suo insegnamento del diritto processuale civile), può facilmente cadere nella retorica e nell'autocompiacimento. Lo scritto impone, pertanto, l'esercizio nella misura massima possibile della mia capacità di autocontrollo.

Vi è una storia dell'Avvocatura, con la "A" maiuscola, che è una storia esaltante degna di essere celebrata. Questa storia si intreccia con l'aspirazione alla giustizia che è una delle leve, forse la leva principale, che ha indirizzato e che continua perennemente ad indirizzare la storia dell'umanità. È la storia del diritto che si fa legge e della legge che ritorna a farsi diritto in un continuo rincorrersi tra giusnaturalismo e positivismo giuridico sotto la spinta potente, nei nostri giorni, dei diritti irrinunciabili dell'uomo. Sono quei diritti che non hanno bisogno di essere sanciti in alcuna disposizione di legge e che, allorquando sono raccolti in Carte, sono semplicemente "dichiarati" o "proclamati", perché già esistono.

Non sono diritti raccolti in un catalogo. Non sono fissi ed immutabili. Sono oggetto di ricerche continue ed affiorano, come vene sotterranee che talora vengono in luce prepotentemente da sole e talora vengono scoperte in base ad un incessante lavoro di ricognizione. Basti pensare, venendo alle più recenti esplorazioni, alla parità di genere, ai rapporti familiari, alla bioetica, al diritto a una morte dignitosa e anche al diritto degli affetti. E tutto ciò avviene nel processo, che è il luogo di incontro per dare vita a un dialogo fruttuoso tra l'avvocato, che interroga il giudice sulla possibilità di dare tutela e, quindi, veste giuridica a bisogni, esigenze, interessi che finora ne sono privi, e quest'ultimo, che è chiamato a dare una risposta, che spesso non trova nella legge scritta, così che è costretto a ricorrere alla propria coscienza.

Questa storia ha avuto un diverso modo di dispiegarsi, essendosi intrecciata con il modo in cui, nelle varie epoche storiche, si sono formate le regole che hanno disciplinato la convivenza delle persone raccolte in comunità e, soprattutto, con il diverso modo con cui si è realizzata la gestione degli interessi collettivi e comuni; in altri termini con la diversa maniera con cui sull'orizzonte della storia si è presentata l'autorità di chi ha gestito il potere.

2-Giustizia senza processo: il ruolo del difensore nell'antica Roma. La difesa nel Medio-evo.

Siamo nei tempi moderni abituati ad associare la giustizia al processo. Questo è il punto di arrivo di una lunga evoluzione. Nell'antica Roma, ad es., l'elaborazione della dottrina fu incentrata sulla giustizia civile, poco rilievo fu dato a quella penale che, pure, investe i beni più preziosi dell'uomo; quelli senza dei quali (parlo della vita e della libertà) sarebbe compromessa la stessa sua esistenza. Nelle fonti troviamo una disciplina embrionale del processo civile, ma non di quello penale. Quest'ultimo era il luogo in cui si manifestava liberamente la capacità dialettica del difensore dinanzi a un giudice che rendeva il verdetto non sulla base della legge, ma dei valori della comunità dei quali si rendeva interprete. Non meraviglia, pertanto, che nella Grecia e nella Roma dell'antichità difensore fosse colui che aveva capacità di persuadere. L'oratoria aveva un ruolo fondamentale e la preparazione all'esercizio dell'attività forense si realizzava nelle scuole dell'eloquenza. Lisia, Demostene, Tucidide, Cicerone, Quintiliano sono ricordati, pur nella diversità degli stili, come principi dell'eloquenza, ma anche come grandi difensori e accusatori. Nel secondo libro del *De oratore* Cicerone (per bocca di Antonio, che espone la sua dottrina) ricorda i tre "officia" dell'oratore: *probare* con l'uso dei *loci argumentorum*, *conciliare*, ricorrendo all'*ethos*, e *movere* con il richiamo al *pathos*. In difensore, insomma, aveva il compito di persuadere, usando della sua capacità argomentativa, facendo ricorso alle leggi dell'etica e alla capacità di provocare reazioni emotive.¹

