

ISABEL TRUJILLO*

Virtù e professioni giuridiche: i limiti della deontologia**

ENGLISH TITLE

Virtues and Legal Professions: The Limits of Deontology

ABSTRACT

After analyzing some Italian recent trends on the ethics of legal professions, and comparing this debate with the discussion abroad, it is introduced the difference between deontology and ethics of legal professions, and pros and cons of the approach of virtue ethics are pondered. In the final part, the legal virtues are linked to the virtue of law, the rule of law, in order to show that the success of law as a practice depends also on virtues of legal practitioners.

KEYWORDS

Ethics of Legal Professions – Virtue Ethics – Rule of Law – Legal Virtues – Deontology.

1. INTRODUZIONE. L'APPROCCIO ITALIANO ALLA DEONTOLOGIA PROFESSIONALE

Il giurista italiano tende mediamente a considerare la questione deontologica come qualcosa di estrinseco al suo oggetto di studio o di lavoro. La si intende come un insieme di regole imposte dalle categorie professionali, certamente di poco conto nella fase dell'apprendimento del diritto. E ciò nonostante l'ultima riforma italiana degli studi giuridici (il Decreto ministeriale del 25 novembre 2005, n. 293) abbia introdotto tra gli obiettivi formativi qualificanti della laurea magistrale in Giurisprudenza l'obbligo di assicurare adeguate conoscenze e consapevolezza della deontologia professionale. La deontologia qui è riferita a tutte le figure professionali cui la laurea magistrale dà accesso.

La rilevanza della deontologia inizia a fare capolino via via che si avvicina l'esercizio professionale della pratica del diritto. Come è noto, ad esempio, la

* Professoressa ordinaria di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Palermo.

** L'articolo è stato realizzato grazie al finanziamento per la ricerca FFR2021 "Isabel Trujillo".

conoscenza dell'ordinamento forense e della deontologia deve essere verificata nella prova orale degli esami per l'iscrizione negli albi degli avvocati. Inoltre, la deontologia forense è diventata una materia obbligatoria dei percorsi di formazione continua per gli avvocati italiani, che sono tenuti a conseguire nell'arco del triennio formativo nove crediti nelle materie obbligatorie di ordinamento e di previdenza forensi e deontologia ed etica professionale (art. 12, comma 4, del Regolamento 16 luglio 2014, n. 6 del Consiglio Nazionale Forense in attuazione della legge 31 dicembre 2012, n. 247).

Occorre rilevare, tuttavia, che la ricorrenza di temi deontologici nella formazione continua di altre categorie professionali è diventata frequente negli ultimi quindici anni (nel caso di magistrati, notai, forze dell'ordine, mediatori) e la questione ha acquisito una maggiore visibilità. Essa viene chiamata in gioco soprattutto laddove comportamenti scandalosi di operatori del diritto scuotono l'opinione pubblica. La matrice scandalistica consente di parlare certamente di una emergenza della questione deontologica¹, ma di tipo patologico e non già fisiologico. Peraltro, la genesi negli scandali accomuna la vicenda della deontologia delle professioni giuridiche degli ultimi decenni all'esperienza americana dei codici etici tra gli anni Ottanta e la fine degli anni Novanta (gli Ottanta sono detti anche *The Age of Ethics*). In questo periodo si è assistito alla proliferazione di codici intesi a prevenire la corruzione, il conflitto di interessi, e altri comportamenti illeciti di imprese, di multinazionali, di categorie professionali e di enti pubblici². In generale, nel caso degli scandali si tende ad invocare l'assenza di una struttura morale nei protagonisti di tali fatti, quasi a suggerire che quelle violazioni deontologiche sono riconducibili ad atteggiamenti non correlati in alcun modo alla professione giuridica, ma piuttosto imputabili all'etica personale degli interessati (alla sua mancanza). La questione deontologica, così descritta, sembra essere un'altra faccia della questione morale e questo confermerebbe la sua estraneità rispetto al diritto.

Uno dei pregi del discorso deontologico declinato in termini di virtù professionali – che è uno sviluppo recente della materia, come si vedrà – è precisamente la sua radicale opposizione alla matrice patologica della deontologia. Le virtù sono forme e pratiche di eccellenza umana e professionale, che richiedono deliberazioni accorte, esperienza professionale e abilità tecniche specifiche. Inoltre, la deontologia o meglio, come si sosterrà tra poco, l'etica professionale costruita come un bagaglio di virtù che il professionista è chiamato ad esercitare presuppongono una dinamica – un *training* – e una cresciuta personale lungo tutta la vita professionale³. Infatti, non si hanno virtù solo

1. Sartea, 2007.

2. Benatti, 2014, p. 20.

3. "Figlia della cultura classica, la virtù è un dispositivo etico molto umano e, proprio per

VIRTÙ E PROFESSIONI GIURIDICHE

quando si correggono i vizi, perché, pur essendo opposti, l'assenza di questi non implica per forza la presenza delle prime: le virtù richiedono un esercizio positivo costante volto ad ottenere forme di eccellenza specifiche⁴.

In Italia sono stati fatti dei tentativi di rivisitazione significativi del tema generale della deontologia, che, anche se talvolta ambigui, meritano di essere presi in considerazione. Il più esplicito è quello della categoria forense, che è arrivata alla revisione della legge professionale nel 2012 avendo maturato per lo meno tre esigenze riguardo alla questione deontologica, talvolta non del tutto coerenti tra loro. La prima, e più importante di tutte, è quella di ritenere il rispetto della deontologia – nel dibattito preparatorio della riforma si è parlato di una professione deontologicamente orientata – come carattere distintivo di una versione della professione forense esercitata a servizio dei cittadini e dei valori della costituzione e non totalmente asservita alle esigenze e alle regole del mercato. La seconda esigenza è quella di diversificare gli organi preposti alla vigilanza deontologica rispetto agli organi elettivi di governo della categoria, in modo da garantire la terzietà di chi giudica sui comportamenti deontologicamente rilevanti. La terza è la convinzione che la tipizzazione delle condotte e l'espressa indicazione delle sanzioni applicabili a ciascuna violazione avrebbe favorito l'osservanza delle regole deontologiche e accresciuto la legittimità del sistema.

