

Indipendenza dell'avvocatura e terzietà dell'avvocato. Due idee flessibili a servizio della tutela giurisdizionale dei diritti

*Massimiliano Bina**

DOI: 10.54103/milanoup.245.c631

ABSTRACT ITALIANO: Lo scritto analizza il concetto di “indipendenza dell'avvocato”, evidenziando come con questa locuzione si è soliti riferirsi a due idee diverse. In primo luogo, si vuole richiamare l'indipendenza delle istituzioni forensi rispetto agli altri poteri dello Stato; sotto altro aspetto, ci si vuole riferire alla terzietà dell'avvocato rispetto agli interessi coinvolti nella questione oggetto del mandato. L'analisi porta ad evidenziare come l'indipendenza delle istituzioni forensi è un prerequisito per consentire una efficiente ed efficace tutela dei diritti del cliente mentre la terzietà dell'avvocato è l'espressione di uno dei suoi doveri di fedeltà nei confronti del cliente e, in particolare, del dovere di agire con “distacco professionale”.

ABSTRACT ENGLISH: The paper explores the concept of the independence of lawyers highlighting how this term usually refers to two different ideas. First, it refers to the independence of legal institutions from other State powers; second, it refers to the impartiality of lawyers with respect to the interests involved in the issue involved in the case. The analysis highlights how the independence of legal institutions is a prerequisite for the efficient and effective protection of clients' rights, while the impartiality of lawyers is an expression of one of their duties of loyalty to their clients and, in particular, their duty to act with “professional detachment”.

SOMMARIO: 1. “Indipendenza” è una locuzione polisemica. – 2. Il dogma dell'ordinamento forense. – 3. Le eccezioni all'esclusività dell'attribuzione del potere disciplinare. – 4. Segue: le eccezioni al potere di individuare le disposizioni deontologiche. – 5. L'avvocatura e l'esercizio del potere disciplinare e normative. – 6. La terzietà dell'avvocato è espressione del suo dovere di agire con distacco professionale.

* Professore a contratto di deontologia e ordinamento forense presso l'Università degli Studi dell'Insubria, componente del consiglio distrettuale di disciplina di Milano (ORCID 0009-0003-2080-8699).

1. “Indipendenza” è una locuzione polisemica

La parola “indipendenza” ha un significato molteplice¹. Il lemma viene utilizzato per riferirsi, almeno, a due concetti: l’“indipendenza dell’avvocatura” o, anche, l’“indipendenza delle istituzioni forensi” da un lato; l’“indipendenza dell’avvocato”, quale professionista che ha la «funzione di garantire al cittadino l’effettività della tutela dei diritti» (art. 2, 2° comma, L. n. 247/2012, d’ora in poi, anche, l. p.) dall’altro².

La garanzia dell’indipendenza delle istituzioni forensi rispetto ai poteri dello Stato e dalle interferenze del potere economico è un valore comune a diversi ordinamenti giuridici continentali³ e, sebbene non abbia ancora ricevuto un riconoscimento costituzionale⁴, la legge si preoccupa in più occasioni di circoscrivere una sfera di autonomia dell’ordinamento professionale immune da ingerenze esterne. L’art. 1, 2° comma, l. p. prescrive che l’ordinamento professionale «regolamenta l’organizzazione e l’esercizio della professione di avvocato» (lett. a), «garantisce l’indipendenza e l’autonomia degli avvocati, indispensabili condizioni dell’effettività della difesa e della tutela dei diritti» (alla lett. b); l’art. 24, 3° comma, l. p. prevede che il Consiglio nazionale forense e gli ordini circondariali sono enti pubblici non economici «dotati di autonomia patrimoniale e finanziaria, sono finanziati esclusivamente con i contributi degli iscritti, determinano la propria organizzazione con appositi regolamenti, nel rispetto delle disposizioni di legge, e sono soggetti esclusivamente alla vigilanza del Ministro della giustizia»; l’art. 35 l. p., (alla lett. h) indica tra le prerogative del CNF quello di collaborare «con i consigli dell’ordine circondariali alla conservazione e alla tutela dell’indipendenza e del decoro professionale».

In questa prospettiva, l’avvocatura viene compresa tra i poteri dello Stato estranei all’apparato istituzionale, in quanto titolare di una «funzione pubblica

1 G.C. Hazard, A. Dondi, *Etiche della professione legale*, Bologna, il Mulino, 2005, pp. 209 ss.; G.C. Hazard, *Per l’indipendenza professionale dell’avvocatura*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, pp. 407 ss.

2 R.W. Gordon, *The Independence of Lawyers*, in 68 *B.U. L. Rev.*, 1988, pp. 1-83.

3 Il commento al principio (a) della *Charter of core principles of the european legal profession* predisposta dal CCBE (d’ora in poi anche CCBE Principles) chiarisce che «[...] the lawyer must be independent of the state and other powerful interests and must not allow his or her independence to be compromised by improper pressure from business associates». Cfr., altresì, S. Defois, *Les avocats nantais au XX^e siècle. Socio-histoire d’une profession*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2007; J. Leubsdorf, *Man in his original dignity: legal ethics in France*, Farnham UK, Ashgate, 2001; L. Karpik, *Les Avocats. Entre l’Etat, le public et le marché, XIII^{ème}-XX^{ème} siècles*, Paris, Gallimard, 1995.

4 In questa direzione andava la proposta di legge costituzionale d’iniziativa dell’on. Pecorella, presentata alla Camera dei deputati il 26 giugno 2009, con l’*Introduzione della sezione I-bis del titolo IV della parte seconda della Costituzione, concernente l’avvocatura* (AC 2556); e il disegno di legge costituzionale (AS 1935), d’iniziativa del sen. Pera, comunicato alla presidenza del Senato in data 15 dicembre 2009 avente ad oggetto *Nuove norme costituzionali sulla magistratura* con un articolato che contemplava anche l’aggiunta di un comma all’art. 101 cost. volto a ribadire che «L’avvocatura è un’attività privata, libera ed indipendente e svolge una funzione essenziale in ogni procedimento giudiziario».

costituzionalmente rilevante e garantita»⁵, perché essenziale all'effettività del diritto di difesa⁶; in particolare, si è detto⁷, costituisce un «contropotere» con una funzione di bilanciamento degli eventuali eccessi di altri poteri dello Stato, potendo assimilarsi ad una opposizione para-politica equiparabile a quella delle opposizioni nei sistemi democratici⁸.

