

# IL RUOLO DELL'AVVOCATO: IL QUADRO DI RIFERIMENTO COSTITUZIONALE ITALIANO ED EUROPEO

avv. Claudio Cocuzza – 12 aprile 2018

Vorrei nel tempo che mi è concesso cercare di dare una risposta a 8 domande, che seguono.

## 1. L'avvocato è necessario?

Il 17 maggio 1976 prendeva avvio davanti alla Corte di Assise di Torino il processo nei confronti dei capi delle Brigate Rosse. Il primo atto processuale compiuto dagli imputati fu quello di revocare il mandato ai loro avvocati di fiducia precedentemente nominati. In loro sostituzione, il Presidente della Corte di Assise nominò un gruppo di avvocati d'ufficio.

I brigatisti manifestarono chiaramente la loro contrarietà ad essere difesi da alcun avvocato e invitarono i difensori d'ufficio a rifiutare l'incarico; di fatto i brigatisti non accettarono né riconobbero mai il ruolo dei difensori d'ufficio. La Corte di Assise dichiarò infondata l'eccezione di costituzionalità, sollevata dai difensori d'ufficio, nei confronti di quelle norme del codice di procedura che non permettevano all'imputato di rinunciare all'operato dell'avvocato nemmeno nei casi in cui l'imputato ritenesse di autodifendersi.

I difensori d'ufficio proseguirono nel loro operato e il 28 aprile 1977 uno di essi, l'avvocato Fulvio Croce, presidente dell'Ordine degli Avvocati di Torino, venne assassinato dalle Brigate Rosse nell'androne del proprio studio legale.

Gli altri avvocati difensori abbandonarono l'incarico. I nuovi difensori d'ufficio si trovarono afflitti dal dilemma di cedere alla paura e rinunciare all'incarico, come avrebbero voluto le Brigate Rosse o ignorare la richiesta del cliente e accettare la necessità del ruolo dell'avvocato nel processo.

I nuovi avvocati d'ufficio decisero di *“restare al posto loro demandato dalla legge, con l'esclusivo proposito di controllare il rispetto delle fondamentali norme di rito”*.

Questa drammatica vicenda è importante per capire che all'avvocato si richiede principalmente di adempiere ad una funzione sociale di mediazione tra il cittadino e lo Stato, in un'attività di filtro nei confronti delle pretese, delle istanze e dei tentativi del singolo di utilizzare in modo improprio lo strumento giurisdizionale (si veda *infra* articolo 23 CdF, sulla responsabilità sociale dell'avvocato).

Per tali ragioni il diritto di difesa, oltre ad essere uno fra i diritti inviolabili per il cittadino, rappresenta anche un diritto irrinunciabile. Questo principio è stato ribadito dalla Corte Costituzionale in numerose sentenze fra cui la pronuncia n. 125/1979 (si veda *infra*).

## **2. Quali sono i riferimenti costituzionali della figura dell'avvocato?**

Quella dell'avvocato è l'unica professione espressamente menzionata all'interno della Costituzione italiana.

Questo dato è indice della specialità e necessarietà della professione forense e dell'elevata considerazione che i Padri Costituenti ebbero per l'avvocatura.

Le norme costituzionali dedicate all'avvocatura sono di due tipologie:

(i) alcuni articoli della Costituzione prevedono la qualità di avvocato come requisito necessario per essere eletto tra gli esponenti delle più alte cariche della magistratura. Essi sono: Articolo 104 Cost.: un terzo dei membri del Csm possono essere eletti tra professori ordinari universitari in materie giuridiche e avvocati con oltre 15 anni di esperienza. Articolo 106 Cost.: su designazione del Csm possono essere chiamati all'ufficio di consiglieri di Cassazione per meriti insigni professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati con oltre 15 anni di esperienza. Articolo 135 Cost.: i giudici della corte costituzionale possono essere scelti tra avvocati che abbiano esercitato la professione per almeno 20 anni.

(ii) Il riferimento costituzionale alla figura dell'avvocato che emerge con maggiore evidenza, seppur in maniera implicita, è quello dell'articolo 24 Cost. in tema di diritto di difesa.