La prima di queste esigenze ha sdoganato la deontologia forense dalla matrice patologica di cui sopra, e dunque dalla sua marginalità nella vita professionale, mettendola al centro di una professione forense ispirata alla lealtà, all'attaccamento alle istituzioni e ai diritti fondamentali, alla responsabilità sociale dell'avvocato. Sul fronte operativo, la seconda e la terza esigenze invece manifestano la convinzione che, per funzionare adeguatamente, la deontologia debba avvicinarsi sempre più al diritto disciplinare punitivo dello Stato e di conseguenza adottare i principi penali di garanzia. In questo senso si potrebbe parlare di un tentativo di giuridificare la deontologia secondo i principi del diritto penale, anche se, a poca distanza dalla riforma, è già chiaro alla categoria professionale che è impossibile tipizzare compiutamente tutti i comportamenti deontologicamente illeciti perché c'è sempre qualcosa che sfugge ed è la vita del diritto. Questa è la riprova che la deontologia professionale non può essere (completamente) irrigidita in doveri o divieti sostenuti da

questo, interessante in un tempo di pluralismo culturale e secolarizzazione: non presuppone adesioni di principio e si costruisce attraverso la pratica. La virtù, ancora, presuppone un processo di crescita del soggetto: l'uomo virtuoso è consapevole e responsabile. Su queste qualità si costruisce la cittadinanza”, Rivoltella, 2015, p. 6. L'autore si ispira alla nozione di dispositivo non nel senso di marchingegno o strumento, ma nel significato attribuitovi dal filosofo francese Michel Foucault, come un insieme di tecniche, una strategia per lavorare su se stessi, si veda Foucault, 1992, p. 13.

4. Aristotele, *Etica Nicomachea*, 1103a 9-10.

minacce di sanzioni, ma piuttosto dovrebbe promuovere atteggiamenti e abilità positivi, tipici dell'etica delle virtù.

Ancora più decisiva nella direzione della assimilazione al diritto punitivo è la vicenda dei cosiddetti codici di comportamento dei funzionari pubblici. A partire dalla legge del 6 novembre 2012, n. 190, i codici di comportamento dei pubblici funzionari diventano strategicamente centrali nella prevenzione della corruzione. A tal fine il Governo approva un nuovo codice di comportamento nazionale, con il Decreto del Presidente della Repubblica del 16 aprile 2013, n. 62. Nel regime precedente la sua finalità era garantire la qualità del servizio che le pubbliche amministrazioni rendono ai cittadini. Oggi il codice ha natura regolamentare, le violazioni hanno rilievo disciplinare ed esso guarda soprattutto alla prevenzione della corruzione. Le finalità sono anche la qualità dei servizi e il rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e cura dell'interesse pubblico, che però sembrano passare in secondo piano. La legge prevede comunque che ogni amministrazione determini ulteriormente il codice nazionale in relazione al proprio lavoro specifico, cosa che però viene fatta in modo insoddisfacente. Le diverse amministrazioni si limitano a ripetere sostanzialmente le formule contenute nel codice nazionale. Per questo l'Autorità nazionale anticorruzione (Anac) ha emanato la delibera n. 177 del 19 febbraio 2020, contenente le linee guida per questo lavoro di specificazione, delibera preparata da una relazione di un gruppo di lavoro sul tema. In tale relazione si consiglia di non formulare codici etici ma piuttosto codici di comportamento, insistendo sulla natura sanzionatoria di questi ultimi. Tuttavia, il gruppo di lavoro prende atto che i codici sono di diversa natura e difficilmente si attagliano esclusivamente ad un modello o all'altro; nota come siano meglio i codici positivi dei negativi; come sia importante che i funzionari ragionino in modo etico nell'esercizio del potere discrezionale e come l'imparzialità non possa che essere una qualità soggettiva da coltivare⁵.

Di segno opposto a queste due è la vicenda che ha coinvolto la magistratura italiana. Come è noto, nonostante i dubbi di costituzionalità dell'ultimo comma dell'art. 58 bis del Decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, che imponeva all'associazione di categoria della magistratura (e in suo difetto al suo organo di governo, il Consiglio superiore della magistratura) di redigere un codice di comportamento come quello che avrebbe elaborato il Dipartimento della funzione pubblica per i dipendenti pubblici, nel 1994 l'Associazione nazionale dei magistrati predispose un codice etico contenente le regole che secondo il comune sentire dei magistrati dovevano ispirare il loro comporta-

5. La Relazione del gruppo di lavoro sulle Linee Guida Anac in materia di codici di comportamento dei dipendenti pubblici e la delibera n. 177 del 19 febbraio 2020 si trovano in <https://www.anticorruzione.it/-/codici-di-comportamento-dei-dipendenti-pubblici-relazione-del-gruppo-di-lavoro-sulle-linee-guida-anac/> (si veda in particolare p. 91 della Relazione).

