



UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE OSSERVATORIO PATROCINIO A SPESE DELLO STATO

Il patrocinio a spese dello Stato: dalle origini dell'istituto alle linee guida europee. La strada è ancora lunga. Il giusto processo non è tale senza l'alta qualità della difesa e l'Unione europea, attraverso le sue istituzioni, sollecita gli Stati membri a vigilare sull'effettività dell'assistenza, introducendo il nuovo parametro della "meritevolezza". Potrebbe essere l'occasione giusta per ripensare alla disciplina sul patrocinio a spese dello Stato.

* * * * *

Introduzione ed inquadramento dell'istituto

Lo scopo dell'Osservatorio sul patrocinio a spese dello Stato, come peraltro sinteticamente esposto nella presentazione pubblicata sul sito U.C.P.I., è dichiaratamente quello di compiere una valutazione complessiva dell'istituto e della sua concreta idoneità a garantire il diritto di difesa per i non abbienti, in conformità con i principi da sempre espressi dalla linea politica dell'Unione, partendo dal presupposto che il difensore, nel processo penale, ponendo a disposizione dei cittadini meno abbienti la propria attività e professionalità, svolge una funzione di altissimo interesse pubblico.

E' chiaro che, al di là delle prospettazioni meramente teoriche, è necessario verificare se l'attuazione pratica della normativa vigente garantisca l'effettività della difesa, secondo le previsioni della Carta Costituzionale, non meno che della normativa sovranazionale, prima tra tutte, la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Del pari, non essendo possibile ignorare – o fingere di farlo – che lo Stato, sul quale grava, almeno astrattamente¹, l'onere economico della difesa degli indigenti, destina sempre meno risorse all'assolvimento di tale funzione, il lavoro che si è deciso di svolgere ha come scopo anche quello di formulare un'ipotesi di riforma che, attraverso il recupero dei valori ispiratori dell'istituto in questione, consenta di assicurare che il livello della difesa tecnica sia adeguato alla caratura dei diritti in gioco.

Il quadro normativo attuale è rappresentato dalla cornice costituzionale (e sovranazionale), per quanto concerne l'individuazione dei presidi da garantire e dal DPR 115/2002 per l'attuazione pratica.

L'accesso alla giustizia per la tutela dei diritti e degli interessi legittimi di "tutti" ed "in ogni stato e grado" è garantita dall'art. 24 della Costituzione, ma di tale disposizione interessa soprattutto il predicato del comma terzo, che fa carico alla Stato di assicurare "ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione".

A rigore letterale, l'impostazione della Carta EDU è in parte diversa laddove, all'art. 6 co. 2 lett. c), prevede che l'assistenza del difensore, quando l'accusato non ha i mezzi per pagarlo, sia garantita mediante assegnazione di "un avvocato d'ufficio".

¹ Il riferimento in Costituzione è solo velatamente suggerito. Infatti, a differenza di molti altri articoli ove il soggetto è chiaramente espresso ("La repubblica...", "La legge ..."), nell'art. 24 si afferma "Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione", ma, anche se è intuibile, non si dice chi sia il soggetto tenuto.



Questa diversità è il riflesso della diatriba che, sin dalle origini dell'istituto, ha caratterizzato la discussione su come l'assistenza dei non abbienti – che è dogma di civiltà – dovesse essere realizzata, passando, a seconda dei contesti storico-sociali, dall'originaria visione della difesa come onere esclusivo della classe forense, alla totale presa in carico da parte dell'organismo statale², ai sistemi misti.

Sul punto la posizione espressa dall'Unione è apertamente e motivatamente dissenziente rispetto alla possibilità di istituire un "ufficio pubblico incardinato nell'amministrazione della giustizia".

La creazione della figura di un difensore d'ufficio gerarchicamente sottoposto allo Stato, causando un evidente "conflitto d'interessi", minerebbe alla radice la funzione difensiva e priverebbe l'Avvocato della libertà e dell'autonomia che devono imprescindibilmente caratterizzare il suo operato³.

In ogni caso, in Italia, la conclusione che spetti allo Stato assumersi l'onere economico della difesa dei non abbienti è stata, nell'evoluzione storica dell'istituto e nel dibattito che l'ha accompagnata, un approdo difficile e neppure tanto sicuro, ma certamente ineludibile, posto che la funzione difensiva intesa solo come *munus onorificum*, quindi gravante sulle spalle dell'avvocatura, era ormai divenuta non più attuabile, perché incompatibile con l'effettività del diritto di difesa.