Con «indipendenza dell'avvocato», invece, si intende riferirsi ad altro, cioè all'opportunità che l'avvocato, nell'adempiere al mandato professionale, debba essere un soggetto terzo rispetto agli interessi coinvolti e libero da pressioni esterne; una indipendenza che l'avvocato deve rivendicare, innanzitutto, rispetto al cliente, oltre che riguardo ai terzi ed al giudice⁹. Si tratta di un concetto diverso rispetto a quello dell'«indipendenza delle istituzioni forensi» non solo su un piano funzionale ma, come cercheremo di dimostrare nel prosieguo di queste riflessioni, anche sul piano strutturale: da qui, l'esigenza di utilizzare un diverso lemma, quello di «terzietà dell'avvocato», al fine di scongiurare confusione e sovrapposizione tra i due concetti. Ciò, in analogia con i predicati di indipendenza e terzietà tipici, rispettivamente, della magistratura e del giudice¹⁰.

Pure questa nozione di indipendenza «dell'avvocato», non già «delle istituzioni forensi», non gode di copertura costituzionale¹¹ e, anche in questo caso, come nel precedente, è la legge professionale a riconoscerne valenza prescrittiva. L'art. 2, 1° comma, l. p. descrive l'avvocato come «un libero professionista che, in libertà, autonomia e indipendenza, svolge le attività [...]» di rappresentanza e di difesa nei giudizi davanti a tutti gli organi giurisdizionali e nelle procedure arbitrali rituali (5° comma) e di consulenza legale e di assistenza legale stragiudiziale (6° comma); l'art. 3, 1° comma, l. p. prescrive che «l'esercizio dell'attività di avvocato deve essere fondato sull'autonomia e sulla indipendenza dell'azione

5 Corte cost., 3 marzo 1978, n. 17.

6 La Corte costituzionale sin dalle sue prime sentenze, ha affermato che «il diritto alla prestazione giurisdizionale [...] è fondamentale in ogni ordinamento basato sulle esigenze indefettibili della giustizia e sui cardini dello Stato di diritto» (Corte cost., 18 marzo 1957, n. 46).

7 F. Carrara, *Il passato, il presente e l'avvenire degli avvocati in Italia*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 30 (ristampa; originale 1874).

8 C. Hazard, A. Dondi, *Etiche della professione legale*, cit., p. 213.

9 Cfr. Art. 2.1.1. del *Code of conduct for european lawyers* redatto dal CCBE (d'ora in poi anche CCBE Code) «The many duties to which a lawyer is subject require the lawyer's absolute independence, free from all other influence, especially such as may arise from his or her personal interests or external pressure. Such independence is as necessary to trust in the process of justice as the impartiality of the judge. A lawyer must therefore avoid any impairment of his or her independence and be careful not to compromise his or her professional standards in order to please the client, the court or third parties».

10 Per l'analisi dei concetti di indipendenza, terzietà e imparzialità del giudice si rinvia, anche per i richiami alla dottrina ed alla giurisprudenza, a C. Spaccapelo, *L'imparzialità dell'arbitro*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 27 ss.

11 Il d.d.l. cost. n.1199/2019, tra l'altro, propone di introdurre un nuovo comma all'art.111 cost. in cui si prescrive che «l'avvocato esercita la propria attività professionale in posizione di libertà, autonomia e indipendenza».

professionale e del giudizio intellettuale» e il 2° comma che «la professione forense deve essere esercitata con indipendenza»; l'art. 4, 1° comma, l. p. dispone che «la partecipazione ad un'associazione tra avvocati non può pregiudicare l'autonomia, la libertà e l'indipendenza intellettuale o di giudizio dell'avvocato nello svolgimento dell'incarico che gli è conferito», e l'art. 4-bis, 3° comma, l. p. impone ai soci di una società tra avvocati che svolgono l'incarico professionale di assicurare «[...] per tutta la durata dell'incarico la piena indipendenza e imparzialità, dichiarando possibili conflitti di interesse o incompatibilità, iniziali o sopravvenuti»; l'art. 23, 1° comma, l. p. stabilisce che il contratto di lavoro dell'avvocato degli uffici legali specificamente istituiti presso gli enti pubblici deve garantire «l'autonomia e l'indipendenza di giudizio intellettuale e tecnica». Allo scopo di garantire la terzietà dell'avvocato, provvedono anche la disposizione dell'art. 18 l. p. che introduce delle cause di incompatibilità con l'esercizio della professione forense e quelle del codice deontologico forense (d'ora in poi anche c.d.f.) contenute nell'art. 24.

È opinione comune¹², al riguardo, che la terzietà costituisce un presupposto necessario per consentire all'avvocato di adempiere ai suoi doveri verso i terzi, i giudici e l'ordinamento¹³, e che questi ultimi doveri rappresentano un contrappeso alle sue prerogative ed ai poteri discrezionali che la legge gli attribuisce. Allo stesso tempo, si ritiene che l'avvocato debba essere terzo per evitare che si possa dubitare della correttezza del suo operato¹⁴.

Si capisce, allora, perché l'indipendenza dell'avvocato viene agevolmente intesa come un modo per garantire la sua astratta imparzialità in funzione del «significato anche sociale che essa [l'avvocatura] incorpora e trasmette alla collettività»¹⁵, in quanto finalizzata a proteggere «la dignità dell'esercizio professionale e l'affidamento della collettività sulla capacità degli avvocati di far fronte ai doveri che l'alta funzione esercitata impone»¹⁶.

Così definiti i contorni della questione, analizzeremo in che modo il concetto di indipendenza, nelle sue due variazioni principali di “indipendenza” delle istituzioni forensi e di “terzietà” dell'avvocato, sia stato attuato nel nostro ordinamento e in quale misura la prassi lo intenda come una garanzia irrinunciabile, al fine di verificare se in funzione di una maggiore effettività della tutela giurisdizionale sia possibile rimodulare la portata delle due garanzie.