VIRTÙ E PROFESSIONI GIURIDICHE

mento. La promulgazione del codice era accompagnata da dichiarazioni di incostituzionalità della sua fonte e da affermazioni sulla sua mancanza di efficacia giuridica. Tuttavia, poco a poco, negli anni, il codice etico dei magistrati è stato progressivamente valorizzato come strumento di riflessione sul ruolo e come guida e ispirazione per l'operato dei magistrati⁶. In questo caso, data l'esistenza di una legge che conteneva già la lista degli illeciti disciplinari (si veda il Decreto legislativo 23 febbraio 2006, n. 109), la tendenza complessiva era quella di intendere il codice – detto etico e non deontologico, non a caso – come un insieme di principi ispiratori, di carattere più etico che giuridico, e nella forma di principi piuttosto che di precetti o regole. Questa volta si dovrebbe parlare dunque di eticizzazione della deontologia. La stagione della crisi della magistratura italiana che stiamo vivendo, sebbene non renda giustizia alla gran parte di magistrati che svolge egregiamente il proprio ruolo, nel rispetto genuino dell'etica professionale, brulica di riflessioni di vario tenore dove anche la prospettiva della virtù potrebbe fornire un apporto importante.

2. LA DEONTOLOGIA TRA ETICA E DIRITTO

Le vicende italiane ricostruite brevemente mostrano le spinte da cui la deontologia è dilaniata, ora verso il campo del diritto ed in questa linea verso il diritto disciplinare, ora verso quello dell'etica. La domanda è infatti a quale regno essa appartenga. La difficoltà di rispondere a questa domanda in modo netto deriva, da un lato, dal legame strettissimo che sussiste tra deontologia ed etica e, dall'altro, dall'esigenza di distinguere adeguatamente diritto ed etica, per tenere fede ad un sano principio di chiarezza concettuale. Ma sempre che questo principio non diventi un pregiudizio o un dogma. Infatti, alla luce di una lettura non epistemologicamente dogmatica del principio di distinzione tra diritto ed etica (che qui sto usando come sinonimo di morale) si può ammettere tranquillamente che essi sono connessi nella prospettiva dell'esercizio del ruolo. Del resto, molti giuspositivisti – seppure continuino a mantenere la tesi della separazione tra diritto e morale quanto al concetto di diritto – riconoscono che diritto e morale sono connessi sotto il profilo dell'attività interpretativa, che è guidata dall'esigenza di fornire una interpretazione corretta del diritto al fine di fare giustizia al caso concreto, e/o sotto il profilo della giustificazione morale del dovere di obbedire il diritto, che dipende dalla capacità del sistema di produrre soluzioni giuste ai problemi di coordinazione⁷. Non è questa la sede per analizzare questa problematica, ma è evidente che i rapporti tra dirit-

6. Aschettino, Bifulco, Epineuse, Sabato, 2006.

7. Nino, 1999, come è noto, distingue diverse forme di connessione tra etica e diritto: la connessione concettuale, la connessione interpretativa e la connessione giustificatoria. Solo la prima è ritenuta la tesi distintiva del giuspositivismo.

ISABEL TRUJILLO

to e morale saranno diversi in considerazione del concetto di diritto e di morale da cui si prendono le mosse, così come dalla prospettiva da cui si guarda al diritto: come un sistema normativo da distinguere da altri o come una pratica sociale, che interagisce inevitabilmente con altre pratiche.

Una distinzione che mi sembra possa giovare nella comprensione del problema in esame è quella tra deontologia professionale ed etica professionale, laddove per deontologia si intende la codificazione dell'etica professionale. Vi sono varie possibilità di argomentare a favore di questa distinzione. Da un lato, la deontologia sta a riferirsi ad un preciso modello di strutturazione e di codificazione dell'etica professionale, che assume la forma di un insieme di doveri legati all'esercizio della professione⁸. D'altro lato, quando si osserva dettagliatamente il contenuto dei codici deontologici, con le loro regole circostanziate e ritagliate sulle reali condizioni delle professioni, è facile distinguere il codice dal suo oggetto, l'etica professionale. Si pensi, per esempio, alla regola presente in vari codici di comportamento di dirigenti e dipendenti della Pubblica amministrazione che consente loro di ricevere regali di modico valore dal pubblico o dai subordinati, fissando in 150 euro la soglia del modico valore. Si tratta di una regola che certamente ha la finalità di porre un tetto alla pratica dei regali potenzialmente corruttivi, ma che difficilmente si riterrà espressione dell'etica professionale, meglio riflessa nel divieto assoluto di ricevere regali per il proprio servizio. La codificazione, cioè, rinvia a qualcosa da codificare, l'etica professionale, in attenzione al contesto e all'andamento della vita professionale, cioè non in modo astratto ma in considerazione delle condizioni di operabilità. L'emergenza deontologica in senso patologico di cui si è parlato prima tenderà ad enfatizzare illeciti e sanzioni, ma resterà sempre il dubbio di non avere specificato abbastanza e sufficientemente.

Quando la codificazione assume la forma di un insieme di doveri si usa l'espressione deontologia, ma la codificazione può essere svolta usando altri strumenti concettuali. Un'alternativa è ricondurre l'etica di ruolo alla regola di utilità o al calcolo costi e benefici, secondo il modello consequenzialista, anch'esso molto presente oggi, laddove è il rischio a determinare le responsabilità del professionista. Tanto che talvolta si ha l'impressione che il vero dovere di etica professionale sia quello di assicurarsi. Nel caso dell'etica della virtù il cuore dell'etica professionale è l'insieme delle abilità necessarie ad esercitare la missione specifica del professionista, la sua identità di ruolo, i suoi principi inspiratori. L'opzione non si esaurisce però nel sostituire i doveri con le qualità che il soggetto deve possedere, ma implica tutto un corredo etico specifico più

8. Sull'importanza della discussione sulla fondazione dell'etica professionale per l'insegnamento della deontologia, si veda Saguil, 2006. La tendenza prevalente in Italia, come è noto, è quella di leggere e commentare i codici deontologici, tutt'al più con il supporto della giurisprudenza in materia.

