

# L'avvocatura e la costituzione\*

Editoriale

MASSIMO LUCIANI

**SOMMARIO:** 1. La questione. – 2. L'avvocatura nei lavori preparatori della Costituzione. – 3. La giurisprudenza costituzionale. – 4. La Convenzione EDU e la Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. – 5. Alcuni dati di diritto costituzionale comparato. – 6. Ipotesi di ulteriore formalizzazione del riferimento all'avvocatura nella Costituzione. – 7. Osservazioni conclusive.

## 1. La questione.

La Costituzione fa *esplicito* riferimento agli avvocati quattro volte: all'art. 104, comma 4 (“*Gli altri componenti [del Consiglio Superiore della Magistratura] sono eletti [...] per un terzo dal Parlamento in seduta comune tra professori ordinari di università in materie giuridiche ed avvocati dopo quindici anni di esercizio*”); all'art. 106, comma 3 (“*Su designazione del Consiglio superiore della magistratura possono essere chiamati all'ufficio di consiglieri di cassazione, per meriti insigni, professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati che abbiano quindici anni d'esercizio e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori*”); all'art. 135, comma 2 (“*I giudici della Corte costituzionale sono scelti tra i magistrati anche a riposo delle giurisdizioni superiori ordinaria ed amministrative, i professori ordinari di università in materie giuridiche e gli avvocati dopo venti anni di esercizio*”); all'art. 135, comma 6 (“*L'ufficio di giudice della Corte è incompatibile con quello di membro del Parlamento, di un Consiglio regionale, con l'esercizio della professione di avvocato e con ogni carica ed ufficio indicati dalla legge*”).

Si tratta di un dato significativo, che dimostra la considerazione che i Costituenti (molti dei quali, del resto, erano anch'essi avvocati) ebbero per l'avvocatura. Quel che più conta, però, è l'attenzione *implicita* che all'avvocatura la Costituzione ha riservato, quando, all'art. 24, ha disposto che “*La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedi-*

---

\* Intervento in occasione dell'Inaugurazione dell'anno giudiziario del Consiglio Nazionale Forense, Roma, 9 febbraio 2018.

mento” (comma 2) e che “*Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione*”.

Nell’interpretazione datane dalla Corte costituzionale in un’importante pronuncia della fine degli anni Settanta, relativa soprattutto alla difesa penale, ma di portata senz’altro più ampia (si tratta della sent. n. 125 del 1979, dovuta alla penna di Alberto Malagugini, egli stesso, in passato, avvocato), l’art. 24 Cost. ha come finalità “*essenziale*” quella di “*garantire a tutti la possibilità di tutelare in giudizio le proprie ragioni*” (par. 3). È proprio in forza di questa essenzialità che “*Per il nostro ordinamento positivo, il diritto di difesa nei procedimenti giurisdizionali si esercita, di regola, mediante l’attività o con l’assistenza del difensore, dotato di specifica qualificazione professionale, essendo limitata a controverse ritenute di minore importanza ovvero a procedimenti penali per reati cosiddetti bagatellari la possibilità che la difesa venga esercitata esclusivamente dalla parte*” (par. 4). La tendenza, pertanto, è stata quella di assicurare all’imputato “*il massimo di assistenza tecnica*” (par. 5) e, poiché corollario dell’inviolabilità del diritto di difesa è la sua irrinunciabilità (par. 7), le norme che impongono all’imputato di munirsi dell’assistenza di un difensore tecnico non contrastano con l’art. 24 Cost., ancorché non costituiscano “*una scelta legislativa costituzionalmente obbligatoria*” (par. 8). Come si vede, da questa pronuncia si desume che la Costituzione, pel solo fatto di aver riconosciuto il diritto di difesa, ha riconosciuto anche l’essenzialità del ruolo della difesa tecnica, sebbene (ovviamente nei limiti della ragionevolezza) al legislatore sia consentito prescindere in determinate fattispecie.

La questione dell’essenzialità o meno della difesa tecnica è fondamentale per bene intendere quale sia la posizione attuale dell’avvocatura nel quadro costituzionale. L’importante sent. n. 125 del 1979, ora ampiamente commentata (e particolarmente delicata, perché resa in una fattispecie in cui un imputato aveva rifiutato non solo la difesa, ma l’intero processo, contestando la “giustizia di regime”), si inserisce in un più ampio filone nel quale si incontrano numerose altre pronunce. Limitandosi alle più significative, si possono ricordare:

- a) la sent. n. 46 del 1957, nella quale si è affermato che “*il diritto della difesa [...], intimamente legato alla esplicazione del potere giurisdizionale e alla possibilità di rimuovere le difficoltà di carattere economico che possono opporsi [...] al concreto esercizio del diritto medesimo, deve essere inteso come potestà effettiva della assistenza tecnica e professionale nello svolgimento di qualsiasi processo, in modo che venga assicurato il contraddittorio e venga rimosso ogni ostacolo a far valere le ragioni delle parti. Così il compito della difesa assume una importanza essenziale nel dinamismo della funzione giurisdizionale, tanto da poter essere considerato come esercizio di funzione pubblica [...]*”;
- b) la sent. n. 120 del 1972, nella quale si è detto, addirittura, che “*le prestazioni del procuratore legale sono dall’ordinamento considerate servizio di pubblica necessità e costituiscono, normalmente, strumento necessario per l’esercizio del diritto di difesa garantito dalla Costituzione (art. 24)*”;
- c) la sent. n. 184 del 1974, in cui s’è detto che l’art. 24 Cost. “*enuncia, in termini generali, un fondamentale principio di amplissima portata, senza peraltro distinguere tra i diversi*