12 Cfr. R.W. Gordon, *The Independence of Lawyers*, cit., pp. 11 ss.; art. 2.1.1 CCBE Code.

13 D.L. Rhode, *In the interests of justice: reforming the legal profession*, New York, Oxford University Press, 2000, p. 18, afferma espressamente che l'avvocato ha la responsabilità di prevenire danni inutili a terzi, di promuovere un sistema giuridico giusto ed efficiente e di rispettare i valori fondamentali come l'onestà, l'equità e la buona fede da cui dipende quel sistema; R. Danovi, *Il nuovo codice deontologico forense. Commentario*, Milano, Giuffrè, 2014, p. 113, che richiama la c.d. «doppia fedeltà» a cliente e ordinamento.

14 CNF, 24 aprile 2018, n.38; CNF, 11 giugno 2015, n. 80; CNF, 22 dicembre 2007, n.234.

15 CNF, 24 novembre 2017, n. 186; CNF, 12 luglio 2016, n. 186; CNF, 20 aprile 2011, n.48.

16 CNF, 30 settembre 2013, n. 165.

2. Il dogma dell'ordinamento forense

Potere disciplinare e deontologia sono le due manifestazioni tipiche dell'indipendenza delle istituzioni forensi e, in particolare, sono espressione dell'auto-governo dell'avvocatura. Non solo, si è soliti affermare che le istituzioni forensi possono essere considerate indipendenti se alle stesse competono in via esclusiva sia il potere di giudicare gli avvocati e quello correlato di irrogare loro una sanzione disciplinare, sia il potere di individuare le norme deontologiche cui gli appartenenti all'ordine forense debbono conformare la propria condotta non solo nella vita professionale (art. 9, 2° comma, 63 e 64 c.d.f.)¹⁷.

L'abrogato regio decreto legge 27 novembre 1933, n. 1578 già riconosceva alle istituzioni forensi potere disciplinare sugli avvocati: l'art. 38 prescriveva che la competenza a procedere disciplinarmente nei confronti degli avvocati apparteneva in origine al «direttorio del sindacato che ha la custodia dell'albo» e successivamente è stata trasferita al consiglio dell'ordine¹⁸; l'art. 38, 4° comma, disponeva che il direttorio del sindacato nazionale aveva il potere giurisdizionale sugli avvocati membri del direttorio di un sindacato locale; ai sensi dell'art. 54, la Commissione centrale per gli avvocati e i procuratori, poi sostituita dal CNF, aveva giurisdizione nei confronti dei propri membri e di quelli del direttorio del sindacato nazionale. Si tratta di una giurisdizione che, sebbene affidata ad un giudice speciale, ha superato il vaglio di costituzionalità in quanto istituita con decreto legislativo luogotenenziale 23 novembre 1944, n. 382, prima dell'entrata in vigore della Costituzione e da questa conservato¹⁹.

Attualmente, la L. n. 247/2012 attribuisce il potere disciplinare ai consigli di disciplina istituiti in ogni distretto di corte d'appello e conferma la funzione giurisdizionale del CNF che si svolge, *ex art.* 36, 1° comma l. p., secondo le previsioni di cui agli articoli da 59 a 65 del regio decreto 22 gennaio 1934, n. 37.

Nel vigore della abrogata legge professionale, il potere di individuare le regole di condotta che l'avvocato deve rispettare nell'esercizio della professione veniva ricondotto a quello disciplinare. La dottrina già riconosceva alle norme

17 A. Sandulli, *Regole di deontologia professionale e sindacato della Corte di cassazione*, in *Giust. cin.*, 1961, I, pp. 616-620; C. Lega, *Ordinamenti professionali*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XII, Torino, Utet, 1965, 6-15. In una prospettiva storica, v. R. Bianchi Riva, *Verso il codice deontologico forense. L'autonomia dell'avvocatura nell'Italia repubblicana*, in *Historia et ius*, 17, 2020, pp. 1 ss.

18 Ai sensi del d. lgs. lgt. 23 novembre 1944, n. 369, che ha soppresso le organizzazioni sindacali fasciste, e del d. lgs. lgt. 23 novembre 1944, n. 382, che detta norme sui consigli degli ordini.

19 Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 2005, n. 309 ha chiarito che il CNF, allorché pronuncia in materia disciplinare, è un giudice speciale istituito con decreto legislativo luogotenenziale 23 novembre 1944, n. 382, prima dell'entrata in vigore della Costituzione e da questa conservato e che, pertanto, deve escludersi che per i soggetti che incorrono in una delle situazioni ricadenti nell'ambito delle relative attribuzioni giurisdizionali possa configurarsi un distoglimento dal giudice naturale precostituito per legge.

deontologiche un carattere giuridico e normativo²⁰ e al medesimo risultato era pervenuta anche la giurisprudenza a partire da Cass., Sez. Un., 6 giugno 2002, n. 8225²¹, argomentando sugli artt. 12 e 38 r.d.l. n. 1578/1933, che le «norme del codice deontologico approvate dal Consiglio nazionale forense il 17 aprile 1997 si qualificano come norme giuridiche vincolanti nell'ambito dell'ordinamento di categoria» ed hanno la funzione di integrare il precetto normativo ai fini della configurazione dell'illecito disciplinare²². La tesi si è sviluppata nell'alveo del sistema delle fonti sul presupposto che, se le istituzioni forensi hanno il potere di applicare sanzioni disciplinari *a fortiori* hanno anche il potere di individuare le regole di condotta cui gli avvocati debbono attenersi nell'esercizio della professione.

Attualmente, l'art. 3, 3° comma l. p. attribuisce espressamente alle istituzioni forensi il potere di individuare i principi e le regole di condotta che l'avvocato è tenuto ad osservare «in via generale e, specificamente, nei suoi rapporti con il cliente, con la controparte, con altri avvocati e con altri professionisti» e quello di individuare le norme che, «rispondendo alla tutela di un pubblico interesse al corretto esercizio della professione, hanno rilevanza disciplinare». In particolare, la legge professionale forense prevede che la prerogativa di emanare e aggiornare periodicamente il codice deontologico appartiene al CNF, sentiti i consigli dell'ordine circondariali (35, 1° comma, lett. d), l. p.).