Nei rapporti interprivati prevaleva la figura del giureconsulto, ossia dell'uomo dotato di dottrina e di buon senso. Il ricorso al suo consiglio era fondamentale per la decisione delle controversie. E quei consigli, quei pareri facevano giurisprudenza, al punto tale da essere raccolti in un'opera fondamentale quale è il "Corpus juris" di Giustiniano, che per lungo tempo è stata la fonte a cui attingere per risolvere le controversie e che ancora oggi costituisce un modello insuperato di saggezza. È difficile, come ho detto, trasferire ai giorni nostri l'esperienza di una giustizia che all'epoca si amministrava in maniere affatto diverse. Potremmo, estremizzando, parlare di una giustizia senza processo, là dove il ruolo dell'avvocato si svolge soprattutto nel processo. Forse è preferibile parlare di un'esigenza di difesa che nel campo del diritto penale si manifestava soprattutto nella capacità di persuasione dell'oratore in un'agone in cui le prove argomentative prevalevano rispetto alle nostre prove del diritto moderno (che erano considerate *artificiali*); nel processo civile, invece, la funzione del giurisperito era soprattutto quella di cooperare alla individuazione della regola di giudizio idonea a risolvere correttamente il caso.

Nell'età medievale, poi, la giustizia, che il re gestisce per bocca del popolo, non ha bisogno dell'apporto del difensore. Wagner ce ne dà una potente rappresentazione nel *Lohengrin*, che nella sostanza narra dello svolgimento di un processo. La protagonista è Elsa, accusata di avere ucciso il fratello, Gottfried. Portata dinanzi al Re-giudice, ella è chiamata, in primo luogo, ad accettare il giudice (*Erkennst du mich als deine Richter an?*), ma non c'è traccia di difensore. La giustizia autoritaria, quella che fa capo al popolo (qui rappresentato dall'Assemblea degli scabini, che è la giuria che dovrà sentenziare) non ha bisogno di avvocati².

È una lezione della storia che non occorre dimenticare.

* Testo dell'intervento pronunciato in occasione del Convegno su "L'Avvocato sociale", organizzato dalla Fondazione Pignatelli e dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Napoli, svolto il 30/11/2018 presso la Fondazione Pignatelli di Napoli, destinato agli Scritti in onore di Francesco Paolo Casavola.

** Avvocato civilista e amministrativista, già magistrato, Professore universitario di Diritto processuale civile presso le Università di Camerino, Salerno, Napoli Federico II, Roma "la Sapienza" e Vice-Presidente del Consiglio Superiore della Magistratura.

¹ In *Opere retoriche*, a cura di Giuseppe Nurcio, I, *De oratore, Brutus, Orator*, Torino, 1970

² V. al riguardo TEDOLDI, *Il processo in musica nel Lohengrin di Richard Wagner*, Pisa, 2017, 56 ss.

3 -La riscoperta del difensore nell'Umanesimo.

Il Medio evo è un'epoca oscura nella storia, anche se non furono assenti momenti in cui la natura dell'uomo emerse nella sua insopprimibile grandezza. Sopraggiunse il Rinascimento e l'umanesimo. Ritornò in auge l'eloquenza, che fu il perno intorno al quale ruotò la giustizia. E con il ritorno dell'eloquenza il difensore riacquistò il suo ruolo.

È chiaro che la pratica del diritto fondata sull'uso dell'argomentazione persuasiva si lega ad un diritto non ben delineato, tutto da scoprire; in altre parole si lega alla mancanza di un diritto positivo consolidato, quale è rappresentato dalla legge, o ad una confusione o ad un disordine delle fonti regolatrici. In tale contesto il difensore non ha ragione di essere un "tecnico", gli è sufficiente, ma anche necessario avere una solida cultura umanistica e raffinate capacità espositive. Ritroviamo lo specchio fedele della situazione nella Francia del XVI e del XVII secolo. Gli avvocati sono distinti in tre specie (gli uditori, i patrocinanti e i consultori). I primi, sottoposti a una disciplina severa, devono apprendere in silenzio dalle arringhe dei patrocinanti doverosamente ispirate alla virtù, legate alla verità ed espresse in modo severo (i consultori sono gli avvocati a fine carriera ed hanno una funzione simile a quella del magistrato; sono i primi giudici). Può essere interessante rileggere il ritratto di un avvocato (scritto da G. Ménage nel 1674 in ricordo di un parente avvocato: Guillaume Ménage): <<...una rara disposizione per l'arte oratoria, lo spirito, il giudizio, la memoria, l'abitudine degli affari, la conoscenza delle leggi e, cosa principale, un dono della parola di cui non ho mai visto l'eguale. A queste qualità aggiungete una bella statura, un volto attraente, dei polmoni saldi e una di quelle voci che secondo Cicerone valorizzano e sostengono potentemente l'eloquenza, una voce piena e sonora>>. E' una stagione in cui la monarchia francese è distratta dalle guerre civili e religiose e il ruolo degli avvocati riveste una singolare importanza. Ma già sotto Enrico IV il controllo del re si fa sentire. Gli avvocati diventano "diaconi" dei giudici-sacerdoti. Si ritiene che la loro sottigliezza, complicità ad arte la procedura, così che è contrapposta al senso della verità che anima i giudici, e che la loro eloquenza mercenaria sia influenzata dalla corruzione del diritto da parte dei vari Bartolo e Accursio e dalla confusione tra dottrine umanistiche e diritto³. Sembra di sentire l'eco di una storia che si ripete.