- tipi di giudizi e tra le varie fasi rispettive, né comunque accennare al rapporto tra difesa personale e difesa tecnica, e senza che sia dato desumerne, con riferimento a tutti i giudizi ovvero ad alcune categorie di essi, l'inderogabile necessità della presenza attiva del difensore (che - come questa Corte ha già avuto occasione di affermare con la sentenza n. 62 del 1971 - rappresenta, evidentemente, rispetto al diritto alla difesa, in genere, ed allo stesso diritto alla difesa tecnico-professionale, in particolare, qualcosa di più, che pertanto la legge può, ma non deve, prescrivere con riguardo a determinate ipotesi)";*
- d) la sent. n. 99 del 1975, la quale ha espressamente riconosciuto il rilievo, *"accanto alla difesa tecnica, cui attende il difensore"*, dell'autodifesa, *"che ha riguardo a quel complesso di attività mediante le quali l'imputato è posto in grado di influire sullo sviluppo dialettico del processo"*, tanto che, per la Corte, *"l'uno e l'altro aspetto del diritto di difesa trovano puntuale riscontro nell'art. 24, comma secondo, della Costituzione che [...] tutela l'autodifesa, non meno della difesa tecnica, quale diritto primario dell'imputato, immanente a tutto l'iter processuale, dalla fase istruttoria a quella di giudizio, sino al momento di chiusura del dibattimento, in cui l'imputato deve avere per ultimo la parola"*;
- e) La sent. n. 188 del 1980, ove si affronta l'ipotesi in cui l'imputato avanzi la richiesta di autodifendersi (ipotesi che è diversa da quella del complessivo rifiuto della difesa in giudizio e del processo che era all'origine invece della sent. n. 125 del 1979), affermando che *"Il cosiddetto «rifiuto del processo» e della giustizia del nostro Stato è un atteggiamento tutto politico di alcuni imputati, che di per sé non può assumere alcun rilievo formale rispetto al corso, alle forme, alle garanzie ed all'attuazione anche coercitiva della giustizia penale. Nella logica dell'ordinamento giuridico, rifiuto di difendersi e volontà di autodifendersi sono ugualmente qualificabili come scelte, non importa se attive o negative, concernenti il modo di avvalersi dei diritti inviolabili e irrinunciabili, che l'ordinamento (indipendentemente dagli atteggiamenti verso di esso) ricollega alla formale posizione di imputato. Né l'uno né l'altro tipo di scelta è pregiudicato dalla nomina obbligatoria del difensore d'ufficio, posto che questa non incide in nessun modo sulla partecipazione (o non partecipazione) dell'imputato al processo, non ne impegna la personalità, ed è in ogni caso preordinata alla completezza del contraddittorio processuale, nell'interesse dell'imputato stesso ed in modi che, pur non definiti da norme processuali vincolanti, non possono non tenere conto delle scelte defensionali del vero titolare del diritto di difesa, appunto l'imputato"*;
- f) la sent. n. 498 del 1989, ove si dice che l'esigenza del difensore nel processo è *"assoluta ed inderogabile perché introduce un protagonista senza il quale, specie e tanto più nel nuovo processo, esso non può, da un certo momento in poi, nemmeno proseguire. In realtà, l'imposizione all'imputato di un difensore, persino suo malgrado, mira ad assicurargli quelle cognizioni tecnico-giuridiche, quell'esperienza processuale e quella distaccata serenità, che gli consentono di valutare adeguatamente le situazioni di causa, in guisa da tutelare la sua più ampia libertà di determinazione nella scelta delle iniziative e dei comportamenti processuali"*;
- g) l'ord. n. 421 del 1997 (poi richiamata dall'ord. n. 182 del 2001), ove si afferma che *"su un diverso terreno rispetto alla difesa tecnica si colloca il parallelo diritto all'autodifesa,*

*operante nell'ambito del principio del contraddittorio [...]*". Un cospicuo *corpus* giurisprudenziale, come si vede, nel quale l'importanza della difesa tecnica risalta con nettezza.

In armonia con l'orientamento della giurisprudenza costituzionale risulta quella parte della dottrina che ha evidenziato come "nel sistema di una Costituzione, la quale colloca la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo tra i compiti fondamentali della Repubblica e ripetutamente sottolinea la priorità della libertà e della dignità umane, l'assoluzione dell'innocente e la condanna del colpevole alla sola pena giusta, non ad una pena più grave, rappresentano obiettivi la cui realizzazione non può essere lasciata nella disponibilità dell'imputato. Dato ciò, e dato altresì che la presenza nel processo di un difensore, ancorché ostacolato nella sua azione dalla non collaborazione o addirittura dall'ostruzionismo dell'assistito, può solo contribuire alla realizzazione di quegli obiettivi, bisogna ritenere che, quando l'imputato omette di designare un difensore di fiducia e respinge la nomina di un difensore d'ufficio perché non vuole difendersi né essere difeso, l'articolo in esame 2° comma non solo non gli garantisce l'efficacia di un tale rifiuto, ma anzi esige che un difensore gli venga comunque assegnato e che costui possa esplicitare ogni azione che ritiene utile alla difesa" (M. SCAPARONE, *Art. 24, 2° comma*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna - Roma, Zanichelli - Il Foro Italiano, 1981, 91 sg.)