Tale articolo, ai primi tre commi recita:

*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi (comma 1).*

*La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento (comma 2).*

*Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione (comma 3).*

Il diritto alla tutela giurisdizionale è un diritto inviolabile dell'uomo che la Costituzione garantisce ai sensi del comma 2. E' evidente, inoltre, che il diritto alla difesa comprendendo, oltre all'autodifesa, la difesa tecnica, implica la presenza necessaria di un avvocato.

La Corte Costituzionale si è espressa in tal senso sin dalle sue prime pronunce su questo tema, si legga infatti: *“Per cogliere il significato e la portata del diritto della difesa, con tanta energia proclamato dalla Costituzione come inviolabile in ogni stato e grado del procedimento, è necessario porre in relazione il diritto stesso con il riconoscimento del diritto, per ogni cittadino enunciato nella prima parte del medesimo art. 24, di potere agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. In questo modo si rende concreto e non soltanto apparente il diritto alla prestazione giurisdizionale, che è fondamentale in ogni ordinamento basato sulle esigenze indefettibili della giustizia e sui cardini dello Stato di diritto. Il diritto della difesa, pertanto, intimamente legato alla esplicazione del potere giurisdizionale e alla possibilità di rimuovere le difficoltà di carattere economico che possono opporsi (come si è detto nel comma 3o dello stesso art. 24) 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”*(Corte Cost. 8 marzo 1957, n. 46).

Con un'altra importante pronuncia la Corte Costituzionale ha stabilito 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 controversie ritenute di minore importanza ovvero a procedimenti penali per reati cosiddetti bagatellari la possibilità che la difesa venga esercitata esclusivamente dalla parte”* (Corte Cost. n. 125/1979).

Da questa pronuncia emerge come il diritto di difesa, oltre ad essere uno fra i diritti inviolabili per il cittadino rappresenta anche un diritto irrinunciabile. Ritornando al processo nei confronti dei capi delle Brigate Rosse davanti la Corte di Assise di Torno, quindi, ai Brigatisti non era riconosciuto il diritto di rinunciare alla difesa d'ufficio.

Il terzo comma dell'articolo 24 Cost. individua nel gratuito patrocinio e nella difesa d'ufficio gli strumenti per garantire la tutela anche ai non abbienti e manifesta, in questo modo, l'evidente necessità della difesa tecnica. Si è osservato anche che il gratuito patrocinio ha lo scopo di sollevare il professionista dall'obbligo di prestare assistenza gratuita in quanto l'articolo 24, comma terzo Cost. prevede che alla sua retribuzione vi provveda lo Stato. Emerge quindi dal testo costituzionale che la difesa tecnica e l'operato dell'avvocato oltre ad essere necessari debbano essere anche retribuiti.

Il diritto di difesa sancito dall'articolo 24 Cost. è poi strettamente collegato al diritto al contraddittorio garantito dall'articolo 111 Cost. che rappresenta l'aspetto sostanziale della difesa tecnica, in quanto consente alla parte di far valere le proprie ragioni in giudizio. Il terzo comma di tale articolo stabilisce che l'accusato "*disponga del tempo e delle condizioni necessarie per preparare la sua difesa*". Inoltre, gli ultimi due commi dell'articolo 111 Cost., prevedendo il ricorso in Cassazione contro i provvedimenti in tema di libertà personale e contro le decisioni del Consiglio di Stato, contengono implicitamente la presenza di un avvocato trattandosi di atti estremamente tecnici che possono essere redatti solo da un professionista qualificato.

Certo è comunque che un riferimento espresso e diretto alla "funzione" dell'Avvocato nella Costituzione Italiana non c'è.

### **3. Quali sono i riferimenti nel diritto dell'Unione Europea alla figura dell'avvocato?**

Anche i principi costituzionali dell'Unione Europea sanciscono la specialità della professione forense e la sua indispensabile strumentalità rispetto alla difesa in giudizio.

