

GIOVANNI COMAZZETTO - FRANCESCA DONÀ

L'AVVOCATO E IL DIRITTO DI DIFESA  
NELLA COSTITUZIONE E NELLA CEDU



---

Isbn 9788828851332

*Estratto dal volume:*

**ETICA, DEONTOLOGIA E TECNICA  
DELL'AVVOCATO**

a cura di  
Giuseppe Bergonzini, Lorenzo Locatelli e Giovanna Tieghi

2023

# L'AVVOCATO E IL DIRITTO DI DIFESA NELLA COSTITUZIONE E NELLA CEDU

di *Giovanni Comazzetto e Francesca Donà* (\*)

**SOMMARIO:** 1. Le premesse. — 2. Il linguaggio della Costituzione. — 2.1. Il dato letterale: indice della professionalità dell'avvocato. — 2.2. L'art. 24: nella sostanza della professione forense. — 2.3. Ciò che (forse) è assente: sul riconoscimento della funzione socio-costituzionale dell'avvocato. — 3. L'avvocato e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo: i confini della libertà di espressione. — 4. Conclusioni.

## 1. Le premesse.

Ragionando circa il ruolo dell'avvocato nel sistema giudiziario non si può prescindere da come questi sia raffigurato nella Carta costituzionale e nelle altre fonti di pari livello; v'è da chiedersi, dunque, come la Costituzione delinea la funzione dell'avvocato e quale sia il compito che la medesima gli riserva.

Ciclicamente, la categoria forense, per il tramite dei propri rappresentanti, chiede che la funzione svolta dall'avvocato venga inserita espressamente nella Carta costituzionale. Per fare un esempio concreto, nel 2018, il Consiglio Nazionale Forense ha proposto, nell'ottica di un generale rafforzamento del ruolo dell'avvocato nella Costituzione, una modifica dell'art. 111, che andasse nel verso del riconoscimento della funzione pubblica dell'avvocatura, senza che questa smarrisca la natura di libera professione <sup>(1)</sup>.

---

(\*) Il presente scritto è frutto di una riflessione comune dei due autori. Nondimeno, i §§ 1 e 2 vanno attribuiti a Francesca Donà; i §§ 3 e 4 vanno attribuiti a Giovanni Comazzetto.

<sup>(1)</sup> Il testo della proposta di riforma dell'art. 111 è stato pubblicato nel sito ufficiale del CNF [www.consiglionazionaleforense.it](http://www.consiglionazionaleforense.it) ed è il seguente: “*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*

L'istanza di "riconoscimento" scaturisce, probabilmente, da diversi fattori socio-giuridici: *in primis*, la crisi del sistema giudiziario e, in seconda battuta, le difficoltà che l'avvocatura sta attraversando nell'ultimo decennio, sia sotto il profilo strettamente professionale, sia dal punto di vista del ruolo sociale dell'avvocato.

Al di là del disposto costituzionale, di cui si darà conto a breve, la giurisprudenza della Corte si è sostanzialmente concentrata sul ruolo dell'avvocato come soggetto "attuatore", in concreto, del diritto di difesa del singolo e, in particolar modo, sulla natura tecnico-professionale della medesima. Invece, ciò su cui si vorrebbe riflettere è rappresentato da altri eventuali profili concernenti la funzione forense, in particolar modo quello connesso al ruolo sociale dell'avvocato o, meglio, alla funzione costituzionale dell'avvocato, che non può essere intesa solamente come garanzia della presenza di un difensore in un qualsiasi giudizio, ma come vero e proprio presidio delle libertà costituzionalmente garantite.

## 2. Il linguaggio della Costituzione.

### 2.1. *Il dato letterale: indice della professionalità dell'avvocato.*

In Costituzione il termine "avvocato" compare quattro volte: l'art. 104, co. 5, individua tra i componenti del Consiglio Superiore della Magistratura, eletti dal Parlamento in seduta comune, "*i professori ordinari di università in materie giuridiche*" e gli "*avvocati dopo quindici anni di esercizio*"; l'art. 106, co. 3, nel designare i consiglieri di Cassazione, specifica che i medesimi possano essere scelti, per meriti insigni, tra "*i professori ordinari di università in materie giuridiche e avvocati e che abbiano quindici anni d'esercizio e siano iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori*"; l'art. 135, co. 2, chiosa, inoltre, che "*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*" e continua, al co. 6, specificando che tale ufficio "*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*".

