

Brevi cenni sull'avvocato nella Costituzione e sulle opportunità della Costituzione per l'avvocato

Avv. Fabio Demofonti

1 – In epoca recente il CNF ha proposto una «riflessione sull'opportunità di una maggiore chiarezza e completezza del riferimento costituzionale all'avvocatura», ottenibile inserendo nella Costituzione un esplicito riconoscimento dell'avvocato e della sua attività¹.

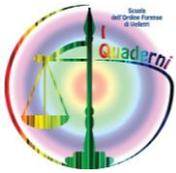
L'attenzione rivolta al tema non deve indurre a ritenere che con esso si ponga la questione dell'attribuzione di rilevanza costituzionale all'avvocato, già sancita nella Carta, come evidenzia lo stesso brano riportato.

L'invito del CNF suscita tuttavia il tentativo di individuare i contenuti profondi di tale rilevanza, allo scopo di contribuire a delineare un'idea dell'avvocato che da essa origini e, per questo tramite, a individuare alcune conseguenze di quell'idea.

2 – La Costituzione menziona esplicitamente gli avvocati negli articoli 104, 106 e 135, senza ivi considerare la figura in senso assoluto.

¹ Consiglio Nazionale Forense, L'avvocatura e la Costituzione, in <https://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/421578/L%27avvocatura+e+la+Costituzione>.

Attualmente, risultano assegnati tre progetti di modifica della Costituzione incentrati sull'introduzione di norme variamente inerenti l'attività, il ruolo e la funzione dell'avvocato (C. 1719, C. 2396 e S. 1199).



Gli avvocati di data esperienza professionale sono stati chiamati a partecipare all'organo di autogoverno della magistratura e a ricoprire uffici di alta giurisdizione.

L'avvocato esperto è il giurista, al pari del giudice e del professore universitario in materie giuridiche, ammesso a partecipare alle massime attività di interpretazione ed applicazione del diritto e nell'amministrazione di chi istituzionalmente svolge tale funzione: in sintesi, nella giurisdizione.

La costituzionalizzazione esplicita dell'avvocato valorizza dunque il suo possesso di un sapere formato nella pratica del diritto.

Affiora un primo nucleo di rilevanza della figura.

In un contesto normativo riguardante la più elevata giurisdizione il giurista pratico è stato distinto dal teorico professore universitario ma anche dal magistrato, sebbene con quest'ultimo egli condivida il contatto quotidiano col fenomeno giuridico concreto.

Si può ritenere che i Costituenti abbiano voluto l'apporto peculiare che solo l'avvocato esperto è in grado di fornire alla giurisdizione.

La Costituzione ha incluso il professionista legale nel perimetro della giurisdizione perché egli vi recasse il proprio precipuo saper fare nel campo del diritto, connotato, secondo comune nozione, non di sole conoscenze teoriche ma di capacità diverse (interpretare, argomentare, persuadere, comunicare, valutare, dialogare, mediare) che conferiscono alla figura un punto di vista identitario del campo giuridico, imprescindibile nel momento di applicazione (e, sotto tale profilo, di formazione) delle regole di convivenza.

L'avvocato con anni di esercizio professionale è formula (certo non applicabile alla figura dell'avvocato *tout court* ma) mediante la quale appare costituzionalizzato un particolare spazio di farsi del diritto, per occupare il quale solo un avvocato ha i requisiti occorrenti.

La rilevanza esplicita dell'avvocato nella Costituzione ha ulteriori aspetti.



L'esperto forense del diritto compare nella Carta anche perché si è inteso fruire delle sue specificità in un contesto *lato sensu* politico.

Le disposizioni costituzionali citate, stabiliscono che gli avvocati esperti possano comporre organi o ricoprire uffici per effetto di atti direttamente o indirettamente imputabili, col meccanismo della rappresentanza, a quel popolo cui appartiene la sovranità².

In sintesi, può ritenersi che l'avvocato esplicitamente costituzionalizzato è il giurista pratico esperto, come tale agente e garante di democrazia.

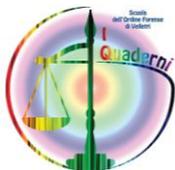
Il principio democratico sovrasta anche la giurisdizione, e lo fa anche tramite l'esperienza peculiare dell'avvocato nei contesti nei quali essa è stata ritenuta necessaria.

3 – Oltre a quella esplicita – e con essa intimamente connessa – esiste una rilevanza che la Costituzione attribuisce implicitamente al professionista legale³, agli artt. 24 e 111.

Un breve inciso appare opportuno.