In particolare, sono due le sedi in cui viene sottolineata l'importanza del ruolo dell'avvocato:

#### ***Articolo 6 CEDU***

L'articolo 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, rubricato "*Diritto a un equo processo*", stabilisce: (i) al comma 1 che ogni persona ha il diritto "*a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge*"; (ii) al comma 3 prevede una serie di garanzie da assicurarsi all'accusato, fra cui "*(b) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; (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*".

Tale disposizione è importante perché esplicita che la difesa tecnica rappresenta

- (i) un contenuto imprescindibile del diritto di difesa,
- (ii) riconosce che la difesa tecnica debba essere affidata ad un avvocato e

- (iii) evidenza che l'attività dell'avvocato non è solamente oggetto di un diritto individuale ma è espressione di un interesse generale all'amministrazione della giustizia.

### **Articolo 47 Carta di Nizza**

#### Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale

*“Ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo (comma 1). Ogni individuo ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, preconstituito per legge (comma 2).*

*Ogni individuo ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia (comma 3).”*

Tale disposizione non menziona espressamente la figura dell'avvocato, tuttavia il secondo comma dell'articolo 47 corrisponde al primo paragrafo dell'articolo 6 CEDU; dal momento che il diritto di difesa là contemplato comporta anche l'assistenza di un avvocato, si deve ritenere che anche nella carta di Nizza trovi indiretto riconoscimento il ruolo svolto dall'avvocato.

**Articolo 48 Carta di Nizza** sancisce inoltre al secondo comma che *“il rispetto dei diritti della difesa è garantito ad ogni imputato”*.

#### **4. Qual è il “ruolo” dell'avvocato e quale il suo “ministero”?**

Il Codice di procedura civile dedica il Capo II del Titolo I (dall'articolo 82 all'articolo 87) alla disciplina dei difensori.

L'articolo 82 c.p.c. prevede che le parti possano stare *“in giudizio personalmente nelle cause il cui valore non eccede gli Euro 1.100. Negli altri casi le parti non possono stare in giudizio se non con il ministero o con l'assistenza di un difensore”*.

Tale articolo sancisce la necessaria intermediazione del difensore nel processo civile, il quale rappresenta una condizione necessaria per l'esercizio dell'azione della parte nel processo, fatte salve alcune circoscritte eccezioni.

L'articolo 84 c.p.c., rubricato “*poteri del difensore*” invece, dispone: “*Quando la parte sta in giudizio col ministero del difensore, questi può compiere e ricevere, nell'interesse della parte stessa, tutti gli atti del processo che dalla legge non sono ad essa espressamente riservati. (comma 1). In ogni caso non può compiere atti che importano disposizione del diritto in contesa, se non ne ha ricevuto espressamente il potere (comma 2).*”

### **Origine del termine “ministero”**

Sino all'emanazione della L. 27/1997, con la quale è stato soppresso l'albo dei procuratori legali, l'ordinamento italiano riconosceva l'esistenza di due distinte figure: il procuratore e l'avvocato. A queste due figure professionali erano riconducibili due distinte attività: l'attività del procuratore era definita “*ministero del procuratore*” e quella dell'avvocato “*assistenza dell'avvocato*”. Il ministero consisteva nel potere di compiere e ricevere in nome della parte tutti gli atti del processo ai sensi dell'articolo 84 c.p.c.; l'assistenza dell'avvocato consisteva nel mero svolgimento delle difese a favore della parte nel tentativo di determinare il convincimento del giudice.

Si osservava da tempo, tuttavia, che tale distinzione fosse priva di rilevanza pratica, dal momento che le due figure del procuratore e del difensore in genere erano assunte dalla medesima persona siccome la legge consentiva al procuratore di svolgere anche le funzioni dell'avvocato.

Con la soppressione dell'albo dei procuratori legali, le due figure professionali sono state unificate nella figura dell'avvocato.

Analizzando il valore etimologico del termine “ministero”, si evince che *minister* deriva da *minus* più il suffisso *ter* che significa *il più piccolo*, in evidente contrapposizione con *magister* che significa il più grande.

Nel linguaggio evangelico appare per la prima volta l'affermazione secondo cui solo chi sa porsi al servizio degli altri sa farsi *minister omnium* e può essere dotato di autorità e potere.