Il quadro delineato esprime un dato significativo per quanto riguarda la professionalità riconosciuta alla funzione dell'avvocato: molti tra gli uffici più autorevoli della Repubblica sono riservati a chi esercita la professione

---

*determina anche le sue altre attribuzioni. Contro le sue decisioni è ammesso il ricorso per cassazione*" (comma 5).

forense, con un notevole grado di esperienza. Tale scelta consente di individuare una specifica direzione, ossia quella percorsa dall'Assemblea costituente, che palesa due prospettive, dialoganti tra loro: una prima che esalta la professione dell'avvocato nella concomitanza di alcune fondamentali opzioni politico-istituzionali, e una seconda che consente di allacciare il rapporto fra magistratura e avvocatura nella macro-ottica dell'amministrazione della giustizia.

Sotto questo profilo, infatti, vale la pena ricordare le parole dell'On. A. Bozzi alla seduta del 12 novembre 1947: *“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 impegnata a servir la giustizia, è giusto che l'avvocato designato sia all'alta funzione dopo una vita spesa a servir la giustizia”* (2). Da tale affermazione emerge chiaramente come la figura dell'avvocato non possa essere circoscritta all'immagine a cui viene continuamente associata: l'avvocato è uno degli attori essenziali del sistema giustizia, tant'è che il medesimo viene identificato come il soggetto idoneo, per il percorso svolto, a ricoprire ruoli di estrema responsabilità e sensibilità istituzionale, i quali — solitamente — vengono svolti da soli magistrati.

## 2.2. *L'art. 24: nella sostanza della professione forense.*

Vi è, poi, un riferimento — seppur testualmente implicito, ma molto più pregnante — al ruolo dell'avvocato nella disposizione di cui all'art. 24, co. 2, il quale, sancendo il diritto di difesa, specifica che esso è un *“diritto inviolabile, in ogni stato e grado del procedimento”*, tant'è vero che *“Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione”*. Occorre, dunque, partire da tale assunto per procedere nella riflessione costituzionale volta a meglio comprendere quale sia la funzione dell'avvocato nella trama costituzionale: ed, invero, come si anticipava nelle premesse, la giurisprudenza ha avuto cura di soffermarsi più volte sul rapporto che intercorre tra la funzione forense e il diritto di difesa.

C'è una pronuncia del 1979 che spiega bene la finalità essenziale contenuta nell'art. 24, ossia *“garantire a tutti la possibilità di tutelare in giudizio le proprie ragioni”* (par. 3), specificando che, seppur con esplicito riferimento ai procedimenti penali, *“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*

(2) Atti. Ass. Cost., vol. IX, p. 1979.

*difesa venga esercitata esclusivamente dalla parte*" <sup>(3)</sup>: tale sottolineatura è volta a ribadire che, considerata la delicatezza, l'essenzialità e l'importanza dell'esercizio del diritto di difesa, il medesimo deve essere svolto da soggetti che abbiano intrapreso un determinato percorso professionale, il quale consenta loro di fornire un'assistenza tecnica.

La sola circostanza, dunque, che nell'ordinamento costituzionale sia assicurato il diritto di difesa comporta che quest'ultimo debba rappresentare una prestazione di natura tecnico-giuridica (anche se, in ipotesi specifiche, minimali, individuate dal legislatore, è ammessa la difesa in proprio). Sotto questa lente, vale la pena ricordare che, nel 1957, la Corte costituzionale ha 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 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 (...)"* <sup>(4)</sup>. Se, alla metà del secolo scorso, tali considerazioni, erano scolpite a chiare lettere nella giurisprudenza della Corte, oggi sembra che sia necessario il recupero di una tale concezione, che si ricordi che, per l'appunto, l'esercizio della professione forense è assimilabile ad una vera e propria funzione pubblica.

L'*"inderogabile necessità della presenza attiva del difensore"* rappresenta, dunque, qualcosa in più rispetto al diritto di difesa e al diritto di difesa tecnico-professionale, poiché configura un modo d'essere della Repubblica, che assicura, ai suoi cittadini, la possibilità di far valere i loro diritti, non solo nei confronti dei loro eguali, ma anche nei confronti del potere pubblico.