VIRTÙ E PROFESSIONI GIURIDICHE

articolato, di cui si è già ricordata la natura pratica e la traducibilità in forme di eccellenza personali.

L'etica di ruolo è espressione della problematica della differenziazione dell'etica, che – contrariamente all'intuitiva pretesa universalità di ogni esigenza etica – usa determinarsi e specificarsi in relazione alla posizione del soggetto. Quello della differenziazione etica è un fenomeno studiato, prima ancora che dai filosofi morali (che studiano la cosiddetta questione dei doveri speciali), da sociologi come Émile Durkheim. Quest'ultimo distingue l'etica del cittadino, dall'etica del professionista e dall'etica generale della natura umana, nel tentativo di mostrare, tra le altre cose, uno dei limiti dell'etica professionale: la sua minore universalità rispetto all'etica della cittadinanza⁹, che è però un'etica di ruolo anch'essa. Lo studio dell'etica professionale, soprattutto in contesto anglofono, come si vedrà dopo, si è focalizzato tradizionalmente nella riflessione sui rapporti tra le regole deontologiche come regole differenziate a causa del ruolo e quelle altre che sono invece ritenute comuni e universali¹⁰.

Ovviamente l'idea che il ruolo professionale – la posizione del soggetto determinata dal compito da svolgere – faccia scaturire esigenze etiche genuine deve essere giustificata. Se la fallacia naturalistica ci ha insegnato qualcosa, la risposta secondo cui la sola esistenza del ruolo produce delle responsabilità o dei doveri non è accettabile, come invece sembra suggerire un approccio meramente deontologico in cui i doveri sono primari. Altrimenti, anche il ladro avrebbe una sua etica professionale, quella di scassinare a dovere¹¹. L'etica professionale come etica di ruolo è differenziata nelle responsabilità che crea, sia sul fronte della attività da svolgere, sia in relazione ai diversi soggetti con cui interagisce: i destinatari del servizio (individualmente e come collettività), i colleghi, le istituzioni, gli altri ruoli. Dal potere, dunque, la responsabilità. Occorrerà riflettere infatti sui beni scaturenti dalle professioni, quelli che i professionisti possono garantire, dai quali derivano doveri e qualità personali da coltivare, necessarie a raggiungere quei beni. Un altro dei pregi dell'approccio delle virtù all'etica professionale è quello di riconoscere un peso moderato ai doveri e anche alle conseguenze. I primi vanno intesi come necessità razionali rispetto al bene da realizzare. Per esempio, la virtù della lealtà è oggetto di un dovere per la sua capacità di sostenere la fiducia, come l'imparzialità realizza l'egualianza. Le conseguenze delle virtù sono poi le azioni

9. Durkheim, 1973, pp. 26-28.

10. Wassertrom, 1975.

11. La questione è posta da Tommaso d'Aquino (II, II, q. 47, a. 13, corpo). Egli distingue tre tipi di prudenza, dove la prima è una falsa prudenza, anche se costruita per analogia con la prudenza vera e propria. Poiché essa è la capacità di disporre con abilità quanto occorre per un fine, si dice per analogia che un buon ladro è quello che trova la via adatta al furto. Ma appunto si tratta di una falsa prudenza perché il furto non è un bene difendibile.

virtuose, quelle che producono quei beni e allo stesso tempo che affinano le qualità del professionista.

Ogni professione garantisce dunque servizi che sono anche declinabili in termini di beni: il bene della salute, dell'informazione, della giustizia, e dentro a quest'ultima, il bene dell'egualanza attraverso leggi generali e giudizi imparziali, il bene di una adeguata difesa, il bene di istituzioni stabili e che rendono possibile la coordinazione pacifica, l'esercizio della libertà, e così via. In generale, poi, tutte le professioni garantiscono complessivamente l'affidamento della comunità di riferimento, sia nell'assicurare la competenza e l'aggiornamento degli appartenenti al ruolo, sia nel controllo sul rispetto dell'etica professionale, che in altre parole corrisponde al rispetto dei limiti e della ragion d'essere della professione.

A prima vista sembrerebbe che l'elemento del bene oggettivo da produrre non sia intuitivamente collegato alla logica della virtù, che sembra piuttosto concentrata sulla prospettiva dell'agente e della sua crescita soggettiva. Ma, come si diceva prima, la prospettiva aretaica implica una revisione della struttura etica a partire dalle sue coordinate più elementari. Non è sufficiente sostenere che la virtù abbia una struttura triadica: il soggetto, la qualità da esercitare e le resistenze che a tale qualità si oppongono, lettura che pure enfatizza l'elemento della forza, alla radice semantica della virtù¹². Forse però nel campo professionale è più semplice comprendere che le virtù professionali sono quelle forme di eccellenza umana che servono al conseguimento dei beni che le professioni sono in grado di garantire, beni rilevanti per gli individui e per la società. Si tratta di beni di portata più ristretta di quello che possiamo chiamare il bene comune, o bene della comunità politica – in linea con quanto affermato da Durkheim a proposito della cittadinanza –, ma si tratta di beni che contribuiscono a costruire, e che convergono, nel bene comune. Ciò è vero per tutte le professioni, ma ancora di più nel caso delle professioni giuridiche, tutte coinvolte nella tenuta dell'assetto istituzionale che regge l'interazione sociale e politica.