La tesi che proveremo a dimostrare è che le eccezioni al principio sopra indicato sono così frequenti che vi è qualche dubbio che esso possa avere un significato non solo prescrittivo, ma anche descrittivo. In altre parole, il principio non solo non descrive lo stato dell'ordinamento forense e dice poco sull'indipendenza delle istituzioni forensi; ma nemmeno prescrive che l'indipendenza dell'avvocatura necessita dell'attribuzione in via esclusiva alle istituzioni forensi del potere di individuare le regole di condotta cui l'avvocato deve attenersi nell'esercizio della professione forense e del relativo potere di sanzionare le condotte illecite.

20 R. Danovi, *Il codice deontologico degli avvocati*, in *Foro it.*, 1997, V, cc. 333-340; P. Gianniti, *Principi di deontologia forense*, Padova, Cedam, 1992, pp. 12 ss.; G. Gorla, *Note a margine di un «codice deontologico forense»*, in *Giust. civ.*, 1984, II, pp. 500-512; C. Lega, *Deontologia forense*, Milano, Giuffrè, 1975, 38; Id., *In tema di deontologia professionale forense*, in *Giur. it.*, 1960, III, p. 41; S.P. Koniak, *The Law Between the Bar and the State*, in 70 *North Carolina L. Rev.*, 1992, pp. 1390 ss.

21 In *Rass. forense*, 2003, p. 130, con nota di R. Danovi, *Regole deontologiche e canoni complementari: un sistema efficace per la difesa della professione*; in *Foro it.*, 2003, I, c. 245, con nota di L. Carbone.

22 Il principio è stato riaffermato da Cass., Sez. Un., 23 marzo 2004, n. 5776 in *Giur. it.*, 2005, p. 249; Cass., Sez. Un. 7 luglio 2009, n. 15852; Cass., Sez. Un. 13 giugno 2011, n. 12903; Cass., Sez. Un. 17 giugno 2010, n. 14617, Cass., Sez. Un., 17 gennaio 2012, n. 529, che confermano che le norme deontologiche sono integrative delle clausole generali con cui sono redatte le norme di legge. Cfr., altresì, Cass., 17 aprile 2008, n. 16145 qualifica come atto di natura normativa il codice deontologico dei giornalisti e Cass., 14 luglio 2004, n. 13078 per quello dei geometri.

3. Le eccezioni all'esclusività dell'attribuzione del potere disciplinare

Le istituzioni forensi avranno anche il potere giurisdizionale sugli avvocati, ma in ultima istanza il controllo di legittimità delle decisioni del CNF viene esercitato dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge, come prescrive l'art. 56, 3° comma, r.d.l. n. 1578/1933 ancora in vigore. In particolare, Cass., Sez. Un. 20.12.2007, n. 26810 ha chiarito che le disposizioni del codice deontologico, in quanto norme giuridiche, non possono essere interpretate avuto riguardo alla volontà di chi le ha emanate – come è prescritto per la materia contrattuale –, ma occorre utilizzare i criteri ermeneutici propri delle norme di legge prescritti dall'art. 12 prel., al fine di consentire alla Corte di svolgere la sua funzione nomofilattica su disposizioni che incidono su diritti soggettivi sorti sulla base di norme di legge²³. In questo quadro, l'indipendenza della classe forense risulta minacciata perché l'interpretazione della norma proviene in ultima istanza, dalla suprema corte, non dal CNF quale soggetto che, in astratto, potrebbe interpretare le disposizioni dallo stesso redatte quale “depositario” del significato autentico delle stesse²⁴.

Per quanto riguarda il procedimento disciplinare, si osserva che i principi applicabili sono individuati dal legislatore all'art. 59 l. p. e che alla loro attuazione ha provveduto il CNF con il regolamento n. 2/2014. Le modalità di esercizio del potere disciplinare, pertanto, non sono state individuate dalle istituzioni forensi ma sono predeterminate dal legislatore che ha optato per il noto modulo che prevede, in prima istanza, una decisione conclusiva di un procedimento amministrativo con caratteristiche giustiziali che prevede la partecipazione del pubblico ministero quale soggetto chiamato a sostenere l'accusa. Il recupero del carattere giurisdizionale del procedimento avviene solo in seconda istanza innanzi al CNF.

23 Questo esito non sembra ammissibile, a dire della Corte, «in presenza di un codice deontologico che può incidere, come ad esempio con la sanzione disciplinare della radiazione dall'albo, su diritti soggettivi sorti sulla base di norme di legge» e in ragione del fatto che, qualora si facesse uso dei criteri dell'art. 1362 ss. c.c. il controllo di legittimità risulterebbe privo di qualsiasi contenuto perché sarebbe «limitato alla constatazione della assenza di motivazione o alla presenza di una motivazione puramente apparente» e non potrebbe «estendersi all'apprezzamento della rilevanza del fatto assunto nel capo di incorporazione», così determinando «la negazione di un potere di interpretazione diretta della norma incriminatrice». Cfr., altresì, F. Puppo, *La deontologia forense nell'età della decodificazione: uno sguardo alla situazione italiana*, in M. Manzin, P. Moro (a cura di) *Retorica e deontologia forense*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 75 ss., spec. pp. 87 ss.

24 F. Puppo, *La deontologia forense*, cit., p. 92; C. Sarra, *Cyberethics e deontologia forense*, in P. Moro (a cura di), *Etica Informatica Diritto*, Milano, Franco Angeli, 2008, pp. 131-151; A. Sandulli, *Regole di deontologia professionale*, cit., pp. 616-620.

Analoghe considerazioni possono essere svolte sulla disciplina della prescrizione dell'azione disciplinare, di chiara matrice legale e non deontologica²⁵, riconducibile all'art. 56 l. p. che ha la conseguenza diretta di limitare di fatto il potere disciplinare attribuito alle istituzioni forensi.