### 2.3. *Ciò che (forse) è assente: sul riconoscimento della funzione socio-costituzionale dell'avvocato.*

Rileggendo, dunque, le disposizioni costituzionali e tenendole bene a mente nel posare lo sguardo sulla realtà di oggi, sulla società odierna, sul modo di intendere la professione forense, forse verrebbe da aggiungere alcune riflessioni.

Infatti, la prospettiva pubblicista del ruolo dell'avvocato cui, normalmente, si accenna, vede quest'ultimo partecipe — anche attivamente — della

<sup>(3)</sup> Corte Cost., sent. n. 125/1979.

<sup>(4)</sup> Corte cost., sent. n. 46/1957.

funzione giurisdizionale. Tale affermazione, tuttavia, non tiene conto dei *mala tempora*. Ciò che (probabilmente) non meriterebbe di essere dimenticato è che l'avvocato ha il compito di svolgere un ruolo di presidio di libertà contro gli eventuali soprusi posti in essere dalle autorità: tale profilo non può essere considerato secondariamente e, anzi, meriterebbe un maggior respiro all'interno della Carta costituzionale. In poche parole, se il cittadino ha la possibilità di difendersi, estrapolando una diversa interpretazione delle disposizioni (una diversa *norma*) — e non conformandosi, dunque, alla lettura maggioritaria, — tale facoltà gli viene accordata grazie al ruolo riconosciuto all'avvocato dall'ordinamento.

Non solo. Nel tempo odierno, l'avvocato è stato chiamato ad affrontare nuove sfide: la funzione deflattiva del contenzioso, legata agli strumenti come la mediazione o la negoziazione assistita, verrebbe ridotta allo zero, se non incontrasse professionisti forensi in grado di dar corpo ad essa. In tali contesti, l'avvocato sperimenta e applica nuovi metodi, nuove tecniche, entrambi legati ai concetti di equità e giustizia sostanziale, esaltando la bontà nell'individuare il giusto mezzo delle pretese delle parti. Perciò, se si discorre circa la professione forense non è possibile oggi trascurare tali profili, che sono diventati “pane quotidiano” del lavoro dell'avvocato.

Ma v'è anche un altro aspetto da considerare, quello di stampo più marcatamente socio-politico: proprio per la funzione che essa svolge, l'avvocatura è in grado, infatti, di restituire certi parametri sulla “*condizione di salute*” della Repubblica e di suggerire alcuni spunti utili per sbrogliare talune problematiche. L'avvocato, dunque, può fungere da “*termometro*”, relativamente a situazioni, fatti, circostanze con cui egli stesso ha a che fare quotidianamente. Ed essendo, inoltre, dotato delle competenze tecnico-giuridiche necessarie, il professionista può mettersi a disposizione (delle istituzioni e della classe politico-dirigenziale) per rimediare ai *vulnera* — che inevitabilmente compaiono nella vita di un ordinamento costituzionale — ma che, allo stesso tempo, bisogna tenere sotto controllo, onde evitare che possano sfociare in vere e proprie crisi del sistema-Paese.

### **3. L'avvocato e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo: i confini della libertà di espressione.**

Se ci si trova a riflettere sul ruolo dell'avvocato nel complessivo sistema costituzionale, è d'uopo inoltre abbracciare una prospettiva più ampia, che tenga presente la necessaria collocazione di tale riflessione in un paesaggio giuridico sempre meno comprensibile sulla base di categorie incentrate sul solo contesto nazionale. In questo senso, il ruolo “ordinamentale” dell'avvocato si articola oggi, necessariamente, in un contesto multi-livello in quanto

la stessa tutela dei diritti fondamentali non può prescindere dalle indicazioni provenienti dal diritto euro-unitario e dal diritto convenzionale.