4 - Gli Stati nazionali, il positivismo giuridico e il nuovo ruolo dell'avvocato.

La funzione e il ruolo dell'avvocato, così come l'intendiamo oggi, si delinea nella stagione che abbiamo alle spalle e che ancora ci accompagna, nella quale gli Stati affermano la loro sovranità e lo stesso diritto viene rinchiuso nel guscio delle leggi nazionali e dacché era un diritto "senza Stato"⁴ diventa diritto nello Stato, acquistando in forza ciò che perde in estensione, giacché è valido nell'ambito del territorio in cui lo Stato esercita la sovranità.

Il difensore che, prima, collaborava nel processo per individuare la giusta regola del caso sulla base del precedente quale si era venuto consolidando nel corso dell'esperienza grazie all'apporto dei "dottori", oggi collabora in una nuova dimensione. A lui si richiede la conoscenza delle leggi e la capacità di darne una corretta lettura. Diviene in tal modo un professionista, la cui attività va disciplinata per legge (e le prime leggi al riguardo sono segnalate proprio nel Regno delle due

³ LA ROCHE-FLAVIN, *Treize livres des Parlements de France*, III, Millnges, Bordeaux, 1617cit. da M. FUMAROLI, *L'età dell'eloquenza. Retorica e "res literaria" dal Rinascimento alle soglie dell'epoca classica*, trad. di E. Bras, M. Botto e G. Cillario, Adelphi, Milano, 2002, p.681

⁴ Secondo la definizione di P. GROSSI, *Un diritto senza Stato. La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale*, in *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1988

Sicilie⁵), perché l'avvocato deve essere protetto nella libertà con cui deve potere esercitare la sua funzione, ma deve anche essere tenuto all'osservanza di precisi doveri deontologici, svolgendo una funzione che si inserisce inevitabilmente nel circuito dell'esercizio della giurisdizione, che è riservata allo Stato ed è prerogativa della sovranità.

Nell'ambito di una cultura positivistica l'avvocato, insomma, è in prevalenza un tecnico, che deve essere in possesso di uno specifico bagaglio culturale che gli consenta di utilizzare nel migliore dei modi possibili lo strumento delle leggi in vigore per la tutela dei propri assistiti.

5- L'età dei diritti fondamentali, la crisi del positivismo e il nuovo ruolo dell'avvocato.

Nell'età degli Stati-Nazione, quale si è protratta fino ai giorni nostri, che ha per presupposto la riconduzione del diritto alla legge, nella quale è assorbito, la funzione dell'Avvocatura è soprattutto questa. E' l'età delle codificazioni, che si poggia sull'idea dell'esaustività della legge scritta, perché se manca una precisa disposizione che regoli il caso si fa ricorso all'analogia o in ultima ipotesi ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato (art. 12 preleggi). Un'idea che aleggia nella stessa Costituzione, nel quale non si trova mai adoperata la parola "diritto", come diritto in senso oggettivo. Si parla di "diritti" dei soggetti riconosciuti dalle "leggi".

Dal dopoguerra in poi, tuttavia, la nostra percezione del fenomeno giuridico è mutata. Nel mondo occidentale mai vi era stato un periodo così lungo senza guerre. Mai si era avuta una situazione di democrazia liberale così diffusa e consolidata. Mai un così costante miglioramento delle condizioni di vita dei popoli. Mai un progresso continuo e costante del nostro livello di civiltà. Tutto ciò ha portato ad un'esplosione dei bisogni, delle esigenze, delle pretese, degli interessi che chiedono di essere riconosciuti dall'ordinamento anche là dove le leggi scritte non lo consentano.