In questo modo il termine “*ministero*” ha iniziato a significare non solo “servizio” ma anche “ufficio” socialmente e moralmente elevato, svolto con spiccato senso del dovere.

## **5. Quali Costituzioni europee contengono riferimenti alla figura dell'avvocato?**

- Costituzione tedesca: l'articolo 74 della Costituzione Tedesca è estremamente laconico stabilendo che “*l'avvocatura è materia di legislazione concorrente*”.

- Costituzione francese: l'articolo 65 della Costituzione francese prevede che un avvocato faccia parte del *Conseil superieur de la magistrature*.
- Costituzione spagnola: gli articoli 122 e 159 stabiliscono che i componenti del Consiglio Superiore del potere giudiziario e del tribunale Costituzionale sono scelti anche fra avvocati.
- Inoltre l'articolo 17 garantisce al detenuto l'assistenza di un avvocato nel corso delle indagini di polizia e giudiziarie.
- Costituzione greca: l'articolo 99 prevede la presenza di due avvocati nel Tribunale Speciale chiamato a giudicare dei reati commessi dai magistrati nell'esercizio delle loro funzioni.
- Costituzione Portoghese: gli articoli 20 e 32 della Costituzione portoghese stabiliscono che tutti hanno diritto al patrocinio in giudizio e a farsi accompagnare da un avvocato innanzi a 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 in casi in cui l'assistenza dell'avvocato è obbligatoria

Infine, l'articolo 105 della Costituzione tunisina stabilisce che *“la professione dell'avvocato è libera e indipendente. Essa contribuisce alla realizzazione della giustizia e alla difesa dei diritti e delle libertà. [...] L'avvocato beneficia delle garanzie di legge che ne assicurano la protezione e gli consentono di esercitare le sue funzioni”*.

## **6. Dove viene sancita la libertà professionale dell'avvocato?**

Uno degli aspetti più importanti dell'attività dell'avvocato è la necessità che svolga il proprio operato in autonomia e indipendenza. Un riferimento alla libertà dell'avvocato si può rinvenire nella Legge Professionale Forense n. 247/2012, la quale ha enunciato una serie di principi irrinunciabili nell'esercizio della professione legale fra i quali spiccano i valori della libertà, dell'indipendenza, dell'autonomia.

L'articolo 2 della L. 247/2012 definisce l'avvocato come *“un libero professionista”* che opera in libertà, autonomia e indipendenza e ha la funzione di *“garantire al cittadino l'effettività della tutela dei diritti”*.

L'articolo 3 della medesima legge dispone al primo comma che *“l'esercizio dell'attività dell'avvocato deve essere fondato sull'autonomia e sulla indipendenza dell'azione professionale e del giudizio intellettuale”*. Prosegue al secondo comma *“la professione forense deve essere esercitata con indipendenza, lealtà, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza”*.

L'articolo 4 prevede, inoltre, che la professione forense possa essere esercitata individualmente o con la partecipazione ad associazione tra avvocati e che la *“partecipazione ad 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”*.

Altri riferimenti alla libertà dell'avvocato si rinvengono all'interno del Codice Deontologico Forense.

Ad esempio l'articolo 9 del Codice Deontologico Forense, rubricato *“Doveri di probità, dignità, decoro e indipendenza”*, stabilisce al primo comma che *“l'avvocato deve esercitare l'attività professionale con indipendenza, lealtà, correttezza, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo costituzionale e sociale della difesa, rispettando i principi della corretta e leale concorrenza”*.

Inoltre l'articolo 24 del Codice Deontologico Forense, rubricato *“Conflitto di interessi”*, sancisce al secondo comma che *“l'avvocato nella sua attività professionale deve conservare la propria indipendenza e difendere la propria libertà da pressioni o condizionamenti di ogni genere, anche correlati a interessi riguardanti la propria sfera personale”*.