Le difficoltà poste dagli intrecci tra diversi ordini giuridici, dotati ciascuno di diverse “carte” e “corti”, impongono peraltro uno sforzo teorico-dogmatico carico di rilevanti implicazioni pratiche, in quanto, se certo lo *Stufenbau* kelseniano appare ormai inadeguato a rappresentare uno scenario che poco si attaglia a schemi di tipo gerarchico o piramidale, è purtuttavia imprescindibile — il perché è ovvio: ne va della tutela di situazioni giuridiche soggettive *concrete*, attuali — ricorrere a regole di prevalenza, tali da consentire l'ordinata coesistenza tra ordinamenti diversi che concernono i medesimi soggetti e insistono sui medesimi spazi. Regole, è stato detto, “senza la cui piena conoscenza e padronanza [...] gli avvocati vengono oggi a trovarsi sempre più spiazzati e in un certo senso impotenti, inerti, di fronte ai turbinosi sviluppi che si sono avuti negli ultimi anni, tanto a livello nazionale quanto a livello europeo; e attraverso la cui conoscenza e padronanza (invero ad oggi molto poco diffusa), al contrario, gli avvocati possono svolgere un ruolo attivo e spesso assai incisivo — ben più di quanto essi tendano a pensare (o, meglio, a non pensare, trattandosi di aspetti per lo più neanche presi in considerazione) — a vantaggio dei propri assistiti, nonché, indirettamente e più in generale, a vantaggio dell'ordinamento giuridico e dell'intera società”<sup>(5)</sup>.

Quest'ultimo profilo sottolineato, che dà l'abbrivio ad una breve e necessariamente frammentaria ricognizione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul tema, è stato ben enucleato dalla Corte di cassazione in una recente decisione di grande interesse (Cass. Civ. Sez. Unite, 12 febbraio 2019, n. 4135). Era in discussione la mancata concessione della rimessione in termini per un “errore scusabile” determinato non da *overruling*, ma dal fatto che la parte aveva fatto affidamento sull'interpretazione testuale di una disposizione, successivamente smentita da una sentenza del giudice di legittimità. Osserva allora la Corte che “*Diversamente da quanto ritenuto dalla ricorrente, che sembra implicitamente evocare il metodo sillogistico-deduttivo postulante la univocità e unicità del prodotto dell'interpretazione giuridica, la ‘norma’ non è il presupposto o l'oggetto ma il risultato dell'interpretazione che si alimenta di tecniche discorsive di tipo argomentativo e persuasivo ispirate al principio di ragionevolezza*”. Ne va pertanto “*della funzione nomopoietica distribuita tra tutti i soggetti dell'ordinamento, continuamente alimentata dal dibattito processuale del giudice con e tra le parti*”. L'avvocato, in questo senso, “*non è un mero consulente legale con il compito*

(5) V. SCIARABBA, *Metodi di tutela dei diritti fondamentali tra fonti e corti nazionali ed europee: uno schema cartesiano nella prospettiva dell'avvocato*, in *Consulta Online*, 1/2019, 212.

*di pronosticare l'esito della lite e di informarne il cliente, né è un giudice cui spetta la decisione; egli ha l'obbligo di proporre soluzioni favorevoli agli interessi del cliente, anche nelle situazioni che richiedono la soluzione di problemi interpretativi complessi, di attivarsi concretamente nel giudizio con gli strumenti offerti dal diritto processuale, indicando strade interpretative nuove, portando argomenti che facciano dubitare delle soluzioni giurisprudenziali correnti e anche della giustizia della legge, sollevando eccezioni di incostituzionalità e di contrarietà con il diritto sovranazionale, ecc...".* Ecco allora che al ruolo attivo e propositivo dell'avvocato per la più efficace tutela degli interessi del cliente nel processo è assegnata anche una funzione che eccede di gran lunga i confini del caso concreto, nell'orizzonte di un contributo indispensabile all'evoluzione dei diversi ordinamenti nei quali si articola la "costituzione europea", in particolare dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali da questi predisposti.

Proprio il sistema CEDU offre degli spunti interessanti a questo proposito, sebbene la Convenzione si limiti ad un solo cenno al ruolo dell'avvocato, all'art. 6, par. 3 (*Diritto a un equo processo*). Vi si dice, infatti, che "ogni accusato ha diritto di: (...) 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". Più dettagliato sul punto è, com'è ovvio, il Regolamento della Corte, che all'art. 36 prevede sì che i ricorsi individuali possano essere presentati "agendo personalmente o tramite un rappresentante" (rendendo pertanto facoltativo l'intervento di un avvocato nella fase introduttiva del giudizio), ma specifica in seguito che, salva decisione contraria del presidente della camera, dopo la notifica del ricorso la parte deve essere rappresentata da "un avvocato abilitato all'esercizio della professione in una qualsiasi Parte contraente e residente nel territorio di una di esse, o un'altra persona autorizzata dal presidente della camera" (6).

