

## **Principi costituzionali e *multilevel*: nuovi orizzonti per l'Avvocatura. \*\***

Sommario: **1.** I “nuovi diritti”, il potere e la tecnica: dalla legge al giudice. – **2.** I diritti umani nel contesto europeo: dalla Costituzione alla CEDU, alla Carta di Nizza. – **3.** L'avvocatura di fronte ai nuovi diritti: dalla difesa tecnica...; – **4.** (*segue*)... alle “nuove” forme di intervento. – **5.** Impresa e professione: una alternativa o un equilibrio?

**1.** Il dibattito – politico, culturale, etico–sociale, prima che giuridico – sui *nuovi* diritti fondamentali e sulla loro tutela si sviluppa in una duplice prospettiva: l'ampliamento frenetico del loro catalogo; l'affermazione e la protezione dei *nuovi* diritti per via giurisprudenziale, prima ed a prescindere dal loro riconoscimento normativo. Da queste tendenze deriva per gli avvocati nella difesa di quei diritti un impegno nuovo e importante, che assume un rilievo centrale e qualificante per la professione forense, la sua dignità, la sua responsabilità.

È un impegno che – nei suoi profili di principio e concreti – suggerisce tre ordini di riflessioni: le “novità” in tema di diritti umani; il contesto globale, quello europeo e non più soltanto quello nazionale della loro tutela, di fronte alla crisi; le conseguenze che ne discendono per l'avvocatura.

il problema dei diritti dell'uomo non è tanto quello di fondarli, quanto quello di proteggerli e di garantirne l'effettività; ciò può avvenire solo attraverso l'uso (legale) del potere. La nostra Costituzione e la coetanea Dichiarazione universale – originate dal «crogiolo ardente e universale» (Dossetti) di una guerra, che aveva sfigurato la faccia della Terra – abitano oggi un mondo «totalmente altro», nel quale il rapporto tra diritto, potere, tecnica e diritti fondamentali ha subito un'autentica mutazione genetica.

Sono mutati sia la percezione del collegamento genetico tra diritti, potere e tecnica, sia il “fondamento” stesso dei diritti fondamentali.

Rinunciare alla mediazione *formale* del legislatore – per affidarsi di più a quella concreta della giurisprudenza – è ambizione complessa. Occorrono sintesi, armonizzazioni, bilanciamenti;

5 marzo 2018

\* *Avvocato, Presidente emerito della Corte Costituzionale.*

\*\* *Cerimonia di Inaugurazione dell'Anno giudiziario 2018 del Consiglio Nazionale Forense – Tavola Rotonda – Roma, 9 febbraio 2018.*

non è possibile delegarli interamente alla giurisprudenza, le cui pronunce, oltretutto, sono tanto più disomogenee quanto più le norme sono incomplete o inesistenti.

Rigida quando si voglia modificarla o integrarla, la Costituzione si è mostrata flessibile e presbite nel senso positivo di saper guardare lontano, di includere nell'ambito della sua efficacia – e della sua tutela – l'applicazione e le ricadute di nuovi strumenti o di nuove sensibilità: dalla libertà di espressione e di comunicazione alla tutela della *privacy* e dell'identità; a quella dell'ambiente come conseguenza della tutela del paesaggio; alla apertura all'ordinamento comunitario e al mercato.

Attraverso il cammino dal valore al principio, dal principio al precetto, da quest'ultimo alla sua applicazione, la giurisprudenza costituzionale e come conseguenza quella ordinaria hanno affermato, oltre al *bilanciamento* (si pensi al diritto alla vita del nascituro, posto a confronto con quello alla salute della donna gestante), anche la *giustiziabilità* dei diritti umani fin dalla prima sentenza della Corte Costituzionale, la n. 1 del 1956.

Nella prospettiva di tutela giurisprudenziale dei diritti fondamentali, oggi irrompe il *multilevel*: la loro protezione attraverso il dialogo fra le Corti nazionali e sovranazionali, segnatamente la Corte Europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia dell'Unione Europea. Il fenomeno coinvolge le singole giurisdizioni nazionali, quindi i giudici comuni e gli avvocati, loro interlocutori istituzionali.