C'è poi da dire che tale scelta pare essere rimasta solo una questione di nome⁴: l'esclusione della tutela stragiudiziale⁵, le incursioni normative sempre più mortificanti⁶, le falci die – talora ingiustificabili – cui la prassi applicativa di tali norme sta sottoponendo i compensi dei difensori e, da ultimo, il ritardo con cui vengono effettuati i pagamenti, sviscerano sempre più la funzione difensiva e reintroducono una sorta di "compartecipazione al passivo" dell'avvocatura, finendo per somigliare sempre più, al patrocinio a spese dello Stato, al patrocinio a spese dell'Avvocato⁷.

Le origini dell'istituto sono molto antiche e risalgono all'epoca dell'impero romano.

Nel corso dei secoli, gli ordinamenti giuridici hanno sviluppato sistemi differenziati per realizzare tale beneficio.

Come già ricordato, il diritto al gratuito patrocinio è stato tradizionalmente realizzato secondo due modelli, uno fondato sull'istituzione di uffici legali pubblici e caratterizzato dall'intervento dello Stato per il pagamento delle spese legali, l'altro, al contrario, costituito esclusivamente dalle

² Invero, tale prospettiva è più recente e legata alla nascita dello stato sociale.

³ L'avvocato si troverebbe costretto a cercare sempre una via di mediazione tra gli interessi dell'assistito e quelli dello Stato, tradendo così i doveri della funzione defensionale. Si veda in proposito il documento della Giunta del 21.1.2014.

⁴ Patrocinio a spese dello Stato in luogo di Gratuito Patrocinio.

⁵ Ad esempio, le consulenze nella fase antecedente l'iscrizione della notizia di reato o le investigazioni difensive preventive.

⁶ Basti pensare all'odioso DM 140/2012 (invero reso inapplicabile dall'entrata in vigore della legge professionale, ma che, di fatto, ha continuato ad essere utilizzato sino al varo del DM 55/2014) o all'introduzione dell'art. 106 bis DPR 115/2002.

⁷ Sicuramente significativa è stata la presa di posizione dell'attuale Giunta, che, con delibera del 13 novembre 2013, ha espresso una ferma e motivata critica nei confronti di quello che poi è divenuto il precetto dell'art. 106 bis DPR 115/2002.



prestazioni della classe forense sulla quale gravava l'onere di assistere gratuitamente le persone aventi diritto.

Un passaggio significativo per il nostro ordinamento è rappresentato dal R.D. 30 dicembre 1923 n. 3282, con il quale si è passati definitivamente da un sistema di assistenza pubblica ad uno basato esclusivamente sulle prestazioni dei liberi professionisti cui il compenso veniva corrisposto da parte dello Stato.

Tuttavia, a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, tale normativa è stata fatta oggetto di aspre critiche⁸, visto che si era dimostrata inadeguata a garantire un effettivo riconoscimento del diritto previsto dall'art. 24 co. 3 Cost.; ma, nonostante ciò, la disciplina del R.D. del 1923 è rimasta in vigore per moltissimi anni e solo con la L. 217 del 1990 è stato introdotto il patrocinio a spese dello Stato nel processo penale.

Nei diversi anni però, tutti gli interventi del legislatore per dare attuazione all'art. 24 della Costituzione, non hanno mai affrontato il tema in modo organico, limitandosi a previsioni specifiche nell'ambito delle singole giurisdizioni, sino alla decisione, con il DPR 115/2002, di riunire in un testo unico le spese di giustizia, tra le quali si annovera, appunto, la spesa in questione.

Si dice che uno dei difetti maggiori che caratterizzano l'istituto è che, in Italia, la tendenza sia quella a voler garantire troppo, rientrando nella copertura anche la spesa per l'investigatore, per il consulente e per l'interprete: in questo modo vi sarebbe eccessiva dispersione di risorse con l'inevitabile conseguenza di non poter ampliare la fascia degli aventi diritto (ad esempio, alzando il limite reddituale che consente l'accesso al beneficio).

D'altronde è indubbio che la mortificazione della funzione difensiva avverrebbe anche nel caso in cui il difensore fosse costretto a limitare il proprio raggio d'azione, rinunciando all'ausilio dei consulenti, a meno di non farsi personalmente carico della relativa spesa.

La strada, quindi, non può essere quella della riduzione della copertura perché ciò andrebbe a discapito dell'effettività del diritto di difesa.

Focus sull'Europa

In considerazione del fatto che l'Italia è stata spesso sotto la lente d'ingrandimento della Corte Europea per violazioni dei diritti garantiti dalle normative sovranazionali, vale la pena esaminare se la disciplina interna in tema di patrocinio a spese dello Stato sia rispettosa dei principi sanciti dalla normativa europea.

Dopo la fase di elaborazione dell'istituto della c.d. Procura Europea, il pendolo sembra essersi per fortuna nuovamente spostato verso il lato concernente la garanzia dell'accusato.