A dispetto della brevíloquenza della disciplina del funzionamento della Corte, il ruolo centrale dell'avvocato nei giudizi davanti alla Corte è stato

(6) Di seguito il testo completo dell'art. 36 del Regolamento della Corte:

"1. Le persone fisiche, le organizzazioni non governative e i gruppi di privati di cui all'articolo 34 della Convenzione possono inizialmente presentare ricorsi agendo personalmente o tramite un rappresentante.

2. Dopo la notifica del ricorso alla Parte contraente convenuta come previsto dall'articolo 54 § 2 b) del presente regolamento, il ricorrente deve essere rappresentato conformemente al paragrafo 4 del presente articolo, salvo decisione contraria del presidente della camera.

3. Il ricorrente deve essere così rappresentato alle udienze fissate dalla camera, salvo che il presidente della camera autorizzi eccezionalmente il ricorrente a esporre personalmente la propria causa a condizione che, se necessario, sia assistito da un avvocato o da un altro rappresentante autorizzato.



presto riconosciuto. Ciò è stato senz'altro agevolato dalla coscienza della complessità del procedimento, dal requisito fondamentale del previo esaurimento delle vie di ricorso interne (art. 35 della Convenzione) e dall'elevato numero di ricorsi dichiarati irricevibili dalla Corte — situazione, quest'ultima, che è in diversi casi dovuta alla non completa e approfondita conoscenza del sistema procedurale e alle modalità di presentazione dei ricorsi alla CEDU (7). Nella giurisprudenza della Corte EDU, poi, innumerevoli sono stati i riferimenti alla centralità sopra menzionata. Vale la pena, a questo punto, richiamare alcune pronunce — riguardanti il tema della libertà di espressione degli avvocati —, a suffragio di quanto sin qui sostenuto, affinché ciò non rimanga su un piano di astratti proclami privi di un sostrato giurisprudenziale significativo.

In diverse occasioni la Corte si è trovata a pronunciarsi sul bilanciamento tra la tutela della magistratura e il diritto di critica dell'operato delle corti da parte degli avvocati (8).

La necessità di un inquadramento sistematico di tale bilanciamento si deve alla contrapposizione che qui si pone, in modo del tutto peculiare, tra una tutela "rafforzata" della libertà di espressione — ossia il diritto e dovere di critica da parte dell'avvocato, nel migliore interesse della parte difesa ma anche nell'interesse della buona amministrazione della giustizia, come già si

---

4. a) *Il rappresentante che agisce per conto del ricorrente in virtù dei paragrafi 2 e 3 del presente articolo deve essere un avvocato abilitato all'esercizio della professione in una qualsiasi Parte contraente e residente nel territorio di una di esse, o un'altra persona autorizzata dal presidente della camera.*

b) *In circostanze eccezionali e in ogni fase della procedura, il presidente della camera può, qualora ritenga che le circostanze o la condotta dell'avvocato o della persona designati conformemente al capoverso precedente lo giustifichino, decidere che tale avvocato o tale persona non possa più rappresentare o assistere il ricorrente, e che questi debba scegliere un altro rappresentante.*

5. a) *L'avvocato o l'altro rappresentante autorizzato del ricorrente, o quest'ultimo, se ha chiesto di potere assumere personalmente la difesa dei propri interessi, devono, anche se ottengono l'autorizzazione di cui al seguente capoverso b), avere una conoscenza sufficiente di una delle lingue ufficiali della Corte.*

b) *Se essi non si esprimono con facilità in una delle lingue ufficiali della Corte, il presidente della camera può, in virtù dell'articolo 34 § 3 del presente regolamento, concedere loro l'autorizzazione a utilizzare una delle lingue ufficiali delle Parti contraenti".*

(7) M. CASTELLANETA, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la procedura di ricorso alla Corte di Strasburgo*, in Id. (a cura di), *I ricorsi alla Corte europea dei diritti dell'uomo: diritti azionabili e modalità di presentazione*, in *Studi sull'integrazione europea*, 1/2019 (supplemento), 7 ss.