3. LINEE E PROSPETTIVE DI SVILUPPO DELL'ETICA PROFESSIONALE

È ora interessante volgere lo sguardo ad altre diverse esperienze. È risaputo che i pionieri nella moderna riflessione sulla *legal ethics* – con le dovute differenze,

12. Si può fare l'esempio della lealtà. Solitamente essa è pensata in termini di relazione diadi- ca: il soggetto della lealtà e il suo oggetto. È però anche convincente l'idea che la lealtà si debba chiamare in causa quando si danno ragioni concorrenti rispetto a quelle che ci impongono di custodire certi legami e di operare positivamente per mantenerli. Sicché la lealtà è necessaria quando vi sono forze contrarie che spingono a sciogliere quella relazione per il mantenimento della quale serve la lealtà. In parte, questa lettura risponde alla cosiddetta natura correttiva della virtù, cfr. Foot, 2008, pp. 11 e 14, che la identifica con la correzione di tendenze negative.

VIRTÙ E PROFESSIONI GIURIDICHE

l'equivalente della deontologia forense – sono stati gli americani ed in particolare sono state le associazioni professionali e le scuole di diritto a suscitare e a mantenere alto l'interesse sull'etica professionale di avvocati e di giuristi in generale¹³.

In un articolo del 2017, David Luban e Bradley Wendel, due protagonisti di questo dibattito, ricostruiscono la storia contemporanea di questa disciplina attraverso l'individuazione di tre fasi, non necessariamente successive l'un l'altra, che possono offrirci spunti per alcune conclusioni generali. Una prima fase, la cui origine risale agli anni Sessanta e Settanta, trova alimento nei movimenti contro il razzismo, il movimento femminista e quello pacifista, movimenti critici nei confronti della mancanza di moralità dei politici e dell'autorità stabilità. L'obiettivo polemico di questa riflessione è quella che viene chiamata la *standard conception* dell'etica dell'avvocato, caratterizzata dai principi di parzialità ed esclusiva lealtà verso il cliente, di neutralità rispetto ai suoi fini, e di non *accountability*.

Il quesito centrale di questa ondata di studi sull'etica forense – perché di quesiti si tratta quando si parla di etica – è se un buon avvocato può essere una buona persona¹⁴. La domanda dà per assodata l'esistenza di un'etica di ruolo che si differenzia e si può distaccare nettamente dalla moralità ordinaria fino al punto da confliggere con essa, secondo una versione forte della differenziazione morale¹⁵. Questo dibattito, dominante fino agli anni Novanta ma ancora fecondo, vede dunque due posizioni opposte: da un lato, coloro che insistendo sulla struttura *adversarial* del sistema giudiziario americano difendono la amoralità dell'avvocato o ne giustificano la immoralità, al fine della realizzazione della migliore difesa del cliente, e, dall'altro, coloro che a vario titolo difendono una continuità tra l'etica professionale e la moralità ordinaria, anche e soprattutto – e questo è importante notarlo – per ragioni professionali. Gerald Postema, per esempio, sostiene che solo un avvocato capace di ponderare beni in concorrenza possa gestire adeguatamente il diritto contemporaneo, pieno di valori e beni da contemperare. La capacità di ponderazione e di bilanciamento è certamente un'abilità specifica dei giuristi, ma in continuità strutturale con un certo modo di affrontare la vita etica¹⁶, sicché l'avvocato

13. Si pensi alla creazione nel 1978, ad opera dell'American Bar Association, del Center for Professional Responsibility, leader nello sviluppo di standard e di dottrine relative all'etica professionale di avvocati e giudici, o alla fondazione della rivista *Georgetown Journal of Legal Ethics* nel 1987. Il primo codice americano di etica professionale per avvocati risale al 1908 e quello canadese al 1920.

14. Luban, Wendel, 2017, p. 352.

15. Secondo Goldman (2001, pp. 1384-1386) il paradosso dell'etica professionale è che essa deriva dall'etica generale, ma può entrare in contrasto con questa.

16. La capacità di giudizio del professionista viene acquisita non soltanto attraverso l'apprendimento tecnico, ma anche sapendo giovarsi di una esperienza morale più ampia (Postema, 1980, p. 78).

ISABEL TRUJILLO

addestrato a muoversi in un universo semplificato dove deve seguire solo le regole professionali, perché può lasciare l'etica personale fuori dalla porta, farà fatica a muoversi all'interno di un diritto pluralistico e multilivello. Viceversa, professionisti abituati a valutare e risolvere conflitti morali saranno allenati a prendere decisioni giuridiche. E questo non vale solo per l'avvocato.

In qualche modo, una continuità tra etica professionale ed etica personale è attestata – anche se in direzione inversa – dall'esigenza diffusa in campo deontologico, a casa nostra e fuori, di mantenere un comportamento improntato alla correttezza etica non solo dentro ma anche fuori dal ruolo professionale. Queste regole, frequenti in tutte le codificazioni¹⁷, sono state denominate regole di integrità, da distinguere dalle regole di ruolo, che sono quelle che impongono comportamenti da tenere nello svolgimento del ruolo¹⁸. Le prime rispondono ad una virtù specifica, appunto l'integrità, che ha come suo oggetto l'unità del soggetto morale. Tale virtù – non esplicitamente presente nel catalogo classico, ma facilmente collegabile ad alcune ivi presenti – consiste nella capacità di mettere insieme, di armonizzare le istanze etiche di vario livello che ogni soggetto si trova a dover gestire a causa dei diversi ruoli da svolgere: professionista, cittadino, ma anche genitore, figlio o compagno di vita. I conflitti più noti, ma non gli unici, sono quelli tra l'etica professionale e la moralità ordinaria, o tra le esigenze dell'etica pubblica e dell'etica professionale (etica della cittadinanza ed etica professionale), ma ve ne sono anche tra l'etica pubblica e la moralità ordinaria. L'allenamento a risolvere questi conflitti – allenamento è pure una buona traduzione di virtù – non può che agevolare la risoluzione di altri tipi di conflitto, anche giuridici.