Ciò avviene soprattutto attraverso il superamento di una concezione formale del principio di legalità, espressa dall'articolo 25 della Costituzione con il riferimento alla riserva di legge come fonte della norma penale; e attraverso l'evoluzione di quel principio in sede europea (articoli 7 della CEDU e 49 della Carta di Nizza), in una concezione sostanziale di tassatività e conoscibilità del precetto, nonché di prevedibilità (e quindi di eguaglianza nella sua applicazione) alla stregua del c.d. diritto vivente e dell'interpretazione giurisprudenziale della norma. È evidente l'importanza del contributo richiesto in un simile contesto alla difesa tecnica, ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione.

\*

2. Il ruolo dell'avvocatura si accresce fortemente in tale contesto, ancor più alla luce della peculiarità europea.

Nella difesa dei diritti umani l'Europa ha saputo realizzare – con lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia – l'unificazione che non è stata in grado di raggiungere nel campo politico, economico, fiscale. Lo ha fatto attraverso un percorso prima giurisdizionale e pretorio, attraverso le decisioni della Corte di giustizia e di quella CEDU; poi politico, attraverso l'articolo 6 del Trattato

di Maastricht, la Carta di Nizza e la sua duplice proclamazione (nel 2000 a livello politico, nel 2007 a livello giuridico con il Trattato di Lisbona).

L'art. 6 del Trattato di Lisbona ha aperto la via a nuove prospettive di tutela dei diritti fondamentali. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali di Nizza con lo stesso valore giuridico dei Trattati; aderisce alla Convenzione europea del 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Soprattutto, apre la via ad un nuovo equilibrio fra diritti e mercato: la Corte di Giustizia dell'Unione europea tende a divenire giudice dei diritti oltre che delle regole del mercato.

Il primo fondamentale contributo alla tutela dei diritti umani in sede europea è offerto dalla CEDU. Più che al contenuto dei diritti contemplati dalla Convenzione occorre guardare al sistema della loro tutela, così come si è assestato con il protocollo 11 del 1994: la previsione di un giudice internazionale (la Corte di Strasburgo); la possibilità del ricorso individuale ad esso da parte di chiunque; la condanna di uno Stato a far cessare la violazione di quei diritti e ad una equa soddisfazione.

Il secondo contributo alla tutela dei diritti umani, altrettanto fondamentale, è rappresentato dal percorso dell'integrazione: certamente più lento e complesso, ma più completo di quello della CEDU; ed orientato a sottolineare più l'indivisibilità che l'universalità dei diritti umani. Quel percorso muove dall'originario silenzio dei Trattati comunitari sui diritti fondamentali e si afferma progressivamente da parte della Corte di Giustizia.

All'affermazione giurisprudenziale è seguito il riconoscimento politico, attraverso il riferimento del Trattato di Maastricht ai principi derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli stati membri e dalla CEDU. Quanto più l'ordinamento dell'Unione europea espande le proprie competenze e gli ambiti del suo intervento rispetto alle libertà connesse e funzionali al mercato, tanto più esso si espande a tutti i diritti, compresi quelli sociali. Il momento conclusivo di questo percorso è rappresentato dalla efficacia giuridica della Carta di Nizza.

La Carta apre a sua volta una nuova fase: dall'universalità dei diritti, espressa dalla CEDU, alla loro indivisibilità, attraverso il riferimento introduttivo della Carta alla dignità e alla sistemazione dei diritti in sei aree: la dignità stessa, la libertà, l'eguaglianza, la solidarietà, la cittadinanza e la giustizia.

Quel percorso è segnato dal contributo delle due Corti europee all'effettività nella tutela dei diritti. È segnato sia dal confronto e dalla sinergia che si è instaurata fra di loro e più ancora fra esse e le Corti nazionali; sia dalla acquisita consapevolezza che non possono esistere né Unione, né mercato, né euro, né Europa, senza i diritti fondamentali; sia dalla attualità ed essenzialità di quella

consapevolezza, oggi, nella crisi nazionale, europea e globale in cui ci dibattiamo. È un percorso che innova e condiziona profondamente il ruolo – prima italiano, ora europeo – dell’avvocato, nel suo impegno di salvaguardia dei diritti umani, già tradizionale e più che mai attuale; e ne sottolinea la componente di responsabilità sociale.