4. Segue: le eccezioni al potere di individuare le disposizioni deontologiche

Il potere dell'avvocatura di individuare in via esclusiva le fattispecie a rilevanza deontologica non è esente da eccezioni, a fronte di un legislatore che in innumerevoli occasioni è intervenuto (i) o imponendo la modifica, se non l'abrogazione, di alcune disposizioni deontologiche (ii) o qualificando certe condotte come degli illeciti disciplinari, lasciando alle istituzioni forensi l'accertamento della violazione e l'applicazione della sanzione disciplinare²⁶. In queste ipotesi, lo sconfinamento del legislatore appare più intenso rispetto a quello riconducibile alle disposizioni codicistiche dell'art. 88 c.p.c. – che prescrive che in caso di violazione dei doveri di lealtà e probità da parte dei difensori, «il giudice deve riferirne alle autorità che esercitano il potere disciplinare su di essi» –, dell'art. 81-*bis*, 2° comma, disp. att. c. p. c. – ai sensi del quale il mancato rispetto dei termini fissati nel calendario del processo può costituire violazione disciplinare – o dell'art. 105 c.p.p. – che (1° comma) attribuisce al consiglio dell'ordine la «competenza esclusiva per le sanzioni disciplinari relative all'abbandono della difesa o al rifiuto della difesa di ufficio», (2° comma) ribadisce l'autonomia del procedimento disciplinare rispetto al procedimento penale in cui si è verificata la fattispecie rilevante sul piano disciplinare, (3° comma) stabilisce che «nei casi di abbandono o di rifiuto motivati da violazione dei diritti della difesa, quando il consiglio dell'ordine li ritiene comunque giustificati, la sanzione non è applicata, anche se la violazione dei diritti della difesa è esclusa dal giudice».

Il campo di elezione tipico in cui si manifesta l'interventismo del legislatore è quello dei c.d. “doveri di etichetta”, cioè quei doveri che regolano la condotta dell'avvocato quale *vir bonum* al di fuori dell'usuale attività di rappresentanza in giudizio del cliente o di assistenza e consulenza stragiudiziale, e riproduce il portato di quella tradizione su cui si fonda la dignità della professione e che le istituzioni forensi tendono a preservare²⁷.

25 Cass., Sez. Un., 27 marzo 2023, n. 8558, §18; Cass., Sez. Un., 24 gennaio 2020, n. 1609; Cass., Sez. Un., 20 settembre 2016, n. 18394; CNF, 17 ottobre 2022, n. 175; CNF, 7 dicembre 2019, n. 153.

26 R. Danovi, *Il nuovo codice deontologico forense. Commentario*, cit., pp. 21 ss., ritiene che le iniziative legislative stimolino la codificazione deontologica.

27 M. Bina, *La felicità dell'avvocato. Diritto forense e processo civile*, Torino, Giappichelli, 2024, pp. 105 ss.

In particolare, la legge professionale, al 6° comma dell'art. 4 l. p., prevede che costituisce illecito disciplinare la violazione della norma che consente alle associazioni professionali multidisciplinari di indicare l'esercizio di attività proprie della professione forense fra quelle previste nel proprio oggetto sociale, oltre che in qualsiasi comunicazione a terzi, solo se tra gli associati vi è almeno un avvocato iscritto all'albo; al 4° comma dell'art. 6 l. p. si preoccupa di chiarire che la violazione del segreto professionale costituisce illecito disciplinare; al 6° comma dell'art. 7 l. p., qualifica illecito disciplinare la violazione delle norme sul domicilio professionale; al 4° comma dell'art. 10 l. p. prescrive che l'inosservanza della disciplina dettata per le informazioni sull'esercizio della professione costituisce illecito deontologico e, analogamente, dispone il 3° comma dell'art. 4 d.p.r. 7 agosto 2012, n. 137; al 4° comma dell'art. 12 l. p., prevede che la mancata osservanza delle disposizioni in materia di assicurazione professionale costituisce illecito disciplinare.

Lo sconfinamento nell'ambito deontologico non riguarda solo la legge professionale, ma anche altre fonti del diritto statale. L'art. 391 *bis*, comma 6, c.p.p. dispone che la violazione delle regole che sovrintendono la condotta che l'avvocato deve tenere nel corso delle indagini difensive costituisce illecito deontologico e diverse leggi speciali contengono delle qualificazioni di condotte dell'avvocato come illeciti disciplinari. In particolare, il 2° comma dell'art. 30 d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96, imputa alla società tra avvocati le violazioni deontologiche commesse dai soci ricoglibili a direttive impartite dalla società stessa. L'art. 85 del d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115 dispone che la violazione del divieto di richiedere un compenso alla parte assistita ammessa al patrocinio a spese dello Stato costituisce grave illecito deontologico, mentre l'art. 128 attribuisce rilevanza disciplinare all'inosservanza dell'obbligo di chiedere l'estinzione del procedimento cancellato dal ruolo per l'avvocato della parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato. L'art. 2, 1° comma, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito in L. 12 agosto 2006 n. 248 (c.d. decreto Bersani) ha abrogato le disposizioni regolamentari che prevedono: (lett. a) la fissazione di tariffe obbligatorie fisse o minime ovvero il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti; (lett. b), il divieto, anche parziale, di pubblicizzare i titoli e le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto e il prezzo delle prestazioni; mentre il comma 4° ha imposto l'adeguamento delle disposizioni deontologiche alla disciplina legale, sanzionandone la nullità qualora risultassero in contrasto con quest'ultima. Il 4° comma dell'art. 5 d.l. 12 settembre 2014, n. 132, che ha introdotto la procedura di negoziazione assistita, stabilisce che costituisce illecito deontologico per l'avvocato impugnare un accordo alla cui redazione ha partecipato; mentre il comma 4-*bis* dell'art. 9 d.l. n. 132/2014, qualifica illecito disciplinare per l'avvocato, quello di assumere l'incarico di arbitro in una controversia avente il medesimo oggetto, o uno connesso, di una convenzione di negoziazione assistita in cui ha partecipato e la condotta che violi l'obbligo di lealtà e quello di mantenere riservate le informazioni ricevute.