Secondo Luban e Wendel, la seconda fase della *legal ethics* nasce dalla constatazione che quella domanda sull'avvocato e la buona persona era la domanda sbagliata¹⁹, anche se forse sarebbe meglio dire che è solo una parte del problema. La vera domanda sarebbe piuttosto come debba agire un avvocato (un giurista) all'interno di un sistema legale in una società pluralistica, dove i cittadini sono in disaccordo su quale sia la vita buona. Questa domanda scaturisce dalla osservazione dell'importante ruolo che il diritto svolge nella società e nel suo sviluppo e, contemporaneamente, dal disaccordo morale e la diversità culturale che caratterizzano le comunità politiche contemporanee. Così il dibattito abbandona gli strumenti della filosofia morale, per impiegare quelli della filosofia politica.

17. Cfr. l'art. 2, comma 1 del Codice deontologico forense in vigore, e gli artt. 1 e 2 del Codice etico della magistratura.

18. La distinzione tra regole di condotta e regole di integrità nei codici è stata rilevata e concettualizzata da Zacharias, 2009, pp. 541-587. Una ricostruzione delle problematiche fondamentali della virtù dell'integrità in Trujillo, 2013, pp. 82-90.

19. Luban, Wendel, 2017, p. 352.

VIRTÙ E PROFESSIONI GIURIDICHE

In questa prospettiva assumono importanza aspetti diversi dell’etica professionale, rispetto a quelli della prima ondata. Nel caso della *legal ethics* – ma il discorso si può estendere a tutte le professioni giuridiche – il cuore dell’etica professionale è da considerare la fedeltà al diritto, alla sua natura, alla sua funzione. Nel caso dell’avvocato, siamo agli antipodi rispetto alla parzialità promossa dalla *standard conception*. Non è affatto la fedeltà al cliente a rappresentare il cuore della *legal ethics*, ma piuttosto la fedeltà al diritto. Quello che un consulente legale, un avvocato deve fornire al cliente è appunto una opinione oggettiva sul diritto, anche se non è quello che il cliente o chi per lui vuole sentire. Questo indirizzo di studi trova il suo paradigma nel dibattito intorno al caso dei consulenti legali del governo americano che arrivarono a scrivere una dozzina di pareri a favore delle torture che la Cia aveva inflitto e stava infliggendo ai sospetti terroristi in seguito all’attacco alle Torri gemelle nel 2001, in disprezzo e in violazione del diritto internazionale. Quei giuristi hanno fatto l’errore di pensare che il loro dovere era di confermare quanto i potenti ritenevano di poter fare e non quello che il diritto impone²⁰.

Ed infatti l’esito più interessante di questa seconda ondata di riflessioni sull’etica dei giuristi è il collegamento tra l’etica professionale e la vera natura del diritto, da molti indicata nel *rule of law*²¹. Per essere fedeli al diritto, occorre partire dalla comprensione della sua natura, della sua funzione specifica. Si tratta allora di rivisitare le virtù del giurista alla luce della virtù del diritto.

Prima di passare a quest’ultimo punto, che si tratterà in conclusione, vale la pena di ricordare che i due autori della storia della *legal ethics*, registrano anche tre direzioni contemporanee di sviluppo. La prima va in direzione comportamentistica, guidata dalla psicologia empirica e dedita a studiare i meccanismi della presa di decisioni. Si tratta di un indirizzo che finisce per convergere con l’applicazione delle neuroscienze alla decisione etica e giuridica. Il terzo indirizzo è quello dedicato a studiare la fiducia che fonda la relazione dell’avvocato con il cliente, dove i temi del conflitto di interesse e la proibizione di lite temeraria sono preponderanti.

La seconda direzione di sviluppo che segnalano è proprio la *virtue ethics*. A questo proposito Luban e Wendel ritengono che il dibattito più vivace al riguardo sia da rintracciare in Australia, dove in effetti a partire dal 2000 si è sviluppato una interessante riflessione sul carattere e l’idoneità richiesti agli avvocati in ingresso, resa precisamente in termini di virtù²². Anche da noi c’è

20. Ivi, pp. 356-357.

21. Waldron, 2006, pp. 15-30.

22. “[T]he good character requirement needs to shift away from a concern with ‘character’ understood generically and impressionistically and towards a careful delineation of what constitutes ethical lawyering, focusing on both the ‘virtues’ of the ethical lawyer and the circumstances of legal practice”, Woolley, 2007, p. 73.

un requisito simile in tutte le professioni giuridiche, purtroppo ridotto all'assenza di carichi penali pendenti o condanne ricevute, mentre il tema richiama la presenza di disposizioni radicate ed adeguatamente educate, in continuità con emozioni e sentimenti canalizzati verso la realizzazione di compiti, che potranno sostenere l'esercizio le virtù professionali.