(8) Un'accurata ricostruzione della giurisprudenza della Corte EDU sul tema è offerta da F. CECI, *Il bilanciamento tra libertà di espressione degli avvocati e tutela dell'autorità del potere giudiziario: un inquadramento sistematico degli interessi nella prospettiva della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *MediaLaws - Rivista di diritto dei media*, 2/2020, 323-338.

è sottolineato — e una tutela egualmente rafforzata della dignità e autorità di un organo — la magistratura — rispetto a critiche che finirebbero per minare la fiducia della collettività nella regolarità dei processi e nell'effettività dei meccanismi di tutela dei diritti. Sentenza “capostipite”, sebbene non riguardante nello specifico la libertà di espressione degli avvocati bensì quella giornalistica, è stata *Sunday Times (I) vs. United Kingdom* del 26 aprile 1979, nella quale la Corte, pur — in una certa misura — accettando ed elevando anzi a principio generale l'istituto inglese del *Contempt of court*, si è trovata a censurare una particolare applicazione che di tale principio era stata data in relazione alle conseguenze giudiziarie della drammatica vicenda del talidomide, ritenendo che l'art. 10 della Convenzione fosse stato violato a causa del divieto di pubblicazione che un giornale aveva subito per aver preannunciato la pubblicazione di un'inchiesta relativa al modo in cui i processi sulla vicenda erano stati condotti. La Corte afferma infatti che, sebbene l'art. 10, al par. 2, faccia riferimento proprio alla garanzia dell'autorità e imparzialità del potere giudiziario come giustificazione di eventuali restrizioni alla libertà d'espressione (purché sussistano, peraltro, ulteriori condizioni: che tali restrizioni siano “*previste dalla legge*” e siano “*misure necessarie, in una società democratica*” al perseguimento dei fini ivi elencati), tali restrizioni vanno in ogni caso intese nel contesto del significato complessivo della Convenzione, e alla luce della preminenza che in tale ambito assume il principio del primato del diritto (più correttamente, *rule of law*).

Sono stati diversi, comunque, i casi in cui la Corte non ha ravvisato alcuna violazione dell'art. 10 della Convenzione, in particolare di fronte a critiche all'organo giudiziario (sempre da parte di giornalisti) che erano prive di base fattuale e non rilevanti ai fini del pubblico dibattito <sup>(9)</sup>.

Per quanto concerne invece, nello specifico, il ruolo dell'avvocato, nella sentenza *Kyprianou c. Cipro* del 15 dicembre 2005 la Corte ha rammentato che “*The special status of lawyers gives them a central position in the administration of justice as intermediaries between the public and the courts. Such a position explains the usual restrictions on the conduct of members of the Bar. Regard being had to the key role of lawyers in this field, it is legitimate to expect them to contribute to the proper administration of justice, and thus to maintain public confidence therein*” <sup>(10)</sup>. In questa prospettiva, proprio il

<sup>(9)</sup> Vedi la sentenza *Barfod c. Danimarca* del 22 febbraio 1989, o la sentenza *Perna c. Italia* del 6 maggio 2003.

<sup>(10)</sup> Analoghe osservazioni erano state fatte dalla Corte in *Casado Coca c. Spagna* del 24 febbraio 1994, in *Schöpfer c. Svizzera* del 20 maggio 1998, in *Nikula c. Finlandia* del 21 giugno 2002 e in *Amihalachioaie v. Moldova* del 20 luglio 2004. Di grande rilievo, poi, quanto affermato sempre nella sentenza *Kyprianou*, citata nel testo, a proposito del possibile “effetto

ruolo sociale dell'avvocato, inteso come "intermediario" tra la collettività e i tribunali, è stato preso in considerazione al fine di ampliare i confini del diritto di critica dello stesso.