Tale essendo il quadro costituzionale, e considerato che la difesa tecnica è *naturaliter* apprestata da un avvocato (è ben possibile che in casi eccezionali possa essere assicurata da un magistrato, come nei procedimenti innanzi la sezione disciplinare del CSM, mentre la Corte costituzionale ha escluso che possa esserlo da un ufficiale delle forze armate di grado inferiore, non necessariamente in possesso di preparazione tecnico-giuridica: sent. n. 320 del 1983), ci si può chiedere se l'attenzione per l'avvocatura non meriti d'essere ulteriormente formalizzata ed esplicitata nel testo della Costituzione.

Per rispondere a questo interrogativo è bene ampliare la prospettiva di analisi.

## 2. L'avvocatura nei lavori preparatori della Costituzione.

Il dibattito in Assemblea Costituente - tanto nel *Plenum* quanto nelle Sottocommissioni - mostra bene l'indubbia peculiarità delle funzioni svolte, nel nostro ordinamento, dall'avvocato. La pregnanza dell'attività esercitata dall'avvocato emerse soprattutto in due momenti del dibattito: quando si discusse del diritto di difesa in giudizio e quando si discusse della composizione di alcuni organi costituzionali e di rilievo costituzionale.

Quanto alla discussione sul diritto di difesa, basterà ricordare un paio di passaggi importanti.

- i) La proposta emendativa dell'art. 4, comma 2, per come presentato dai relatori La Pira e Basso, che l'On. Mastrojanni presentò in Prima Sottocommissione (*Atti Ass. Cost., Prima Sottocommissione*, Sed. 17 settembre 1946, pp. 51 sgg.). Quella proposta ("*La difesa è garantita in ogni grado e stato processuale, in ogni tempo e davanti a qualsiasi giurisdizione. Essa è affidata solo agli avvocati*") era motivata dalla constatazione che innanzi i tribunali militari di guerra la difesa a mezzo di avvocato era spesso preclusa, sicché doveva risultare chiaro in Costituzione "il concetto che la difesa *per mezzo di avvocato*

è garantita in ogni tempo e davanti ad ogni giudice” (cors. mio). La proposta non fu, però, accolta. L’On. Dossetti, infatti, rilevò che quella formulazione non avrebbe in ogni caso superato l’inconveniente segnalato dall’On. Mastrojanni e che, a tal fine, sarebbe stato necessario parlare espressamente di garanzia attraverso difensori di fiducia. Tanto, però, poteva essere – a parere di Tupini – “*pericoloso*”. La Prima Sottocommissione, quindi, approvò in quella seduta la formula proposta dall’On. Mancini (“*La difesa processuale è un diritto inviolabile*”), con l’aggiunta della locuzione “*in ogni stato o grado di giurisdizione*”.

- L) Gli interventi di La Rocca e di Persico in Assemblea, il 26 novembre 1947 (*Atti Ass. Cost.*, vol. IX, pp. 2515 sgg.) quando si discusse del diritto di difesa dei non abbienti. In particolare, La Rocca osservò che “*Il povero, in giudizio, deve avere qualcuno che lo sostenga, con calore, con fede. E questo bisogno è stato sentito e tradotto in formule giuridiche, in tutte le legislazioni [...] Per la legislazione romana, una favola triste suona, secondo la quale l’esercizio forense sarebbe stato una spoliazione e una rapina: esso era honorificum munus; e sorse come insegna e come scudo del diritto, finché, per abusi intervenuti, la famosa legge Cinzia proibì il compenso e impose il gratuito. L’avvocato (vir bonus, dicendi peritus) era chiamato dalla voce dell’affetto o del sangue, accanto al reo, nell’ora della sciagura. E il rostro, da cui si dilatava la musica verbale dei grandi oratori, era un po’ la casa sicura dei più deboli*”. Persico, invece, affermò: “*io credo che si potrebbe istituire un’avvocatura per i poveri. [...] Rendendo obbligatorio per tutti i professionisti, come titolo onorifico e come corrispettivo di tutte le cause che sono pagate dagli abbienti, di assumere a turno, secondo le specializzazioni, la difesa dei poveri*”.

Anche quanto al secondo profilo (nel quale il rilievo costituzionale dell’avvocato emerge quando l’appartenenza alla categoria, specie se per un periodo prolungato, assurge - non a caso - a requisito per la nomina a membro di organi costituzionali o di rilievo costituzionale) ci si può limitare all’essenziale.

Interessano, qui, soprattutto due interventi a proposito di quello che sarebbe poi divenuto l’art. 106, comma 3, Cost. (in cui, come già ricordato, si prevede che possono essere nominati all’ufficio di consigliere di cassazione avvocati che abbiano quindici anni di esercizio e siano iscritti negli Albi speciali per le giurisdizioni superiori).