Anche l'ambito dei doveri riconducibili al rapporto cliente-avvocato non va esente dall'interventismo del legislatore. L'art. 2, 7° comma, d.l. n. 132/2014, ad esempio, dispone che l'avvocato ha il dovere deontologico di informare il cliente all'atto del conferimento dell'incarico della possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita.

Più in generale, se si intendono i doveri dell'avvocato verso il tribunale, la controparte e i terzi come dei doveri "indipendenti", cioè dei doveri che gravano sull'avvocato quale *officer of the court*²⁸, riconducibili all'idea della "doppia fedeltà" a cliente e ordinamento, è agevole concludere che lo statuto dell'avvocato possa essere imposto dall'esterno quale corrispettivo delle prerogative che l'ordinamento gli riconosce. Sotto altro aspetto, questa impostazione non limita il catalogo dei doveri dell'avvocato quale ausiliario della giustizia ai tradizionali doveri di verità (nel processo), di lealtà (nell'attività di stragiudiziale) ed a quello di mantenere il segreto professionale, prestandosi a giustificare i tentativi degli altri poteri dello Stato di ampliare il novero dei doveri dell'avvocato verso soggetti diversi dal cliente ad ulteriore detrimento dell'indipendenza dell'avvocatura. Non è un caso che, nel periodo fascista il regime considerò l'avvocato come un collaboratore del giudice nell'amministrazione della giustizia²⁹, tanto che nel 1935 il duce definì gli avvocati «colonne del regime» rimarcandone la funzione pubblica oltre che di difesa degli interessi del cliente³⁰.

5. L'avvocatura e l'esercizio del potere disciplinare e normativo

Quando le istituzioni forensi hanno esercitato i poteri che il legislatore attribuisce loro, sia sul piano disciplinare sia su quello normativo, non hanno dato gran prova di indipendenza. Il regolamento CNF del 21 febbraio 2014, n. 2 di attuazione del procedimento disciplinare si adagia sulle regole procedurali dettate dagli artt. 59-62 l. p., limitandosi sostanzialmente a riproporre le norme di rango primario.

Allo stesso tempo, le proposte di riforma del procedimento disciplinare avanzate dall'avvocatura riguardano per lo più (i) l'*actio finium regundorum* tra poteri del consiglio dell'ordine e quelli del consiglio distrettuale di disciplina³¹; (ii) alcuni

28 Cfr. E.R. Gaetke, *Lawyers as Officers of the Court*, in 42 *Vand. L. Rev.*, 1989, pp. 39-91.; J.A. Cohen, *Lawyer Role, Agency Law, and the Characterization «Officer of the Court»*, in 48 *Buff. L. Rev.*, 2000, pp. 349-409; M.E. Aspen, *Let Us Be «Officers of the Court»*, in 83 *A.B.A. J.*, 1997, pp. 94-97; R.J. Martineau, *The Attorney As Officer of the Court: Time to Take the Gown Off the Bar*, in 35 *S.C. L. Rev.*, 1984, pp. 541-572.

29 Cfr. R. Bianchi Riva, *Verso il codice deontologico forense*, cit., 11 ss.

30 L.E. Gianturco, *Gli avvocati colonne del regime*, Napoli, La Toga, 1937.

31 Le mozioni n. 24 e 25 Amadei (ULOF), approvate nel corso del XXXIV Congresso nazionale forense, ulteriore sessione, tenutosi a Roma 15-16 dicembre 2023, e convertite in

interventi di ingegneria procedurale con un intento semplificatore, volti a ridurre il numero dei componenti delle sezioni deliberanti in cui sono strutturati dei consigli di disciplina o il numero degli scritti difensivi³²; (iii) l'allineamento degli istituti del diritto "disciplinare" a quelli penalistici attraverso l'introduzione di un "micro-procedimento" incidentale che attribuisca all'avvocato segnalato la facoltà di richiedere l'applicazione di una sanzione concordata, così rinunciando all'approfondimento istruttorio e alla successiva fase dibattimentale³³; un procedimento di riabilitazione che consenta, decorso un certo lasso temporale, di dichiarare cessati gli effetti delle sanzioni disciplinari diversi dalla radiazione³⁴; la possibilità di ravvisare la continuazione tra illeciti deontologici³⁵; la riforma dell'istituto della prescrizione che ne ridisegni i confini senza mai proporre di abolirla³⁶.

L'impressione è che l'approccio tipico del penalista costituisca il canone attraverso il quale l'avvocatura affronta l'argomento deontologico-disciplinare, come se l'etica forense e la sua effettività potessero essere ricondotte a questioni regolate dal diritto penale che costituirebbe, in ultima analisi, il modello tipico cui fare riferimento.

Sono tralasciati, invece, i profili di più ampio respiro che coinvolgono il ruolo delle parti del procedimento disciplinare. Basti pensare, ad esempio, al fatto che, nei procedimenti disciplinari di prima istanza, sebbene sia prevista la partecipazione del Procuratore della Repubblica, per prassi nessuno compare, con la conseguenza che nella fase dibattimentale nessuno sostiene l'accusa. Un *vulnus* che appare ancor più grave se si considera come, qui più che altrove, la regola di condotta che si assume violata, spesso, non è data a priori, ma deve essere ricercata nel contraddittorio delle parti, in ragione della fisiologica incompletezza del codice deontologico³⁷.

raccomandazioni, propongono (i) la modifica della l.p. e del regolamento CNF 2/2014 in modo da consentire la possibilità da parte del consiglio dell'ordine che ha ricevuto la notizia di un illecito deontologico, di formulare un parere non vincolante di manifesta infondatezza dell'esposto, contenente la proposta di archiviazione, da allegare in sede di trasmissione degli atti al consiglio di disciplina competente; (ii) una valorizzazione della funzione conciliativa del consiglio dell'ordine nelle contestazioni insorte tra gli iscritti o tra costoro ed i clienti, prevedendo che, qualora a seguito di incontri e chiarimenti innanzi al consiglio dell'ordine vengano raggiunte soluzioni conciliative relative a contestazioni di carattere meramente pecuniario, il contenzioso deve considerarsi concluso senza alcun rilievo disciplinare. Cfr. altresì, le mozioni convertite in raccomandazioni n. 75 Turco, n. 91 Cocchi, n. 99 Sicchetti (UICA).