Di notevole interesse è, in questo senso, la sentenza *Morice c. Francia* del 23 aprile 2015, dove la Corte valutava la compatibilità con la Convenzione delle sanzioni inflitte a due avvocati che avevano scritto al Ministero della Giustizia francese lamentando che la condotta di due giudici — peraltro già rimossi dalle indagini in questione, relative al caso *Borrel* (magistrato impegnato nel quadro degli accordi tra Francia e Gibuti, rinvenuto morto in circostanze sospette), che aveva ricevuto grande attenzione mediatica — fossa stata "in totale contrasto con i principi di imparzialità e giustizia" — dichiarazioni successivamente riprese dal quotidiano *Le Monde*. Mentre i giudici francesi avevano ritenuto sussistente la diffamazione di un funzionario pubblico, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che le affermazioni contestate del ricorrente, concernenti il generale funzionamento del sistema giudiziario, e nello specifico la gestione del caso *Borrel*, rientrassero all'interno di un dibattito su una questione di pubblico interesse, di quelli che richiedono un alto livello di protezione della libertà d'espressione, insieme ad un margine d'apprezzamento concesso alle autorità di conseguenza particolarmente ristretto. Deve essere sottolineato, in particolare, come in questo caso i due avvocati non avessero agito in modo strettamente funzionale all'esercizio concreto del diritto di difesa: osserva la Corte che "*The applicant argued that his statements, as published in the newspaper Le Monde, served precisely to fulfil his task of defending his client — a task that was for him to determine. However, while it is not in dispute that the impugned remarks fell within the context of the proceedings, they were aimed at investigating judges who had been removed from the proceedings with final effect at the time they were made. The Court therefore fails to see how his statements could have directly contributed to his task of defending his client, since the judicial investigation had by that time been entrusted to another judge who was not the subject of the criticism*". Eppure, alla luce sia delle circostanze del caso, sia del contributo che gli avvocati possono offrire al buon andamento della giustizia anche oltre i confini del caso concreto di cui si occupano, la Corte riconosce infine che gli attacchi sopra citati non erano attacchi gravemente dannosi e

---

dissuasivo" che possono produrre le sanzioni nei confronti degli avvocati per presunti eccessi nella critica al sistema giudiziario: "*It is evident that lawyers, while defending their clients in court, particularly in the context of adversarial criminal trials, can find themselves in the delicate situation where they have to decide whether or not they should object to or complain about the conduct of the court, keeping in mind their client's best interests. The imposition of a custodial sentence would inevitably, by its very nature, have a 'chilling effect', not only on the particular lawyer concerned but on the profession of lawyers as a whole*".

sostanzialmente infondati all'azione dei tribunali, ma critiche rivolte ai giudici (già rimossi, come si è detto) come parti di un dibattito su una materia di pubblico interesse concernente il funzionamento del sistema giudiziario, e nel contesto di un caso che aveva ricevuto ampia copertura mediatica fin dal suo inizio; peraltro le critiche mosse, per quanto “severe”, costituivano giudizi di valore dotati di una “base fattuale” sufficiente. Per contro, proprio l'assenza di una base fattuale e il fatto che gli attacchi non presentassero un legame sufficientemente stretto con i fatti della causa, ha portato la Corte a differenti conclusioni nella sentenza *Peruzzi c. Italia* del 30 giugno 2015.

#### 4. Conclusioni.

Ben lungi dall'implicare una tutela assoluta e illimitata all'avvocato, che resta soggetto a condizioni e limiti nell'esercizio delle sue libertà fondamentali, appare in ogni caso chiaramente, dalla ricognizione testé sinteticamente operata sia del sistema costituzionale interno sia del sistema convenzionale, come il posto privilegiato che l'avvocato occupa nell'ordinamento giudiziario richieda una maggiore tutela dei suoi diritti. Ne va non soltanto della concreta situazione giuridica da cui è scaturita la controversia giudiziaria, e dunque della possibilità stessa per l'individuo che si rivolge a un difensore di avere un processo equo e di ottenere una tutela effettiva dei propri diritti e libertà — ciò che dà ragione della definizione dell'avvocato come “*véritable contre-pouvoir au service des libertés individuelles*”<sup>(11)</sup> —, ma del corretto funzionamento del sistema giudiziario nel suo complesso, in quanto proprio il dialogo — anche “serrato”<sup>(12)</sup> — tra gli attori principali del sistema-giustizia — cittadini in primis, giudici e avvocati — è essenziale affinché si sperimentino nuove possibilità interpretative, si sottopongano a critica orientamenti giurisprudenziali consolidati e si agisca sempre in vista della giustizia del caso concreto.