Il primo è quello dell’On. Conti alla seduta del 26 novembre 1947 (*Atti Ass. Cost.*, vol. IX, pp. 2510 sg.): “Non si può vietare che avvocati insigni, che uomini di grande altezza intellettuale, passino alla Magistratura dalla professione. Sono convinto della importanza di questo principio: che nella Magistratura dovrebbero avere ingresso elementi che escano anche dalla professione di avvocati, perché la Magistratura ha bisogno di elementi esperti, preparati con l’esercizio dell’avvocatura. Disse un giorno qui un grande avvocato della parte politica alla quale io appartengo, Antonio Pellegrino: «il giudice prendetelo fatto», cioè formato, cioè preparato alla grande funzione del giudicare. La classe degli avvocati può dare alla Magistratura ottimi elementi”.

Il secondo è quello dell’On. Abozzi alla seduta del 12 novembre 1947 (*Atti Ass. Cost.*, vol. IX, p. 1979): “è fatto incontestabile che l’avvocato coopera all’amministrazione della giustizia, ma poiché al grado di Consigliere di cassazione il magistrato arriva dopo una vita

impiegata a servir la giustizia, è giusto che l'avvocato sia designato all'alta funzione dopo una vita spesa a servir la giustizia".

Entrambi questi interventi testimoniano che alla Costituente si era consapevoli dell'essenzialità dell'opera dell'avvocato per il funzionamento del sistema- giustizia nonché del suo valore anche pubblicistico, che è sempre presente nonostante la natura privata e pienamente *libera* (in quanto assistita dalle garanzie dell'art. 33 Cost.) della professione forense (sul punto cfr., ad es., G. ZAGREBELSKY, *L'autodifesa di fronte alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1979, I, 858).

### 3. La giurisprudenza costituzionale.

Anche la giurisprudenza costituzionale, oltre a valorizzare - come s'è visto - la sua utilità, riconosce la peculiarità della funzione dell'avvocato.

Già nella sent. n. 137 del 1975 la Consulta ha rilevato che *"Gli avvocati e procuratori in vista e per il fatto dell'esercizio della professione, si trovano in una posizione che ha aspetti di peculiarità che oggettivamente la differenziano da quella di tutti gli altri prestatori d'opera intellettuale, in ordine alla corresponsione della remunerazione loro dovuta (sentenza n. 132 del 1974), ed è certamente diversa rispetto a quella di tutti gli altri cittadini. Sono essi, infatti, tenuti a superare esami di Stato o avere determinati requisiti o anzianità qualificanti, per potere essere iscritti agli albi e per potere esercitare la professione; e sono ancora tenuti, e tra l'altro, ad osservare nello svolgimento della loro attività norme anche non scritte, sottostando quindi circa la loro condotta e sotto il profilo deontologico, al controllo del consiglio dell'ordine competente. E tali condizioni, limiti e limitazioni risultano posti a tutela dell'interesse di tutti i cittadini ed in particolare di quelli (che a loro volta possono anche essere dei professionisti legali) che agli avvocati e procuratori si rivolgono per la difesa e rappresentanza in sede giudiziale o nella materia extragiudiziale"*.

Nella sent. n. 171 del 1996, poi, sono stati riconosciuti *"l'impegno e lo scrupolo deontologico con cui avvocati e procuratori assolvono quotidianamente una funzione insostituibile per il corretto svolgimento della dinamica processuale"*, nonché i *"meriti storici che l'avvocatura ha acquisito anche fuori delle aule di giustizia, contribuendo alla crescita culturale e civile del Paese e, soprattutto, alla difesa delle libertà"*.

Che quella forense sia una professione assai peculiare, in quanto collegata a un valore costituzionale fondamentale quale la difesa in giudizio (si noti che proprio il diritto di difesa è - dopo quello alla salute, tale proclamato direttamente dall'art. 32 Cost. - il primo che la giurisprudenza costituzionale abbia qualificato "fondamentale": sent. n. 46 del 1957), è dunque un dato acquisito alla giurisprudenza della Corte.

Peculiarità del ruolo, nondimeno, non significa inserimento nell'organizzazione dei pubblici poteri, perché - come accennato - il profilo di libertà disegnato dall'art. 33 Cost. non può essere cancellato. Nondimeno, non può non notarsi la singolare motivazione dell'ord. n. 359 del 1999, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibile un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato proposto da un avvocato nei confronti della Corte di cassazione, che avrebbe leso le sue prerogative costituzionali. In quel caso,

infatti, l'inammissibilità non venne radicata nell'insussistenza del requisito soggettivo della qualità di "potere dello Stato" (che – pure – nell'ordine delle pregiudiziali avrebbe dovuto essere scrutinata per prima), bensì nell'assenza del "tono costituzionale" del conflitto. Infatti: *"il ricorrente, sotto la veste di conflitto per menomazione della funzione del difensore, propone in realtà censure relative alla correttezza giuridica di decisioni assunte dalla Corte di cassazione in tema di validità della procura speciale, di condanna del difensore alle spese del giudizio e di correzione di errore materiale, non suscettibili di configurare esorbitanze dai limiti propri della giurisdizione, e dalle quali solo come riflesso discende la lamentata menomazione della funzione del difensore"*. Questa motivazione, peraltro, non è imputabile a un eccesso di valorizzazione della funzione pubblicistica dell'avvocatura, ma alla notevolissima ampiezza della nozione di "potere dello Stato" ai sensi dell'art. 134 Cost. che è stata costruita dalla giurisprudenza costituzionale (che rende assai difficile negare la relativa qualità soggettiva).