È la stagione che viviamo nei nostri giorni, quella dei diritti fondamentali, quali si accompagnano e sono conseguenza dei diritti di solidarietà, eguaglianza e libertà che si affermarono con la rivoluzione francese.

Il ruolo degli avvocati cambia. A loro non si chiede più e soltanto una adeguata e consapevole difesa tecnica, si chiede anche di farsi mediatori di queste istanze dinanzi ai giudici. E quest'ultimi a loro volta trovano stretto l'abito che la Costituzione ha loro cucito addosso, ossia quello di fedeli custodi della legge. Il grimaldello per forzare il sistema sta nel richiamo alla Costituzione e alle Carte sui diritti dell'uomo, che impongono interpretazioni adeguate, il cui confine con la creatività è di per sé assai liquido e, nei fatti, diventa sempre più labile. La stessa erosione della sovranità statale e la conseguente diminuzione della forza vincolante delle leggi, sempre meno generali ed astratte e sempre più di contenuto provvedimentale, lasciano spazio al dispiegarsi delle formazioni sociali nell'ambito della comunità, quale è dato riscontrare nei tempi attuali, e possono favorire, se sapientemente sfruttate, una feconda collaborazione tra i protagonisti delle vicende giuridiche del Paese. E' un contesto nel quale la territorialità della legge deve fare i conti con la sovranazionalità dei trattati e con l'universalità del diritto⁶. La stessa Corte costituzionale, che la nostra Carta ha posto al vertice delle istituzioni giudiziarie in quanto giudice delle leggi, paga il prezzo dell'evoluzione. Diventa un vertice ambiguo, essendo chiamata a governare le leggi e dovendo al tempo stesso raccordarsi con le istituzioni giudiziarie sovranazionali, cui è affidata la tutela dei trattati e degli stessi diritti irrinunciabili dell'uomo⁷.

⁵ V. la Prammatica "De advocatorum neapolitanarum collegio instituendo" di Ferdinando IV del 6 novembre 1784.

⁶ V., per tutti, N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007

⁷ V. N. PICARDI, *La crisi del monopolio statale della giurisdizione e la proliferazione delle Corti*; MASTROIANNI, *Il dialogo tra la Corte costituzionale e le Corti europee: dal conflitto alla contaminazione*, in Atti del XXVII Convegno nazionale dell'Associazione fra gli studiosi del processo civile, Bologna, 2011, 5 ss.; 391 ss.

Il ruolo dell'avvocato subisce l'inevitabile processo di adeguamento. Egli è chiamato a concorrere ad un processo evolutivo che segna o può segnare tappe nel progresso civile del Paese. Ma ciò non è privo di insidie. Nel mondo regolato dal positivismo giuridico l'avvocato paga il prezzo di una scontata ripetitività delle sentenze e, quindi, di una giurisprudenza lenta ad adeguarsi alle nuove istanze e a recepirle. E tuttavia gode del vantaggio di potere contare su di una prevedibilità ragionevole delle decisioni, confidando sull'obbligo di fedeltà del giudice alla legge. Di conseguenza, può dare al suo assistito rassicuranti consigli su come comportarsi e sulle possibilità di successo una volta iniziata la controversia giudiziaria. Oggi la prevedibilità è compromessa, anche per avere il giudice dimesso l'abito di custode della legge (che in qualche modo ne limita la inevitabile discrezionalità di cui fa uso nell'operazione di interpretazione e di applicazione normativa) per diventarne un supremo regolatore. E l'avvocato nei sistemi di *civil law* neppure può contare sulla stabilità della giurisprudenza quale, nei sistemi di *common law*, è assicurata dal principio dello "stare decisis".