² Esempio centrale, l'art. 104, comma 4, Cost., Nel dibattito costituente sul tema dell'indipendenza della magistratura si è posta la questione dell'organo di autogoverno della stessa. La tesi della necessità che esso fosse formato solo di magistrati per sottrarlo a ingerenze del potere politico-partitico si è contrapposta a quella di chi vedeva in una tale composizione il rischio di creare una casta chiusa e slegata dalla vita della società. Il compromesso è consistito nella previsione di una componente laica, incarnata da appartenenti a categorie qualificate per esperienza e cultura giuridiche. Nella prospettiva dell'avvocato, è possibile una lettura di quanto precede: il dato dell'esperienza professionale si giustifica in funzione del prestigio e delle attività del CSM ma è anche filtro selettivo di componenti voluti nell'organo a presidio di democrazia e sovranità popolare. Analoghe considerazioni in ordine all'art. 135, comma 2, Cost. Nella discussione del testo si è posta la questione di quale natura dovesse riconoscersi alla Corte Costituzionale, se organo soltanto tecnico-giuridico o anche politico. Per connessione, il dibattito ha riguardato altri temi: chi potesse far parte della Corte stessa (solo tecnici, solo politici, entrambi) e chi dovesse sceglierne i componenti (solo i magistrati o i rappresentanti del popolo). Anche in questo caso l'avvocato con anni di esercizio è espressione della duplice istanza, tecnica (avere nella Corte il giurista pratico di peso per il contributo specifico che reca con sé) e di sistema (avere nella Corte un presidio, come sopra, di democrazia e sovranità).

³ L'espressione già in Corte cost. 3 aprile 1968, n. 23. Più estesamente in Corte cost. 4 giugno 1975, n. 137: «La qualità di professionista legale è il riflesso soggettivo di una disciplina a cui sottostanno interessi pubblici o collettivi».



La Carta si inquadra in quella «età dei diritti» nella quale si fa esperienza della tutela dalla parte del governato anziché da quella del governante e dalla parte dell'individuo come tale anziché come parte di un tutto (lo Stato, la collettività, la società)⁴. Diritti che non sono soltanto quelli espressi ma anche quelli desumibili dalle norme fondamentali esplicite, attraverso un'opera costante di adeguamento interpretativo del testo all'evoluzione della società.

Fermo ciò, la Costituzione ha strutturato la garanzia di libertà, dignità e «pieno sviluppo della persona umana» (art. 3, comma 2, Cost.) anche sul pilastro della possibilità per tutti di tutelare i propri diritti ovvero, più ampiamente, le proprie posizioni soggettive giuridicamente rilevanti.

La formula dell'art. 24, comma 1, Cost. presenta, agli estremi, i soggetti e per l'appunto le loro posizioni giuridiche con, al centro, il giudizio quale luogo di realizzazione dello scopo perseguito e assicurato, la tutela.

Quest'ultima è accadimento del giudizio e nel giudizio.

Sotto il primo profilo essa significa il risultato dell'agire, come prodotto della funzione del giudicante; sotto il secondo, allude alla ragione intrinseca (la protezione) dell'agire, e consiste nella funzione di chi difende.

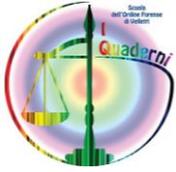
Di qui il legame inestricabile della garanzia di libertà di agire con il diritto di difesa e l'ingresso implicito della figura dell'avvocato nel tessuto costituzionale.

Con e per le sue competenze, egli rende effettiva la tutela nel giudizio⁵ nel quale (fermo l'apporto del privato alla propria difesa⁶ e fatta eccezione per le vicende di minore rilievo giuridico, per le quali quest'ultimo ha solo facoltà di farsi assistere,

⁴ N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 2014.

⁵ In piena linea l'art. 2, comma 2 della «Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense» (l. 31 dicembre 2012, n. 247): «L'avvocato ha la funzione di garantire al cittadino l'effettività della tutela dei diritti». La difesa tecnicamente qualificata è messa in rapporto con l'effettività della tutela giurisdizionale, tra altre, in Corte cost. 25 settembre 2019, n. 234. Così Corte cost. 21 maggio 2014, n.157: «l'assistenza del difensore costituisce il normale presidio per l'esercizio effettivo del diritto di difesa garantito dall'art. 24 Cost.».

⁶ Sull'autodifesa, Corte cost. 23 aprile 1975, n. 99 e Corte cost. 16 dicembre 1997, n. 421.



nonché per quelle in cui esigenze particolari chiamino a non imporre la presenza dell'avvocato pur non impedendola⁷) è chiamato, senza che se ne possa prescindere⁸, a esercitare la funzione di difesa tecnica⁹, nell'ambito più ampio della difesa costituzionalmente sancita quale diritto inviolabile¹⁰.