#### 4. La Convenzione EDU e la Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.

Altri importanti dati di diritto positivo, per limitarsi al contesto regionale europeo, si evincono dall'art. 6 della Convenzione EDU e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E.

Quanto alla CEDU, l'art. 6, rubricato "Diritto a un equo processo", sancisce al primo comma il diritto alla tutela giurisdizionale, stabilendo che *"Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge [...]"*.

Il secondo comma enuncia il principio di non colpevolezza sino a prova contraria, mentre il terzo comma specifica il contenuto del diritto alla tutela giurisdizionale in ambito penale attraverso un elenco di guarentigie, prevedendo, tra l'altro, che la persona accusata abbia diritto di *"b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa"* e *"c) difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia"*.

La disposizione riportata si segnala perché:

- esplicita che la "difesa tecnica" rappresenta un contenuto imprescindibile del diritto di difesa;
- riconosce che la difesa tecnica deve essere affidata a un "avvocato", ovvero a uno specialista dell'attività forense;
- evidenzia che l'attività dell'avvocato non è solamente oggetto di un diritto individuale, ma è anche espressione dell'interesse generale e della collettività all'amministrazione della giustizia, sicché è la stessa pretesa dello Stato alla repressione degli illeciti e alla soluzione delle controversie civili a presupporre il ruolo dell'avvocato.

Dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo emergono alcune ulteriori e specifiche indicazioni circa il ruolo e la funzione dell'avvocato.

In primo luogo, nella dec. 12 luglio 1984, *Can c. Austria*, è stato escluso che la Convenzione EDU abbia fissato una dicotomica alternativa tra “difesa personale” e “difesa tecnica”. Al contrario, ivi si è osservato che la Convenzione garantisce “*il diritto a difendersi personalmente inter alia attraverso l'assistenza legale di propria scelta*” (§ 54, enfasi nell'originale). Nella medesima sentenza, poi, si specifica che l'attività del patrocinatore legale (“*defence counsel*”, ma oltre è usato anche il termine “*lawyer*”) non include solamente la preparazione del processo, ma anche “*il controllo della legittimità di ogni misura assunta nello svolgimento del procedimento investigativo*” anche nelle “*prime fasi*” del processo (§ 55; cfr. anche sent. 8 febbraio 1996, *John Murray c. Regno Unito*; 12 maggio 2005, *Öcalan c. Turchia*).

In questa prospettiva, il diritto di un accusato di essere “*effettivamente difeso da un avvocato è una delle caratteristiche fondamentali dell'equo processo*” (sent. 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*).

Ancora in riferimento alla possibilità di stare in giudizio “in proprio”, la Corte, nella sent. 15 novembre 2007, *Galstyan c. Armenia*, ha specificato che la facoltà di difendersi personalmente non è assoluta, in quanto “*gli interessi della giustizia*” possono imporre l'esercizio della difesa tecnica (ad esempio quando si ritiene che una persona sia stata indotta a tale scelta con dolo o violenza; § 91).

Più in generale, la Corte EDU ha affermato (in sintonia con la nostra Corte costituzionale, si noterà) che l'imposizione di una difesa tecnica non è in contraddizione con la Convenzione e che è rimesso al margine di apprezzamento degli Stati verificare se tale imposizione garantisca adeguatamente il diritto di difesa (sent. 15 novembre 2011, *Correia de Matos c. Portogallo*). In questo senso, l'interesse della giustizia può comportare la nomina di un ulteriore difensore da parte del giudice, da aggiungere al singolo professionista o al collegio difensivo scelto dalla parte (ad esempio quando nessuno dei difensori scelti abbia il proprio domicilio professionale abituale nel distretto dell'autorità giurisdizionale; sent. 25 settembre 1992, *Croissant c. Germania*, § 29) e può anche imporre un'assistenza legale particolarmente qualificata, laddove la natura del procedimento sia talmente particolare da giustificare la riserva della difesa ad avvocati specialisti (cfr. sent. 26 luglio 2002, *Meftah c. Francia*, § 47).

Devono essere segnalate, altresì, le pronunce in cui la Corte ha posto l'accento sulla particolare “*indipendenza della professione legale*” (sent. 24 novembre 1993, *Imbrioscia c. Svizzera*, § 41), che impedisce allo Stato di interferire nei rapporti tra difensore e assistito, se non nel caso in cui risulti che l'avvocato ometta di adempiere al proprio mandato professionale, nel qual caso lo Stato deve intervenire per assicurare l'effettività dell'assistenza legale (sent. 13 maggio 1980, *Artico c. Italia*; 10 ottobre 2002, *Czekalla c. Portogallo*, §§ 65 – 71; 21 aprile 1998, *Daud c. Portogallo*, § 38, in cui si afferma che le autorità pubbliche sono tenute, secondo l'art. 6, comma 3, lett. c), della Convenzione, a intervenire se vengono a conoscenza di una negligenza - “*failure*” - tale da compromettere l'effettività del diritto di difesa).