Luban e Wendel condividono un certo scetticismo verso questo indirizzo di studi, a ragione della nota obiezione della circolarità della virtù. Come è noto, Aristotele sostiene che per sapere quale azione si debba compiere secondo una certa virtù, occorre guardare al soggetto virtuoso, quello che già la possiede, perché è l'unico a giudicare rettamente al riguardo²³. Questa risposta, che è effettivamente circolare, e che però mette in evidenza la particolarità della decisione etica, lascia insoddisfatti soprattutto coloro che vanno alla ricerca di regole esaustive di comportamento e criteri certi ed infallibili per giudicare. È tuttavia difficile negare la pertinenza dell'obiezione, che del resto manifesta una specificità propria dell'approccio, ma che, come si è detto prima, non esclude che nel corredo della virtù anche i doveri svolgano un ruolo di orientamento importante. Il punto è che essi non sono il fondamento dell'etica professionale ma espressioni delle sue esigenze pratiche. L'approccio delle virtù assume il punto di vista del professionista, punta sulle capacità necessarie per lo svolgimento di un ruolo ed effettivamente sottolinea la difficoltà della decisione corretta, che sarà tale solo se calata nel mondo reale, in circostanze specifiche che solo chi conosce il mestiere potrà probabilmente valutare adeguatamente. Da questo punto di vista, non è un caso che la competenza deontologica sia riconosciuta alla categoria professionale e alle sue adunanze. È infatti nel confronto e nella discussione sui temi sensibili che chi ha esperienza può arrivare ad avere la giusta prospettiva.

4. VIRTÙ DEL DIRITTO, VIRTÙ DEI GIURISTI

Parte importante della riflessione sull'etica professionale contemporanea verte dunque sulla specificità del diritto e della sua funzione sociale. Questo tipo di ricerca è inevitabilmente collegata a quella sulla natura del diritto, su cui tutti i giuristi e tra questi, in modo esplicito, i filosofi del diritto, ragionano e si interrogano da sempre. Nella prospettiva dell'etica professionale, che è orientata alla pratica del diritto, questa riflessione ha il compito di indirizzare il comportamento dell'operatore giuridico. La finalità non è categorizzare o classificare il diritto tra questi o quei fenomeni, ma piuttosto comprenderne la specificità, la finalità e le sue modalità operative. L'assunto è la convinzione che la pratica del diritto sia appunto un'impresa cooperati-

23. Aristotele, *Etica Nicomachea*, 1113a 30.

VIRTÙ E PROFESSIONI GIURIDICHE

va in cui ogni partecipante dà o dovrebbe dare il suo specifico contributo, inclusi i cittadini. I diversi ruoli giuridici possono e devono operare per collaborare alla realizzazione del diritto. Quando si guarda al diritto sotto questa angolazione, la prima constatazione è appunto la pluralità di ruoli coinvolti, tutti necessari per la riuscita dell'impresa giuridica. Da questo punto di vista, sono da scartare quelle teorie che assumono un punto di vista unico: quello del legislatore, del giudice, dell'avvocato. In questo senso, la riflessione sull'etica professionale dei giuristi è una cartina al tornasole per le teorie del diritto. Da un lato, sarebbe curioso e perfino insensato che certe proposte sulla natura del diritto non fossero in nessun modo utili o addirittura fuorviassero chi opera per la sua realizzazione. Dall'altro, la tentazione dell'eliminativismo²⁴ – quella posizione per cui è bene fare a meno della riflessione sulla natura del diritto – non può essere accettata. Omettere di riflettere sulla natura del diritto significa rinunciare a dare un senso comprensibile ad una pratica professionale che pure svolge un ruolo fondamentale nella vita delle persone e delle comunità.

Tuttavia, il diritto è un fenomeno complesso ed è difficile stabilire ciò che ne è distintivo. Anche se contestato e talvolta arduo da riempire di contenuto, il *rule of law* sembra essere riconosciuto diffusamente come l'ideale giuridico per eccellenza, al punto da essere ritenuto la virtù propria del diritto²⁵, in altre parole, la migliore espressione della sua essenza. Nonostante la difficoltà di darvi un contenuto definitivo, si può ritenere assodato che la sua funzione sia quella di assicurare protezione agli individui e alle comunità contro l'esercizio arbitrario del potere²⁶. Questa descrizione in negativo può essere anche espressa in positivo: il *rule of law* rende possibile una coordinazione autoritativa rispettosa della capacità di azione e della libertà e dell'egualianza di tutti.

Si possono fornire diverse letture del *rule of law*: verticali-unidirezionali, verticali bidirezionali ed orizzontali²⁷. La prima è quella tipica dello stato di diritto della scienza tedesca del diritto pubblico, che ha come destinatari i pubblici poteri e la loro limitazione attraverso la separazione dei poteri e il principio di legalità. Una seconda lettura mostra come quei strumenti per la limitazione del potere pubblico rispondano all'esigenza di rispetto di chi è sottoposto al potere, non solo il rispetto dei suoi diritti, ma anche della sua *agency* (da trattare cioè come agente libero e razionale). Così si spiegano letture più articolate del *rule of law* che includono la praticabilità, l'adeguata

24. Kornhauser, 2015; Hershovitz, 2015.

25. Sono d'accordo autori diversi quali Finnis, 1992, p. 294 e Raz, 2019, p. 1. Si vedano anche Viola, 2011 e Pino, Villa, 2016.

26. Waldron, 2016.

27. Trujillo, 2021.

promulgazione, la non retroattività, la chiarezza delle norme, la generalità, la coerenza del diritto e la sua stabilità nel tempo, l'applicazione imparziale per conto di funzionari a loro volta sottoposti alle stesse norme²⁸. Nondimeno, il *rule of law* non ha come obiettivo solo il limite del potere pubblico, che sì certamente deve essere controllato, ma che non è l'unico a potersi trasformare in abuso. Il *rule of law* risponde al disegno di una interazione equa, di un *ethos* distintivo dell'interazione, dove ognuno è impegnato nella reciproca responsabilità. Questo atteggiamento, che corrisponde ad una virtù vera e propria chiamata fedeltà al diritto, non è dovuto alle norme e nemmeno al governo, né agli individui per conto di chi esso esercita il potere, ma da ciascuno a tutti gli altri²⁹. Il *rule of law* descrive la giustizia propria del diritto: quella tipica di una forma di coordinazione tra liberi ed eguali legati da relazioni di responsabilità reciproca. Dentro a questo quadro di riferimento, altre virtù giuridiche più note assumono un significato specifico. La lealtà all'ordinamento, alle istituzioni, e delle istituzioni tra loro si esprime in meccanismi quali l'interpretazione secondo costituzione o conforme al diritto dell'Unione europea, che non può essere spiegata se non alla luce di un principio cooperativo e di *fair play*. L'imparzialità del giudizio è richiesta non solo al giudice, ma anche – come si ricordava prima – ad avvocati, consulenti, pubblici funzionari. La giustizia si manifesta in diverse forme, non solo distributiva e compensativa, ma anche trasformativa, impegnando i giuristi e anche i cittadini nel miglioramento delle regole e delle istituzioni.