Tuttavia è un percorso che oggi è entrato in crisi con il riemergere dei nazionalismi e delle frontiere difese dal filo spinato, di fronte alla realtà biblica delle migrazioni. Queste ultime, nella crisi demografica europea e nazionale, sono state percepite come aggressioni al nostro benessere, più che come risorse per il futuro europeo e nazionale. L’Europa sembra aver smesso di percorrere le vie delle abbazie e delle università, cioè della cultura e dei diritti, per percorrere soltanto quelle delle fiere e dei mercati, cioè dell’euro e degli interessi economici: con il rischio di smarrire anche queste ultime vie.

\*

**3.** In questo contesto, l’avvocatura deve sapersi confrontare con l’enfasi e con la crescita nell’affermazione dei diritti umani fondamentali; con l’effettività della loro tutela, per il tramite dell’elaborazione giurisprudenziale. Ma deve anche confrontarsi, nella sostanza, con una realtà segnata sia dalla prevalenza della logica del mercato e del profitto, sia dal condizionamento di quei diritti ad opera del potere e della tecnica: soprattutto oggi, al tempo della crisi, in cui rischiamo di sostituire con l’algoritmo d’oro il vitello d’oro degli ebrei delusi nel cammino verso la terra promessa.

La prima e più immediata constatazione del nuovo compito dell’avvocatura riguarda l’estensione “geografica” della difesa dei diritti: non più soltanto nell’ambito nazionale, ma altresì in quello sovranazionale ed europeo. Quanto all’ambito nazionale, i parametri della difesa sono legati innanzitutto al rispetto della Costituzione, quindi alla costante verifica ed attivazione del controllo di costituzionalità e alla ricerca di soluzioni interpretative costituzionalmente corrette delle norme. Quanto all’ambito europeo, quei parametri sono legati all’altrettanto attenta verifica sul rispetto della CEDU e del primato dell’ordinamento europeo su quello nazionale.

La complessità del *multilevel* impone all’avvocato di conoscere, dominare e interpretare sia il quadro normativo nazionale e sovranazionale, sia il dialogo (quando non lo scontro) e la sinergia tra le fonti giurisdizionali nazionali e sovranazionali. Inoltre, l’avvocato può e deve assumere un ruolo di protagonista della cultura dei diritti umani, in un’Europa che fondava su di essi il proprio DNA unitario; e nella quale invece ora prevale la logica del mercato e del profitto, alla stregua della crisi – prima finanziaria; poi economica e monetaria; infine politica e di valori – che l’Europa sta attraversando.

L'ampliamento del ruolo dell'avvocato non riguarda soltanto l'estensione "geografica" della difesa, ma anche il suo contenuto. L'importanza della difesa tradizionale si accentua sempre più, a fronte del crescente ruolo del giudice nel riconoscimento di nuovi diritti; ed a fronte dell'indifferenza od ostilità sempre più diffuse per il loro rispetto, in nome di un malinteso efficientismo e/o di una esasperata difesa sociale nei confronti del "diverso". Di essa ad esempio è testimonianza ed applicazione la concezione carcerocentrica della pena, che trasforma sempre più il carcere in una "discarica sociale".

La previsione costituzionale dell'inviolabilità del diritto di difesa, in uno con quella del diritto di accesso alla giustizia e alla rimozione di ostacoli per i non abbienti, rendono evidente il significato costituzionale e istituzionale dell'avvocatura. Esso è esplicitamente riconosciuto dalla Corte Costituzionale con riferimento agli articoli 24 e 111 della Costituzione, a proposito della difesa tecnica e della sua essenzialità: un pilastro insostituibile della funzione giurisdizionale.

\*

4. Accanto alla partecipazione alla funzione giurisdizionale, la difesa dei diritti fondamentali attraverso la professione si apre a prospettive nuove e ulteriori, in una società globalizzata come la nostra. L'avvocato, nel suo ruolo di consulenza – oggi sempre più in espansione – può contribuire al raccordo necessario della dimensione economica e di mercato con quella della società civile. Deve essere consapevole che alla difesa specifica dei diritti del cliente si lega, inevitabilmente, quella delle libertà fondamentali e dei diritti civili, politici, economici e sociali di tutti. Deve aver sempre presente la necessaria reciprocità proposta dall'articolo 2 della Costituzione fra i diritti fondamentali e i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Accanto alla estensione e al contenuto della difesa, si amplia il novero dei soggetti interessati ad essa. L'assistenza e difesa del singolo cliente costituiscono l'oggetto specifico del rapporto professionale; ma vengono in considerazione anche gli altri soggetti sui quali inevitabilmente ricadono le conseguenze e gli effetti di quell'assistenza e difesa. Occorre tener presenti anche i loro diritti umani fondamentali, oltre a quelli del proprio cliente: soprattutto quelli dei soggetti più deboli, quindi più esposti alle logiche di prevalenza del potere, della tecnica, del mercato e del profitto.