In conclusione, dall'esame della giurisprudenza della Corte EDU, emerge che anche al livello dell'ordinamento convenzionale il ruolo dell'avvocato risulta essere centrale nell'esercizio della funzione giurisdizionale (civile, penale, etc.), in quanto assicura, in posizione di indipendenza dai pubblici poteri, l'effettività del diritto di difesa della persona privata e l'interesse alla corretta amministrazione della giustizia.

Quanto al diritto dell'Unione europea, l'art. 47 della Carta di Nizza, rubricato "Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale", stabilisce al comma 2, secondo periodo, che "*Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare*" nell'esercizio del diritto di difesa e tutela giurisdizionale, mentre il successivo comma 3 specifica che "*a coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia*".

L'anzidetta disposizione non menziona espressamente la figura dell'avvocato o l'attività di assistenza legale specialistica. Nondimeno, com'è indicato dalle "Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali" (Atto 2007/C 303/02, pubbl. in GUUE 14 dicembre 2007, C 303/17), "*il secondo comma*" dell'art. 47 "*corrisponde all'articolo 6, paragrafo 1 della CEDU*" (cfr. anche CGUE, 10 agosto 2017, C-270/17, *Tupikas*; EU:C:2017:628, § 6). Dato che, come si è visto *supra*, il diritto di difesa e tutela giurisdizionale contemplato dall'art. 6 CEDU comporta anche l'assistenza di un professionista del settore legale, si deve ritenere che anche nell'ambito della c.d. Carta di Nizza trovi riconoscimento la peculiare funzione dell'avvocato.

Tale circostanza è confermata dalla "Risoluzione del Parlamento europeo sulle professioni legali e l'interesse generale nel funzionamento dei sistemi giuridici" (atto P6-TA(2006)0108), in cui:

- si ricorda come la giurisprudenza della Corte di giustizia UE abbia riconosciuto "*l'indipendenza, l'assenza di conflitti di interesse e il segreto/confidenzialità professionale quali valori fondamentali nella professione legale che rappresentano considerazioni di pubblico interesse*";
- si riconosce che le professioni legali assolvono a una "*funzione cruciale [...] in una società democratica al fine di garantire il rispetto dei diritti fondamentali, lo stato di diritto e la sicurezza nell'applicazione della legge, sia quando gli avvocati rappresentano e difendono i clienti in tribunale che quando danno parere legale ai loro clienti*";
- si dice che "*qualsiasi riforma delle professioni legali ha conseguenze importanti che vanno al di là delle norme della concorrenza, incidendo nel campo della libertà, della sicurezza e della giustizia e in modo più ampio, sulla protezione dello stato di diritto nell'Unione europea*".

Come si vede, sebbene nell'ordinamento eurounitario il profilo della concorrenza e della salvaguardia degli interessi del consumatore sia prevalente (tanto da aver indotto la Corte di giustizia, come è noto, a qualificare "imprese" i liberi professionisti), la funzione esercitata dalle professioni legali per il rispetto dei diritti fondamentali emerge comunque a tutto tondo. Essa, pertanto, non può essere ricondotta alla semplice "*prestazione di servizi nel libero mercato*", ma si pone al centro del sistema di libertà, sicurezza e giustizia

che qualifica l'Unione europea come “*comunità di diritto*” (così la storica sent. CGCE 23 aprile 1986, C- 294/83, *Les Verts*, EU:C:1986:166, § 23).

Il riferimento alla disciplina convenzionale ed eurounitaria appare assai importante per intendere appieno il sistema delle garanzie del diritto di difesa, nel quale l'avvocatura giuoca il decisivo ruolo sopra descritto. Tanto, specie alla luce di alcuni recentissimi sviluppi della giurisprudenza costituzionale.

Come si legge nella sent. n. 269 del 2017, infatti, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE) “*costituisce parte del diritto dell'Unione dotata di caratteri peculiari in ragione del suo contenuto di impronta tipicamente costituzionale. I principi e i diritti enunciati nella Carta intersecano in larga misura i principi e i diritti garantiti dalla Costituzione italiana (e dalle altre Costituzioni nazionali degli Stati membri). Sicché può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione*”. In casi di questo genere, precisa l'importante sentenza costituzionale ora ricordata, “*le violazioni dei diritti della persona postulano la necessità di un intervento erga omnes di questa Corte, anche in virtù del principio che situa il sindacato accentratato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.). La Corte giudicherà alla luce dei parametri interni ed eventualmente di quelli europei [...] anche al fine di assicurare che i diritti garantiti dalla citata Carta dei diritti siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali, pure richiamate dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea e dall'art. 52, comma 4, della CDFUE come fonti rilevanti in tale ambito*”.

## 5. Alcuni dati di diritto costituzionale comparato.

Anche le esperienze costituzionali a noi geograficamente più vicine (alle quali è bene, qui, limitarsi) sono significative.

Talvolta il testo costituzionale è estremamente laconico, come accade nell'art. 74, par. 1, n. 1, del *Grundgesetz*, che si limita a dire che l'avvocatura è materia di legislazione concorrente.