5. CONCLUSIONI

L'etica professionale dei giuristi può essere declinata nella forma di un insieme di doveri, di cui non si indagano le ragioni costitutive ma che si autolegittimano, oppure può essere compresa attraverso una riflessione sulla natura del diritto, la sua finalità e le sue modalità operative, che trovano una buona sintesi nel *rule of law*. Il diritto è una pratica sociale che coinvolge diversi ruoli e la virtù del diritto si scomponete allora nelle virtù dei giuristi, finalizzate appunto alla realizzazione del *rule of law*. Le virtù specifiche dei giuristi non solo corrispondono ad una loro crescita personale, ma soprattutto consentono la realizzazione virtuosa della pratica giuridica stessa e l'implementazione dei suoi beni specifici, in un mondo in cui la regola giuridica viene costruita da chi la applica in contesti di pluralismo. Questa lettura dell'etica dei giuristi fornisce anche un antidoto alla possibile eccessiva soggettività di un approccio aretaico, solitamente concentrato sulla coltivazione di forme di eccellenza del soggetto virtuoso.

28. Fuller, 1964.

29. Postema, 2014.

VIRTÙ E PROFESSIONI GIURIDICHE

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- Aristotele (2003). *Etica nicomachea* (trad. it., introduzione e note C. Natali). Laterza.
- Aschettino, L., Bifulco, D., Epineuse, H., Sabato, R. (a cura di) (2006). *Deontologia giudiziaria – Il codice etico alla prova dei primi dieci anni*. Jovene.
- Benatti, F. (2014). *Etica, impresa, contratto e mercato. L'esperienza dei codici etici*. Il Mulino.
- Durkheim, É. (1973). *Lezioni di sociologia. Fisica dei costumi e del diritto* (trad. it. M.L. Corvi, A.S. Piergrossi). Etas Kompass Libri.
- Finnis, J. (1996). *Legge naturale e diritti naturali* (ed. it a cura di F. Viola). Giappichelli.
- Foot, P. (2008). *Virtù e vizi* (trad. it. L. Ceri). Il Mulino.
- Foucault, M. (1992), *Le tecnologie del sé*. Bollati Boringhieri.
- Fuller, L.L. (1964). *The Morality of Law*. Yale University Press.
- Goldman, A.H. (2001). Professional Ethics. In *Encyclopedia of Ethics* (pp. 1384-1386). Routledge.
- Hershovitz, S. (2015). The End of Jurisprudence. *The Yale Law Journal*, 124(4), 1160-1204.
- Kornhauser, L.A. (2015). Doing Without the Concept of Law. *NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 15-33*. <https://ssrn.com/abstract=2640605> (24 ottobre 2021).
- Luban, D.J., Wendel, W.B. (2017). Philosophical Legal Ethics: An Affectionate History. *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 30(3), 337-364.
- Nino, C.S. (1999). *Il diritto come morale applicata* (ed. it. a cura di M. La Torre). Giuffrè.
- Pino, G., Villa, V. (eds.) (2016). *Rule of Law. L'ideale della legalità*. Il Mulino.
- Postema, G.J. (1980). Moral Responsibility in Professional Ethics. *New York University Law Review*, 55, 63-89.
- Id. (2014). Fidelity in Law's Commonwealth. In *Private Law and the Rule of Law* (pp. 17-40). Oxford University Press.
- Raz, J. (2019). The Law's Own Virtue. *Oxford Journal of Legal Studies*, 39(1), 1-15.
- Rivoltella, P.C. (2015). *Le virtù del digitale. Per un'etica dei media*. Morcelliana.
- SagUIL, P.J. (2006). A Virtuous Profession: Re-Conceptualizing Legal Ethics from a Virtue-Based Moral Philosophy. *Windsor Review of Legal & Social Issues*, 22(1), 1-28.
- Sarrea, C. (2007). *L'emergenza deontologica. Contributo allo studio dei rapporti tra deontologia professionale, etica e diritto*. Aracne.
- Tommaso d'Aquino (1996-1997). *La Somma teologica* (trad. it. a cura della redazione delle Esd). Esd.
- Trujillo, I. (2013). *Etica delle professioni legali*. Il Mulino.
- Id. (2021). The Legal Balance between Liberty and Equality. *Annals. Belgrade Law Review*, 69(3), 675-689.
- Viola, F. (2011). *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*. Giappichelli.
- Waldron, J. (2006). The Rule of International Law. *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 30(1), 15-30.

ISABEL TRUJILLO

- Id. (2016). The Rule of Law. In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/rule-of-law/> (22 ottobre 2021).
- Wassertrom, R. (1975). Lawyers as Professional: Some Moral Issues. *Human Rights*, 5(1), 1-24.
- Woolley, A. (2007). Tending the Bar: the Good Character Requirement for Law Society Admissions. *Dalhousie Law Journal*, 30(1), 27-77.
- Zacharias, F.C. (2009). Integrity Ethics. *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 22(2), 541-587.