Tali circostanze non si riflettono, evidentemente, solo sull'apparato giudiziario, ma si espandono a tutti i settori dell'ordinamento, in una

<sup>(11)</sup> D. SPIELMANN-C. HENRY, *Les avocats et la Convention européenne des droits de l'homme* (Texte d'un discours donné en date du 19 octobre 2016 à Paris pour le Conseil des Barreaux européens), in <https://www.ccebe.eu/>, 1.

<sup>(12)</sup> L'aggettivo compare nel Comunicato del 21 giugno 2022 dell'Ufficio Comunicazione e stampa della Corte costituzionale: vi si dice che “*Stamattina, come già avviene nelle Corti europee e anglosassoni, la trattazione delle cause è stata segnata dal dialogo (anche serrato) fra giudici costituzionali e avvocati. E ciò per effetto delle novità introdotte dalle 'Norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale', approvate a maggio dalla Consulta, pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale del 31 maggio 2022 e completate da un decreto del Presidente Giuliano Amato*”. Il testo completo è reperibile all'indirizzo [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC\\_CS\\_20220621141508.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20220621141508.pdf).

dimensione costituzionale che considera l'avvocato, come perno di uno dei tre pilastri delle democrazie moderne e, dunque, come strumento insostituibile a garanzia del corretto esercizio dei poteri dello Stato <sup>(13)</sup>.

In questo senso, è stato detto, in modo molto suggestivo, che la parola è “*la seule arme de l'avocat, lorsqu[’il] doit assumer la défense d’un justiciable*”; la parola “*qui permet de relater, d’expliquer et de s’expliquer; la parole qui permet de faire comprendre, même quand il est difficile de comprendre; la parole qui permet d’émouvoir, d’attendrir, d’affliger, de bouleverser et de troubler; la parole qui permet d’incriminer et d’accuser, parfois même injuste-*

<sup>(13)</sup> Vale la pena riportare il testo di due proposte di legge costituzionale, che hanno affrontato il tema trattato nel presente contributo:

#### **A) PROPOSTA DI LEGGE COSTITUZIONALE n. 1719 del 2019.**

Art. 1.

1. Dopo la sezione I del titolo IV della parte seconda della Costituzione è inserita la seguente:

« Sezione I-*bis* AVVOCATURA

Art. 110-*bis*. – L’avvocatura è un’attività privata, libera e 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.

Art. 110-*ter*. – 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. Contro le sue decisioni è ammesso il ricorso per cassazione ».

2. La rubrica del titolo IV della parte seconda della Costituzione è sostituita dalla seguente: « I soggetti della giurisdizione ».

Art. 2.

1. Il primo comma dell’articolo 135 della Costituzione è sostituito dal seguente:

« La Corte costituzionale è composta da quindici giudici, dei quali cinque nominati dal Presidente della Repubblica, cinque dal Parlamento in seduta comune, quattro dalle supreme magistrature ordinaria e amministrative e uno dal Consiglio nazionale forense ».

#### **B) PROPOSTA DI LEGGE COSTITUZIONALE, N. 1199 DEL 2019.**

Art. 1.

1. All’articolo 111 della Costituzione, dopo il secondo comma sono inseriti i seguenti: « Nel processo le parti sono assistite da uno o più avvocati. L’avvocato ha la funzione di garantire l’effettività della tutela dei diritti e il diritto inviolabile alla difesa. In casi tassativamente previsti dalla legge è possibile prescindere dal patrocinio dell’avvocato, a condizione che non sia pregiudicata l’effettività della tutela giurisdizionale. L’avvocato esercita la propria attività professionale in posizione di libertà, autonomia e indipendenza ».

*ment; la parole qui permet de défendre, parfois même l'indéfendable; la parole qui permet de justifier et d'excuser, parfois même l'injustifiable et l'inexcusable, la parole qui permet d'acquitter ou de condamner et, comme corollaire, la parole qui permet de pardonner, parfois même l'impardonnable" (14).*

---

(14) J. CASADEVALL, *L'avocat et la liberté d'expression*, in *Freedom of Expression. Essays in honour of Nicolas Bratza, President of the European Court of Human Rights*, Oisterwijk 2012, 235-244.