Talaltra (come – si è visto – accade nella nostra Costituzione) si fa riferimento all'avvocatura per la composizione di organi costituzionali: così l'art. 65 della Costituzione francese prevede che del *Conseil supérieur de la magistrature* faccia parte un avvocato; gli artt. 122 e 159 della Costituzione spagnola stabiliscono che i componenti del Consiglio superiore del potere giudiziario e del Tribunale costituzionale sono scelti anche fra avvocati; l'art. 99 della Costituzione greca contempla la presenza di due avvocati nel Tribunale speciale chiamato a giudicare dei reati commessi dai magistrati nell'esercizio delle loro funzioni.

In altri casi, invece, si va più in là e si riconosce esplicitamente il ruolo dell'avvocatura nella difesa dei diritti costituzionali. Così l'art. 17, comma 3, della Costituzione spagnola garantisce al detenuto l'assistenza di un avvocato nel corso delle indagini di polizia e giudiziarie; gli artt. 20, comma 1, e 32, comma 3, della Costituzione portoghese stabiliscono – rispettivamente – che tutti hanno diritto al patrocinio in giudizio e a farsi accompagnare da un avvocato innanzi qualsivoglia autorità e che l'imputato ha diritto a scegliersi il difensore

e a essere da lui assistito in tutti gli atti processuali, mentre la legge stabilisce i casi in cui l'assistenza dell'avvocato è obbligatoria; l'art. 105 della Costituzione tunisina stabilisce che *“La professione di avvocato è libera e indipendente. Essa contribuisce alla realizzazione della giustizia e alla difesa dei diritti e delle libertà”* (comma 1) e che *“L'avvocato beneficia delle garanzie di legge che ne assicurano la protezione e gli consentono di esercitare le sue funzioni”*.

## 6. Ipotesi di ulteriore formalizzazione del riferimento all'avvocatura nella Costituzione.

Quanto s'è detto sin qui legittima l'interrogativo di partenza e invita alla riflessione sull'opportunità di una maggiore chiarezza e completezza del riferimento costituzionale all'avvocatura.

La proposta di introdurre in Costituzione una norma dedicata all'avvocatura non è nuova nel panorama giuridico italiano e molte sono state le iniziative in tal senso. Qui è bene limitarsi, peraltro, agli approdi parlamentari.

Va ricordata, in primo luogo, la proposta di legge costituzionale d'iniziativa dell'On. Pecorella, presentata alla Camera dei deputati il 26 giugno 2009, recante *“Introduzione della sezione I-bis del titolo IV della parte seconda della Costituzione, concernente l'avvocatura”* (AC 2556). Tale proposta aveva il dichiarato scopo di *“colmare una lacuna della Costituzione dando all'avvocatura quella dignità di ruolo che le compete”* (così a p. 2 della Relazione) e mirava per l'appunto a introdurre nel titolo IV (*“La Magistratura”*) della parte seconda della Costituzione, la Sezione I-bis, denominata *“Avvocatura”* e composta da due norme.

La prima, (che avrebbe dovuto diventare un art. 110-bis Cost.) così disponeva: *“L'avvocatura è un'attività privata, libera ed indipendente. La difesa è funzione essenziale in ogni procedimento giudiziario.*

*L'esercizio della professione forense è incompatibile con lo svolgimento delle funzioni di magistrato. La legge assicura alle parti un'adeguata difesa.*

*La difesa dei non abbienti, a carico dello Stato, è garantita dalle istituzioni dell'avvocatura con le modalità previste dalla legge.*

*L'avvocatura concorre, con propri rappresentanti, all'amministrazione della giustizia nelle diverse articolazioni”*.

La seconda (che avrebbe dovuto diventare un art. 110-ter Cost.) così disponeva:

*“L'esercizio della professione forense è consentito solo agli iscritti agli albi.*

*La legge determina le modalità di accesso e le condizioni di permanenza negli albi.*

*Il Consiglio nazionale forense, composto ed eletto con le forme previste dalla legge, è organo giurisdizionale in materia disciplinare”*.

Detta proposta, comunque, non ha avuto seguito.

Occorre poi menzionare il disegno di legge costituzionale (AS 1935), d’iniziativa del senatore Pera, comunicato alla Presidenza del Senato in data 15 dicembre 2009 e recante “*Nuove norme costituzionali sulla magistratura*”.

Benché l’iniziativa riguardasse l’ordinamento della magistratura, nell’articolato proposto trovava spazio anche una norma dedicata all’avvocatura.

L’art. 1 del disegno di legge – rubricato proprio “Avvocatura” – disponeva infatti che: “*All’articolo 101 della Costituzione è aggiunto in fine il seguente comma:*

«L’avvocatura è un’attività privata, libera ed indipendente e svolge una funzione *essenziale in ogni procedimento giudiziario*».

Nella Relazione, questa parte della proposta era motivata evocando la necessità che “all’avvocatura, nel suo complesso, come alla magistratura giudicante e alla magistratura requirente nel loro complesso, sia riconosciuta una funzione essenziale nell’amministrazione della giustizia”. Difatti, “come la terzietà del giudice implica la sua autonomia come ordine, così la parità delle parti nel processo richiede un esplicito riconoscimento del ruolo dell’avvocatura” (così a p. 4).