Con l'art. 24 Cost., l'art. 111 Cost., che del primo è corollario, inserisce a pieno titolo l'avvocato nella giurisdizione¹¹.

Poiché questa deve attuarsi secondo i principi stabiliti (contraddittorio, parità tra le parti, giudice terzo e imparziale) l'avvocato, in quanto professionista tecnicamente in possesso di strumenti di verifica, è *naturaliter* investito della funzione di controllo del loro rispetto.

E poiché quei principi sono le condizioni strutturali in presenza delle quali la giurisdizione funziona correttamente, l'avvocato è, altrettanto *naturaliter*, fattore di corretto funzionamento della giurisdizione stessa.

Certo, egli non è solo in queste vesti ma condivide la scena giurisdizionale con il magistrato, chiamato agli stessi ruoli.

È innegabile, tuttavia, che solo quest'ultimo incarna un potere statale, indipendente e autonomo, capace di atti incidenti sulla vita di individui e comunità.

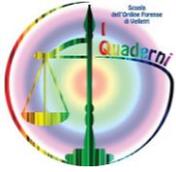
⁷ Corte cost. 8 maggio 1995, n. 160: «in generale il diritto di difesa in senso ampio non si identifica con la indefettibile assistenza del difensore (...) potendo essere sufficiente, in procedimenti più snelli, la possibilità di interloquirvi assicurata al soggetto coinvolto».

⁸ Storica è Corte cost. 3 ottobre 1979, n. 125. Di rilievo anche Corte cost. 26 ottobre 1989, n. 125. Nella giurisprudenza di legittimità, si segnala la recente Cass. 18 giugno 2021, n. 35008.

⁹ Nella giurisprudenza costituzionale è costantemente riconosciuto il legame tra la tutela dei diritti e la difesa tecnica. Ad esempio, in Corte cost. 26 marzo 1984, n. 80, nella quale – con richiamo di altre decisioni – si è affermata «l'essenzialità della difesa tecnica ai fini del rispetto dell'art. 24 della Costituzione» (in termini anche Corte cost. 10 aprile 2002, n. 120).

¹⁰ Corte cost. 17 giugno 2013, n. 143: «la garanzia costituzionale del diritto di difesa comprende la difesa tecnica».

¹¹ Fin da Corte cost. 8 marzo 1957, n. 46 si è affermato «il diritto della difesa (...) intimamente legato alla esplicazione del potere giurisdizionale» ritenendosi che «il compito della difesa assume una importanza essenziale nel dinamismo della funzione giurisdizionale, tanto da poter essere considerato come esercizio di funzione pubblica» (in termini simili Corte cost. 8 novembre 1979, n. 127 e Corte cost. 27 maggio 1996, n. 175). In Corte cost. 3 aprile 1968, n. 23 si qualificano gli «esercenti la professione forense» come «collaboratori essenziali degli organi della giurisdizione».



Il che, da un lato, pone il giudice, in certo senso, nella posizione del controllore tenuto a controllare sé stesso (con ciò che potrebbe negativamente conseguire sull'efficacia di quel controllo) e, da un altro, impone la presenza di altro controllore, che possa dall'esterno sorvegliare che la giurisdizione si svolga rispettando le regole costituzionalmente poste.

Col termine «esterno» all'istituzione statale si vuole intendere qui il contesto in cui anch'essa opera, ovvero la comunità che integra e qualifica la Repubblica ai sensi dell'art. 1 Cost.¹².

È dunque ribadita, nell'ambito della giurisdizione, la connotazione dell'avvocato quale presidio democratico, garanzia dell'osservanza delle norme dalla parte di quella comunità e degli individui che la formano

3 – Quanto appena osservato, conduce a un'ulteriore riflessione.

Si è spesso menzionata la funzione sociale dell'avvocato¹³ per intendere la prospettiva del suo operato, difensivo in senso ampio, rivolta all'interesse generale.

Ove si condivida quanto fin qui rilevato, è possibile cogliere nella Costituzione una suggestione ulteriore, la presenza di un valore che impronta l'attività forense.

Soccorre il dato linguistico.

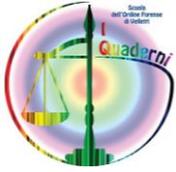
L'aggettivo «sociale» deriva dal termine latino *socius*, variamente traducibile come «compagno», «complice», «socio» in un affare, «alleato», «confederato».