## **7. L'avvocato è tenuto ad una precisa responsabilità “sociale”?**

Parlare di responsabilità sociale dell'avvocato significa sottolineare che la professione dell'avvocato non consiste in una libera professione in cui il professionista è solamente al servizio del proprio cliente, bensì significa porre ulteriormente l'accento sulla funzione pubblica che l'avvocato riveste. Al contempo significa esaltare la funzione della professione quale attuazione del diritto costituzionale di difesa, a sua volta funzionale alla salvaguardia ed alla realizzazione dei diritti fondamentali della persona.

Gli avvocati, nell'esercizio della professione, sono tenuti infatti tenuti al rispetto di un'etica professionale costituita dai canoni deontologici e dai doveri e dalle responsabilità verso gli altri per la tutela dei diritti umani e fondamentali.

Un riferimento alla responsabilità sociale dell'avvocato si può rinvenire all'articolo 1 del Codice di deontologia degli avvocati europei; tale articolo afferma che: *“L'avvocato ha il dovere non solo di difendere la causa del proprio cliente ma anche di essere il suo consigliere.*



*Il rispetto della funzione professionale dell'avvocato è una condizione essenziale dello Stato di diritto e di una società democratica. La funzione dell'avvocato gli impone vari doveri e obblighi (a volte, apparentemente, tra loro contraddittori), verso:*

- il cliente;*
- i giudici e le altre autorità innanzi alle quali l'avvocato assiste o rappresenta il cliente;*
- l'avvocatura in generale e ogni collega in particolare;*
- il pubblico, per il quale una professione liberale e indipendente, legata al rispetto delle regole che essa stessa si è data, rappresenta uno strumento fondamentale per la salvaguardia dei diritti dell'uomo nei confronti dello Stato e degli altri poteri nella società.”*

Un secondo riferimento al concetto di “responsabilità sociale” si trova all'interno del Codice Deontologico Forense all'articolo 23 commi 4, 5 e 6, là dove prescrivono che:

*4. L'avvocato non deve consigliare azioni inutilmente gravose.*

*5. L'avvocato è libero di accettare l'incarico, ma deve rifiutare di prestare la propria attività quando, dagli elementi conosciuti, desuma che essa sia finalizzata alla realizzazione di operazione illecita.*

*6. L'avvocato non deve suggerire comportamenti, atti o negozi nulli, illeciti o fraudolenti.*

Questa norma sottintende che il comportamento dell'avvocato deve sempre essere corretto e leale e non può consentire che la propria professionalità sia al servizio di attività illecite.

\*\*\*\*

Dal rifiuto della prestazione di cui al comma 5 prima citato, alla “*collaborazione attiva*” della legge antiriciclaggio che impone invece di segnalare il cliente in caso di “operazioni sospette”: un bilanciamento (im)possibile?

## **8. Quali riforme?**

Il Consiglio Nazionale Forense si è interrogato sull'opportunità che la Costituzione contenga un riferimento esplicito all'Avvocatura, di conseguenza, maggiormente chiaro e completo.

Sebbene la Costituzione faccia un evidente riferimento alla funzione dell'avvocato, tale riferimento rimane implicito, il Cnf pertanto ha avanzato una proposta di modifica – approvata dal Cnf in data 13 febbraio 2018 - dell'articolo 111 Cost. volta a rafforzare il ruolo dell'Avvocato e a sottolinearne la libertà e autonomia nell'operato.

Rispetto alle precedenti proposte di modifica<sup>1</sup> dell'articolo 111 Cost., la proposta del Cnf limiterà la revisione alle sole previsioni concernenti strettamente l'avvocatura, tralasciando gli altri profili relativi al funzionamento della giustizia e cercherà di dare rilievo al ruolo pubblicisticamente rilevante svolto dall'avvocatura nel rispetto della natura libera della professione.

Il Cnf propone di inserire dopo i primi due commi dell'art. 111 Cost. 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 esponenziale 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).

---

<sup>1</sup> Le precedenti proposte di legge costituzionale sono riferibili, la prima, all'on. Pecorella del 26 giugno 2009 che mirava ad introdurre nel Titolo IV della Costituzione, rubricato “*La Magistratura*” la Sezione 1bis denominata Avvocatura e composta da due norme, mentre la seconda proposta di modifica del 15 dicembre 2009 è riferibile al senatore Pera.