Anche questa proposta non ha avuto seguito.

## 7. Osservazioni conclusive.

La pur sommaria indagine condotta nelle pagine precedenti induce a concludere nel senso che anche esperienze ordinamentali molto diverse hanno purtuttavia in comune una marcata attenzione per il ruolo primario dell’avvocato nel Sistema-justizia. Conseguentemente, sebbene la Costituzione già faccia evidente riferimento all’avvocatura, l’ipotesi di dare al dettato costituzionale una maggiore chiarezza e completezza appare più che ragionevole. In effetti, della *funzione* dell’avvocatura la Costituzione non parla esplicitamente, limitandosi – come detto

- a considerare la *professionalità* dell’avvocato come una risorsa cui attingere per la copertura di cariche pubbliche. Sembra perciò opportuno prospettare la possibilità di una novellazione del testo costituzionale, che tenga conto della complessità del ruolo dell’avvocato, per come emerso dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, nel quale si sovrappongono una funzione pubblicisticamente rilevante e un evidente elemento di libertà.

Il *locus* della novella, a tutta prima, parrebbe dover essere l’art. 24 Cost., dal quale già ora, per le ragioni indicate al par. 1, emerge il ruolo dell’avvocato quale garante della protezione dei diritti costituzionali. Nondimeno, poiché quella previsione costituzionale (di icasticità e nitore irripetibili) connota un principio fondamentale che è bene lasciare intatto nell’immediatezza della sua forza prescrittiva, sembra più opportuno intervenire sul corpo dell’art. 111. Come si sa, l’art. 111 Cost. è stato novellato con l. cost. n. 2 del 1999 e si è molto discusso se il suo primo comma, con il riferimento al “*giusto processo regolato dalla legge*” abbia o meno portata innovativa. La tesi negativa (sostenuta, ad es., da S. CHIARLONI, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di M. G. Civinini e C.M.

Verardi, Milano, Giuffrè, 2001, 13 ss.; L. LANFRANCHI, “*Pregiudizi illuministici*” e “*giusto processo civile*”, in AA. VV., *Giusto processo civile e procedimenti decisori sommari*, Torino, Giappichelli, 2001, ora in ID., *La roccia non incrinata. Garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, 3<sup>a</sup> ed., Torino, Giappichelli, 2011, spec. 494; P. FERRUA, *L. cost. 23 novembre 1999, n. 2 (Giusto processo)*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca - cont. da A. Pizzorusso -, Bologna - Roma, Zanichelli - Il Foro Italiano, 1987, 90, 102 e *passim*) è la più convincente: già ben prima della l. cost.

n. 2 del 1999, infatti, l'espressione “giusto processo” aveva fatto da tempo la sua comparsa (accanto a “giusto procedimento”: sent. n. 86 del 1968) nella giurisprudenza costituzionale e – anzi – un paio d'anni prima della novella la Corte non solo aveva affermato espressamente che “*del principio del giusto processo*” la giurisprudenza costituzionale, “*in numerose occasioni, [aveva] definito i profili sulla base delle disposizioni costituzionali che attengono alla disciplina delle giurisdizioni*” (sent. n. 306 del 1997), ma aveva anche ricondotto a quel principio il diritto alla difesa tecnica (ord. n. 421 del 1997). Quella dell'art. 111 Cost., pertanto, appare una sede corretta per un'eventuale novellazione.

Quanto ai principi di tale novellazione, dovrebbero essere i seguenti:

- a) sinteticità ed efficacia (le revisioni costituzionali degli ultimi anni, quasi sempre verbosissime, dovrebbero essere intese come esempi negativi);
- b) riconoscimento del ruolo pubblicisticamente rilevante dell'avvocatura, ma nel rispetto della natura libera della professione;
- c) limitazione dell'intervento di revisione alle sole previsioni concernenti strettamente l'avvocatura, tralasciando gli altri profili di funzionamento del sistema-giustizia (la novella dovrebbe mirare a colmare una lacuna, non a pretendere di ripensare *funditus* tutta la disciplina costituzionale della giustizia). Tali essendo i principi, la legge di revisione costituzionale potrebbe comporsi di un articolo unico, che inserisse all'art. 111, dopo i primi due commi (che riguardano tutti i processi, mentre gli attuali commi 3-5, che ora subito li seguono, sono specificamente dedicati al processo penale) i seguenti:

*“Nel processo le parti sono assistite da uno o più avvocati. In casi straordinari, tassativamente previsti dalla legge, è possibile prescindere dal patrocinio dell'avvocato, a condizione che non sia pregiudicata l'effettività della tutela giurisdizionale”* (comma 3);

*“L'avvocato esercita la propria attività professionale in posizione di libertà e di indipendenza, nel rispetto delle norme di deontologia forense”* (comma 4).

*“La funzione giurisdizionale sugli illeciti disciplinari dell'avvocato è esercitata da un organo esponentiale della categoria forense, eletto nelle forme e nei modi previsti dalla legge, che determina anche le sue altre attribuzioni. Contro le sue decisioni è ammesso il ricorso per cassazione”* (comma 5).