32 Cfr. la mozione n.1 Grabbi-Castrale, approvata nel corso del XXXIV Congresso nazionale forense, ulteriore sessione, tenutosi a Roma 15-16 dicembre 2023; e le mozioni convertite in raccomandazioni n.26 De Florio, n. 36 Bertino (ANF), n. 40 Celletti-Nicodemi (ANAI), n. 75 Turco, n. 99 Sicchetti (UICA).

33 Cfr. le mozioni convertite in raccomandazioni n. 25 Amadei (ULOF); n. 40 Celletti-Nicodemi (ANAI).

34 Cfr. la mozione convertita in raccomandazione n. 26 De Florio.

35 Cfr. la mozione convertita in raccomandazione n. 40 Celletti-Nicodemi (ANAI).

36 Cfr. le mozioni congressuali convertite in raccomandazioni n. 24 Amadei (ULOF), n. 36 Bertino (ANF), n. 40 Celletti-Nicodemi (ANAI), n. 75 Turco.

37 L'incompletezza è codificata nell'art. 3, comma 3°, L. n. 247/2012 e nell'art. 20 c.d.f.

Si consideri, poi, che nel predisporre il codice deontologico forense il CNF ha in mente un avvocato che svolge la professione singolarmente, il cui cliente è una persona fisica e l'attività è quella della rappresentanza ed assistenza in giudizio. Una concezione tradizionale dell'avvocato che ancora resiste in provincia, ma che è superata nei grandi centri dove la professione forense viene esercitata in forma associata, o societaria, in *law firm* medio-grandi che attraggono come clienti altrettante imprese medio-grandi alle quali forniscono prestazioni professionali altamente specializzate per lo più riconducibili alla consulenza ed assistenza stragiudiziale. In queste ultime situazioni, infatti, la disciplina emergente dal codice deontologico forense deve essere di volta in volta adattata al caso da decidere perché non sempre la disposizione codicistica può utilmente orientare sia la condotta dell'avvocato, sia le valutazioni del Consiglio di disciplina.

Un buon esempio è rappresentato dalle disposizioni che vietano all'avvocato di assumere un incarico professionale in conflitto di interessi, che costituiscono una disciplina che il CNF considera inderogabile in quanto posta a tutela del decoro della professione forense³⁸. Questa rigorosa interpretazione porta a conseguenze irrazionali, nella misura in cui esclude che l'avvocato possa agire come mediatore (*for the situation*³⁹) quando sorgono divergenze fra i suoi clienti e quest'ultimo ritenga più adeguato provare a comporre il conflitto invece di cessare la rappresentanza⁴⁰. In questo contesto, appare parimenti irrazionale escludere che il consenso del cliente possa assumere rilievo scriminante, quando (i) i diversi clienti hanno un interesse comune in relazione alla questione; e (ii) i clienti hanno dato il loro consenso informato; e (iii) il dovere di riservatezza non è messo a rischio; e (iv) l'avvocato ritiene che il conflitto di interessi o il potenziale conflitto di interessi non gli impedisca di agire nel migliore interesse di tutti i clienti, in linea con il *Model Article on Conflict of Interests* redatto dal CCBE. Al netto di ogni discussione sulla *ratio* della disciplina come individuata dal CNF, che può essere ragionevolmente revocata in dubbio, si capisce che delle rigorose norme sul divieto di agire in conflitto di interessi ben possono regolare l'attività del *litigator* impegnato nel prestare la propria professionalità nel processo, cioè in un contesto in cui gli interessi sono ben definiti ed individuati e che presuppone l'assenza di confusione tra i ruoli e tra i soggetti portatori di pretese distinte e contrapposte⁴¹. Quando gli interessi coinvolti non sono ancora apertamente contrapposti, invece, la difesa congiunta non solo non sembra essere sempre illegittima ma pare rappresentare la soluzione più efficiente per la composizione della lite⁴².

38 Per i dettagli sia consentito il richiamo a M. Bina, *La felicità dell'avvocato*, cit., pp. 133 ss.

39 J.P. Frank, *The Legal Ethics of Louis D. Brandeis*, in 17 *Stan. L. Rev.*, 1965, pp. 683-709.

40 Così, il commento alla *Rule 3.2* del CCBE Code.

41 M. Bina, *La felicità dell'avvocato*, cit., pp. 142 ss.

42 G.C. Hazard, *Triangular Lawyer Relationships: An Exploratory Analysis*, in 1 *Geo. J. Legal Ethics*, 1987, pp. 15-42.

6. La terzietà dell'avvocato è espressione del suo dovere di agire con distacco professionale

Con l'analisi sopra svolta abbiamo provato a dimostrare che occorre ripensare al concetto di "indipendenza dell'avvocatura" come tradizionalmente viene inteso. Quando si parla di "indipendenza dell'avvocatura" non si vuole rivendicare una garanzia che imponga sempre di evitare ogni ingerenza da parte del legislativo, dell'esecutivo o del giudiziario. Abbiamo visto, infatti, che, per un verso, lo sconfinamento dei poteri dello Stato nella sfera di autonomia delle istituzioni forensi viene spesso tollerato⁴³; per altro verso, sono le stesse istituzioni forensi a rivendicare una collocazione dell'avvocatura entro il quadro istituzionale a discapito della loro indipendenza. Il problema, allora, sembra essere quello di comprendere come sia possibile conservare l'indipendenza dell'avvocatura quando è indiscutibilmente soggetta all'autorità dello Stato⁴⁴ e un buon punto di partenza è quello di considerarlo un prerequisito per consentire una efficiente ed efficace tutela dei diritti del cliente, non un privilegio della categoria.