Infine, la indivisibilità e la universalità dei diritti umani propongono un ampliamento anche nel modo di esercitare la professione. L'avvocato, attraverso la specifica domanda di tutela nel caso singolo, ha storicamente offerto e può continuare ad offrire un contributo significativo alla "creazione" dei "nuovi" diritti umani, grazie ai meccanismi del *multilevel* e delle fonti giurisprudenziali.

Inoltre, l'avvocato e l'avvocatura hanno dato e possono e devono continuare a dare un contributo altrettanto importante per la formazione di una cultura dei diritti umani e, prima ancora, per agevolare la loro conoscenza da parte dei titolari ignari, soprattutto quelli più deboli. Ed è appena il caso di ricordare quanto una simile cultura e conoscenza siano importanti oggi, in una società sempre più multietnica e multiculturale, ma sempre più intollerante; e sempre più dominata dalle logiche del profitto, della competitività spinta all'estremo, della finanziarizzazione esasperata.

In conclusione, l'avvocatura deve impegnarsi per rendere effettivamente accessibili a tutti i diritti fondamentali, in un contesto che è certamente di rischio per i loro "titolari deboli" di fronte ai vari poteri forti (da quelli politici a quelli economici, a quelli dell'informazione e così via). Occorre riscoprire il ruolo tradizionale di una professione liberale come l'avvocatura – nella tutela dei diritti dell'uomo – e renderlo attuale di fronte alle prevaricazioni di quei poteri.

L'emblema di questa prospettiva della professione di avvocato e del suo impegno nella difesa dei diritti umani è rappresentato dal conferimento del Premio Nobel per la pace 2015 all'Ordine degli avvocati di Tunisi – insieme con la Lega dei diritti dell'uomo e le Associazioni degli imprenditori e del lavoro di Tunisi – per il loro impegno nel gennaio 2011 in un momento di tensione drammatico per il paese. Gli avvocati in toga si interposero fra le opposte fazioni in lotta convincendole al dialogo.

Questo percorso si traduce nell'impegno quotidiano dell'avvocatura non solo per la difesa dei diritti, ma altresì e prima ancora per l'educazione alla legalità; per i servizi sociali e di assistenza nel campo della giustizia (come gli "sportelli del cittadino" e i "codici dei diritti degli indifesi"); per la scuola; e – ultima, ma non ultima – per la c.d. giurisdizione forense attraverso l'intervento nella conciliazione, nella mediazione e nella negoziazione assistita.

Si tratta di raccogliere l'indicazione dell'art. 2 e dell'art. 3 della Costituzione per l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà e per la tutela della dignità umana come limite in negativo, oltre che come obiettivo in positivo della professione; nonché di raccogliere l'indicazione dell'art. 118 u.c. a proposito del principio di sussidiarietà orizzontale. In una prospettiva nuova rispetto a quella tradizionale della deontologia forense, il riferimento alla pari dignità sociale è importante come espressione riassuntiva di tutti i valori costituzionali: dalla salvaguardia della dignità della professione (tradizionale, ma al di fuori di qualsiasi logica corporativa) e della deontologia a quella della dignità del cliente, all'impegno per la pari dignità sociale di tutti.

5. Un cenno particolare va tuttavia riservato al contesto attuale di malessere e di crisi delle professioni, a cominciare da quella di avvocato.

La crescita esponenziale degli iscritti all'albo professionale, il "popolo delle partite IVA", il "caporalato" intellettuale alimentano quella crisi, la sfiducia e il disagio, soprattutto dei giovani.

La crisi economica e la rivoluzione tecnologica e telematica in atto insidiano sotto molteplici aspetti il ceto delle professioni intellettuali (prima fra esse l'avvocatura), che costituivano un tempo una "nicchia" privilegiata. Occorrono dunque nuovi livelli di competenza e qualificazione; la proletarizzazione delle professioni va combattuta attraverso forme di protezione legislativa mirate (in passato non così necessarie), basate sulla distinzione tra professione e impresa e sulla riconduzione della prima all'ambito del lavoro, come la recente legge italiana di tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale (l. 81/2017). Il quadro costituzionale italiano, se ben inteso, supporta certamente politiche normative di questo tipo, fornendo le coordinate normative per qualificare lo svolgimento delle attività professionali come diritto-dovere al lavoro e come espressione della personalità sociale dell'uomo (Mortati), alla stregua degli articoli 4 e 35 e seguenti della Costituzione.