L'avvocato dei nostri giorni in qualche modo torna ad essere quello di un tempo; ossia il difensore al quale si richiedono capacità persuasive prevalenti rispetto alle sue abilità fondate su conoscenze tecniche delle leggi e del processo. Non è un caso che si va riscoprendo, come dimostrano i non lontani studi di Perelman⁸, il valore della retorica ed il modo in cui essa opera nei vari contesti o uditorii. Ed è un ambiente pieno di insidie, perché, nel momento in cui la formazione giuridica perde il suo peso a scapito di una discrezionalità giudiziaria sempre più estesa, la prestazione del difensore rischia di essere considerata marginale e, talora, come un inutile ingombro. Lo ritengono spesso i giudici, ma mostra di ritenerlo il legislatore, le cui leggi processuali, spinte dal bisogno di realizzare economia e di rendere più veloci i processi, rendono sempre più difficoltose le attività di difesa, con un reticolo di prescrizioni asfissianti; con la sistematica introduzione di requisiti di ammissibilità o di procedibilità collegati a inevitabili decadenze e con un incremento dei costi oramai divenuto insopportabile. Va da sé che la tentazione di stabilire un raffronto con l'avvocato nei sistemi di *common law* deve essere evitata. L'avvocato nell'Europa continentale ha sempre avuto di fronte un giudice-funzionario investito di autorità e, quindi, la sua funzione è sempre stata considerata ancillare. Nei sistemi di *common law* l'avvocato per lunga tradizione ha partecipato al processo di formazione del diritto, quale si andava realizzando attraverso la giurisprudenza: Vi è stata e vi è nel nostro sistema una sudditanza dell'avvocato quale non vi è stata nel mondo anglosassone, che è causa da noi di una sorta di reciproca diffidenza che lì non è dato riscontrare, anche se, per ragioni che non è possibile investigare in questa sede, le differenze si vanno attenuando in un processo di omologazione ostacolato, in entrambe le aree, dalle scorie di una tradizione lunga e consolidata culturale.

Ho non a caso ricordato le esperienze francesi del XVI e del XVII secolo, perché la storia ha sempre i suoi ritorni.

5- Una riflessione finale su Avvocatura e avvocatura.

Ho parlato dell'Avvocatura con la "A" maiuscola e dell'avvocato investito di una rilevante funzione sociale, quale è quella di concorrere al progresso della civiltà del nostro Paese, sottoponendo ai giudici le nuove istanze di tutela quali emergono dalla società civile.

Ve ne è una minore, ma che non va dimenticata. Ed è quella dell'aiuto che l'avvocato può dare al cittadino nei confronti di una burocrazia statale sempre più ingombrante e che tende ad espandersi come un cancro, spesso traendo alimento dalla propria scadente professionalità e, talora, dalla

⁸ PERELMAN e OLBRECHTS TYTECHA, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, trad. C.Schick, M. Mayer e E. Barassi, Einaudi, Torino, 2001

propria idiozia. Ed è questo un campo nel quale l'avvocato, senza subire i laccioli delle leggi processuali e della tutela giudiziaria, può svolgere appieno la sua funzione sociale, anche quella, per richiamare l'occasione di questo Convegno, del diritto degli affetti.

Vi è, però, il rovescio della medaglia da rappresentare con ruvida franchezza. Siamo un Paese con troppi avvocati. E l'eccesso ha costi oramai insopportabili. Il numero li rende deboli, perché, in un mondo sempre più condizionato dall'economia e dalle implacabili leggi del mercato, non reggono alle regole della concorrenza, che l'Europa vuole estendere agli esercenti le libere professioni, considerandoli come imprenditori che esercitano una qualsiasi attività economica (il che costituisce bagaglio culturale del mondo anglosassone, ma non è detto che, in questo campo, ci possano essere date lezioni).

L'insicurezza economica e, spesso, il bisogno espongono gli avvocati alla necessità di accettare incarichi con retribuzioni del tutto inadeguate e conferiscono alla committenza (a quella pubblica e a quella imprenditoriale) il potere di imporre contratti di collaborazione assolutamente vessatori. L'insicurezza e il bisogno spesso diventano cattivi consiglieri e li inducono ad accettare incarichi che dovrebbero rifiutare o a speculare in un esercizio della professione del tutto scorretto, così violando anche le più elementari disposizioni del codice deontologico. L'insicurezza e il bisogno li disincentivano. Perdono slancio. Non curano la qualità delle loro prestazioni e neppure si preoccupano di aggiornarsi culturalmente in un mondo soggetto a continui cambiamenti e a rapide evoluzioni.

Avviene in questo modo che l'avvocato perda di vista la sua funzione sociale e che quest'ultima sfumi come in una sorta di dissolvenza per lasciare sul terreno le scorie di una realtà miserevole.

Di questo pericolo devono essere consapevoli gli avvocati, ma devono esserlo anche e soprattutto i cittadini. La storia, come ci ha sempre ricordato Franco Casavola, insegna soprattutto a loro che dove non c'è avvocatura o dove non c'è una forte avvocatura, lì non risiedono né libertà né democrazia.