La "terzietà dell'avvocato", invece, non è il presupposto per consentire all'avvocato di adempiere ai suoi doveri nei confronti dei terzi come tradizionalmente inteso, ma l'espressione di uno dei suoi doveri di fedeltà nei confronti del cliente⁴⁵ e, in particolare, del dovere di agire con "distacco professionale"⁴⁶.

43 G. Zanardelli, *L'avvocatura. Discorsi (con alcuni inediti)*, introduzione di G. Frigo, Milano, Giuffrè, 2003, p. 135, nel vigore dell'art. 24 della legge professionale dell'8 giugno 1874, n. 1938 che attribuiva ampi poteri di ingerenza dell'autorità giudiziaria nei procedimenti disciplinari, sosteneva comunque l'indipendenza dell'avvocatura anche alla luce dell'*ordonnance* francese del 20 novembre 1822, che aveva riconosciuto l'indipendenza del *barreau* e, contestualmente, il potere disciplinare dei *tribuneaux* in udienza (art. 16). Cfr. R. Bianchi Riva, *Verso il codice deontologico forense*, cit., pp. 8 ss.

44 C. Hazard, A. Dondi, *Etiche della professione legale*, cit., p. 220, osservano che trovare un bilanciamento tra le due esigenze non è affatto semplice.

45 CNF, 18 giugno 2010, n. 37; CNF, 31 dicembre 2009, n. 257 rileva che il divieto di intrattenere con il proprio cliente rapporti economici «è diretto a preservare il rapporto fiduciario tra avvocato e cliente, posto che solo l'estraneità dell'avvocato rispetto agli interessi della parte patrocinata garantisce la difesa tecnica, evita il coinvolgimento in responsabilità ed assicura la massima professionalità»; CNF, 18 maggio 2009, n. 33 «Tale divieto è inverso diretto a preservare il rapporto fiduciario tra avvocato e cliente, atteso che soltanto l'estraneità dell'avvocato rispetto agli interessi del cliente garantisce la difesa tecnica più valida, evita il coinvolgimento in responsabilità ed assicura la massima professionalità».

46 A.T. Kronman, *The lost lawyer: failing ideals of the legal profession*, Cambridge MA, Harvard University Press, 1993 riconosce che il distacco professionale richiede un grado significativo di indipendenza dal cliente; F.C. Zacharias, *Five Lessons for Practicing Law in the Interests of Justice*, in 70 *Fordham L. Rev.*, 2002, pp. 1939-1948; D. Markovits, *A Modern Legal Ethics: Adversary Advocacy in a Democratic Age*, Princeton NJ, Princeton University Press, 2010, pp. 79 ss. Cfr. la Rule art. 2.1 *Model Rules of Professional Conduct* «In representing a client, a lawyer shall exercise independent professional judgment and render candid advice. In rendering advice, a lawyer may refer not only to law but to other considerations such as moral, economic, social and political factors, that may be relevant to the client's situation».

L'avvocato ha il dovere di essere terzo perché il cliente ha diritto ad avere un avvocato che agisca esclusivamente a tutela dei suoi interessi senza alcun condizionamento, interferenza o pressione da parte di altri soggetti; la terzietà dell'avvocato, insomma, costituisce una garanzia del fatto che l'avvocato, chiamato a scegliere i mezzi per raggiungere i fini individuati dal cliente, eserciti correttamente il proprio potere discrezionale.

Così, in senso statico, l'avvocato terzo è un avvocato fedele al cliente perché è tenuto a valutare se vi sono le condizioni che l'etica professionale ritiene debbano sussistere affinché possa agire con "distacco professionale". Deve, cioè (i) verificare se sussistono dei conflitti con gli interessi del cliente, se si trova esposto pressioni o condizionamenti, (ii) informare il cliente (iii) ed astenersi dal prestare la propria attività professionale, salvo che non venga espressamente autorizzato e ritenga di poter agire, garantendo uno standard professionale adeguato.

Da un punto di vista dinamico, l'avvocato terzo è colui che agisce con "distacco professionale" e, quindi, non si appiattisce sulle istruzioni ricevute dal cliente. Egli deve servire il proprio cliente, non giudicarlo; e, quando presta il proprio servizio a favore del cliente è chiamato non solo a consentire che questi possa esercitare i suoi diritti, individuando tra le possibilità che l'ordinamento consente, quelle più idonee alla loro attuazione in funzione degli obiettivi del cliente e degli altri valori ed interessi di cui è portatore, salvaguardandone l'autonomia. L'avvocato deve, altresì, provvedere ad adempiere ai doveri propri e a quelli del suo assistito secondo uno schema deliberativo che, anche qui, comporta discrezionalità, senza che possa essere chiamato a rispondere per la condotta che possa ragionevolmente risultare in contrasto con gli interessi di quest'ultimo. Si capisce, allora, perché l'avvocato debba preferire il punto di vista del cliente rispetto a quello degli altri e, innanzitutto, al proprio⁴⁷, ma non è tenuto a far prevalere l'interesse del cliente su quello degli altri o ad ostacolare la composizione di una lite per "questioni di principio"⁴⁸, come spesso si vorrebbe. L'avvocato è il primo soggetto chiamato a valutare la legittimità degli obiettivi del cliente e, così, a costituire il primo filtro all'abuso del processo.

In questo quadro di riferimento, allora, a differenza delle impostazioni tradizionali, la terzietà dell'avvocato opera sullo stesso piano degli altri doveri di fedeltà che gli impongono di essere competente, di tenere informato il cliente e di mantenere riservate le notizie apprese in ragione del mandato professionale.

47 D. Markovits, *A Modern Legal Ethics*, cit., p. 95 ss. ove ricostruisce la fedeltà al cliente, come la lealtà dell'avvocato terzo che è chiamato a guardare al mondo con gli occhi del cliente. Lo stesso accade, come afferma John Keats, al poeta dotato di *negative capability* il quale deve «non decidere niente riguardo a nulla - lasciare che la mente sia una strada percorribile da tutti i pensieri, senza alcuna tesi preconstituita».

48 D. Markovits, *A Modern Legal Ethics*, cit., p. 94.