Su basi diverse sembra porsi l'ordinamento comunitario, che – specie per come interpretato dalla Commissione europea e da taluni spunti della giurisprudenza della Corte di giustizia – pare piuttosto aderire ad una prospettiva mercantilista e di tipo concorrenziale, basata sulla qualificazione delle professioni come imprese e degli ordini professionali come associazioni di imprese; nonché sull'accesso alla professione in forma societaria anche a soci di capitale. È una prospettiva raccolta anche dall'ordinamento nazionale, nel "vortice" di riforme tra il 2012 e il 2014. E ciò nonostante il diverso assetto della Carta di Nizza, che distingue nettamente la libertà professionale (art. 15) dalla libertà di impresa, sotto un duplice profilo: individuale, della sua scelta ed esercizio; collettivo, della sua organizzazione; e nonostante la recente attenzione dimostrata dalla stessa Corte di Giustizia verso la professione forense e le sue condizioni essenziali di autonomia e indipendenza.

Occorre dunque ricercare un equilibrio ragionevole tra la prospettiva mercantilistica-concorrenziale e quella personalista, intorno alle declinazioni concrete dei principi fondamentali che vanno comunque preservati nell'interesse dell'utenza dei servizi professionali e anche della crescita economica: libera iniziativa economica; divieto di discriminazione; indipendenza e autonomia; organizzazione e autogoverno delle professioni; libertà di accesso; buona fede, affidamento e correttezza; deontologia come presidio della autonomia delle comunità professionali (Galgano), e come espressione del principio personalista (Quadrio Curzio).

Le leggi del 2017 sulla tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e sull'equo compenso in favore dell'avvocato fanno sperare in una revisione di tendenza rispetto a quella degli ultimi anni, che considerava la professione in una prospettiva soltanto concorrenziale e di servizio per l'impresa o di attività riconducibile soltanto o prevalentemente a quest'ultima prospettiva.

In questa ottica di revisione – dopo l'enfasi di una riforma tra il 2012 e il 2014 che si è in realtà risolta in una deregolazione; e dopo la polemica strumentale e il sospetto nei confronti delle professioni, che hanno accompagnato quella *deregulation* – si colloca oggi la tendenza di rendere più esplicito il significato costituzionale e istituzionale dell'avvocatura. Si propone cioè una previsione costituzionale esplicita *ad hoc*, per rafforzare i principi di libertà e di indipendenza dell'avvocatura; essa potrebbe tuttavia divenire la premessa o il pretesto per una funzionalizzazione eccessiva della professione.

Sarebbe cioè una etichetta certamente utile per sottolineare e garantire il ruolo sociale e istituzionale dell'avvocatura. Ma potrebbe risolversi al contrario in una affermazione addirittura dannosa per l'indipendenza di essa; non meno dannosa di quanto, all'opposto, lo sarebbe una concezione dell'avvocatura soltanto imprenditoriale e mercantile, come quella tuttora coltivata dall'Autorità nazionale garante della concorrenza – e dalla giurisdizione amministrativa che ad essa si è allineata – nonostante le diverse recenti scelte del legislatore, che si ispirano alla concezione tradizionale della professione forense.

Più di una menzione esplicita dell'avvocatura nella Carta costituzionale – oltre a quella già presente negli articoli 24 e 111 – potrebbe riproporsi ed esplorarsi nuovamente oggi la percorribilità di una soluzione prospettata dalla Commissione dei Settantacinque, nei lavori preparatori della Costituzione: la designazione di un componente della Corte costituzionale da parte del Consiglio nazionale forense, in coerenza con l'analogia previsione per le magistrature superiori.

Si tratterebbe di un modo forse più efficace e nuovo per sottolineare il ruolo essenziale dell'avvocatura; per integrare con un maggior riconoscimento della dignità della professione (oltre che della sua formazione e preparazione) il richiamo attuale della qualità di avvocato come requisito costituzionale della nomina a giudice alla Corte costituzionale e di quella a membro del Consiglio superiore della magistratura.