Espressioni originanti diverse idee: qualcuno che condivide qualcosa con altri (*cum panis* o *cum pagus*), che partecipa a qualcosa con altri (*cum plicus*, in senso di piegare insieme o avvolgere), che si è legato (*alligare*) ad altri.

Tratti di senso evocativi di comunanza tra soggetti.

¹² In questo senso, il controllo dall'esterno che si appunta sulla figura dell'avvocato non implica questioni di equilibrio tra poteri ma integra una modalità di applicazione della legge cui anche i giudici sono soggetti.

¹³ Espressamente nella formula di impegno solenne, di cui all'art. 8, l. n. 247/2012.



In questa direzione, la funzione sociale dell'avvocato è allora, in *nuce*, quella di accomunarsi al difeso, mettersi, per l'appunto, dalla sua parte, per controllare che siano rispettate le regole e affinché egli sia assicurato di ciò.

4 – Il fatto che l'approfondimento della Costituzione restituisca un'immagine poliedrica dell'avvocato – giurista pratico, presidio di democrazia, titolare della difesa tecnica, garante del giusto processo, fattore di corretto funzionamento della giurisdizione, *pro parte e sub lege*¹⁴ – ha molteplici conseguenze, cui qui si farà solo brevissimo e incompleto cenno.

Oggi, ricollegandomi all'esordio di queste considerazioni, la prima di esse può ritenersi quella dell'opportunità che nella Carta siano affermate espressamente le garanzie indispensabili, si potrebbe dire, per l'effettività dell'avvocato.

Nell'epoca della riforma ciclica dei processi, sintomatica di una patologia della giurisdizione ma anche degli interventi correttivi che l'hanno riguardata, l'esplicitazione di quelle garanzie sarebbe segnale di concreta opera di ri-formazione della giustizia.

In questo quadro, l'avvocato potrà effettivamente essere tutto quanto sopra si è rinvenuto nella sua figura costituzionalizzata se ne saranno affermati in modo solenne la titolarità della difesa tecnica¹⁵, l'autonomia, la libertà, l'indipendenza¹⁶.

Quest'ultima, in particolare, appare altamente significativa.

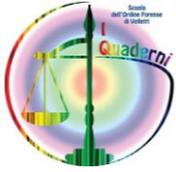
I termini indipendenza e indipendente sono utilizzati nella Costituzione soltanto nella disciplina riguardante organi giudicanti. Per questi, in quanto agenti di un potere statale, la non-dipendenza è fattore di equilibrio del potere esercitato rispetto agli altri poteri sovrani, la non-soggezione ai quali ne esclude la possibilità di ingerenza.

In riferimento all'avvocato non è certo questo il senso dell'espressione.

¹⁴ In questo senso la già menzionata formula di impegno solenne, di cui all'art. 8, l. n. 247/2012 e il principio del dovere di fedeltà, di cui all'art. 10 del Codice Deontologico Forense.

¹⁵ Anche oltre il processo: si pensi agli strumenti di c.d. ADR

¹⁶ Libertà e indipendenza dell'avvocato sono i tratti comuni alle tre proposte parlamentari di modifica della Costituzione (*supra*, nota n. 1).



Piuttosto, l'affermazione di indipendenza significa la sua dipendenza dalla Carta, come non-soggezione (non di un'istituzione forense bensì) dei valori rientranti nel prisma di rilevanza costituzionale dell'avvocato (libertà di agire in giudizio, diritto inviolabile alla difesa, giusto processo, uguaglianza, libero sviluppo della persona, funzione sociale e democratica).

Il professionista legale indipendente fonderebbe direttamente sulla Costituzione, in funzione di quei valori, lo statuto della sua attività, integrato da una varietà di posizioni (senza pretesa di esaustività: titolarità della scelta tecnica, dovere di mantenere decoro e alto grado di preparazione, non assoggettabilità a regole di mercato o a costrizioni in genere).

Il professionista legale, nell'immagine scaturente dalla Carta, deve poi improntare la propria condotta al rispetto delle regole di deontologia professionale, da considerarsi idealmente al rango di norme attuative del dettato costituzionale.

Ancora, il compenso dell'avvocato non può in alcun caso essere tale da offenderne la professionalità, non dovrebbe essere determinato nell'esercizio della funzione giurisdizionale e dovrebbe, invece, essere finalizzato a escludere il verificarsi di situazioni di soggezione.

Altra nota consequenziale della costituzionalizzazione dell'avvocato, attuale e in prospettiva, è il richiamo alla cura integrale della citata professionalità, certamente sotto i noti aspetti della diligenza e dell'aggiornamento ma anche in forma di attribuzione di uno spazio esclusivo della formazione dei giuristi forensi.