Il Consiglio di Europa aveva approvato, con una risoluzione del 30 novembre 2009, la c.d. Roadmap per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati ed imputati, che prevedeva l'introduzione di norme regolatrici del *legal advice* e *legal aid*. I due temi sono stati separati e, attualmente l'attività è solo all'inizio. E' tuttavia evidente l'intenzione di adottare significative misure per il *legal aid* che rendano effettivo nella pratica il diritto al *legal advice*.

⁸ La decisione sull'ammissione al beneficio era affidata ad una commissione mista a carattere amministrativo e non giudiziario, di talché l'esercizio del diritto – anche quello della difesa nel processo penale – era sottratto alla giurisdizione naturale prevista dall'art. 25 Cost, e risultava in contrasto con l'art. 24 co. 1 Cost.



La Commissione europea ha approvato, il 27 novembre 2013, tre proposte di direttive e due raccomandazioni, per garantire un processo giusto nell'ambito della Roadmap di cui si è detto sopra⁹.

Per quanto qui interessa si segnala che una delle proposte di direttiva riguarda l'accesso provvisorio al *legal aid* per persone private della libertà personale e nei procedimenti di esecuzione di MAE¹⁰, mentre una delle raccomandazioni affronta il tema più ampio del diritto all'accesso al gratuito patrocinio nei procedimenti penali¹¹.

La raccomandazione, che non ha purtroppo valore vincolante, ma che potrebbe dettare la linea da seguire nell'auspicabile prospettiva della realizzazione di una disciplina organica del settore, contiene alcune indicazioni di un certo interesse.

A fronte delle inevitabili e profonde differenze tra i diversi sistemi dei paesi membri¹², la citata raccomandazione detta alcuni principi che varrebbe la pena tenere presenti per l'alto grado di tutela del diritto ad una difesa adeguata.

In particolare, e per fare un esempio, al punto 8 si prevede che la incapacità a sostenere i costi della difesa non debba essere provata oltre ogni ragionevole dubbio.

Rappresenta poi una novità assoluta per il nostro sistema il parametro valutativo dell'interesse delle giustizia che, oltre all'ipotesi "classica" dell'indigenza, costituisce condizione per l'ammissione al patrocinio¹³.

Decisamente rilevante, nell'ottica della politica dell'Unione è quanto si afferma al punto 11: gli Stati membri devono predisporre sistemi di preparazione, selezione e controllo effettivi per garantire la qualità dei professionisti, nell'ottica di assicurare la c.d. *high quality* della difesa.

Infine, nella citata raccomandazione si suggerisce che la decisione se ammettere o meno al *legal aid* vada presa prontamente da un'autorità "indipendente e competente".

Nella stessa direzione, poi, va segnalato anche il parere della Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni, che, in una prospettiva di valutazione della nostra legislazione, potrebbe presentare qualche spunto di interesse.

Un motivo di pregio di tale parere riguarda il privilegio, ivi espresso, da accordare, ogni volta in cui ciò sia possibile, alla scelta dell'avvocato da parte dell'accusato, consentendo, altresì, la sua sostituzione qualora venga meno il rapporto fiduciario.

Vista la natura non vincolante della raccomandazione, non sono mancate le critiche al fatto che i principi generali sul *legal aid*, proprio per la caratura dei diritti di cui costituisce presidio, siano

⁹ Su cui il ministro Orlando ha di recente dichiarato di voler proseguire con impegno nel corso del semestre di presidenza italiana della UE in:

(http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_6_9.wp?previousPage=mg_6_1_1&contentId=NOL1049130)

¹⁰ http://ec.europa.eu/justice/criminal/files/com_2013_824_en.pdf

¹¹ http://ec.europa.eu/justice/criminal/files/c_2013_8179_en.pdf

¹² Il che impedisce di affrontare troppo nel dettaglio la questione.

¹³ In diversi paesi europei l'accesso al *legal aid* è subordinato, non soltanto ad un *means test* (intendendosi per tale parametro la riconducibilità all'interno della soglia di reddito normativamente prevista), ma è prevista anche l'ipotesi di un *merits test*, ricollegabile al tipo di procedimento, che deve risultare "serio" rispetto ai parametri della gravità del reato e delle conseguenze, della complessità del caso ovvero della situazione personale e sociale dell'accusato.



contenuti in un provvedimento *non binding*, come ha rilevato, con un proprio documento, l'ECBA (European Criminal Bar Association)¹⁴, tanto più se si considera che l'istituto del *legal aid* deve fare da necessario contrappeso all'istituzione della procura europea¹⁵.

Ai fini che qui interessano e, soprattutto, tenendo presente un tema su cui l'Unione si è sempre battuta – la qualificazione professionale -, una menzione merita il contenuto dei Principi e linee guida sull'accesso al *legal aid* nei sistemi di giustizia penale, approvati dall'assemblea generale dell'ONU il 20 dicembre 2012¹⁶.

Conclusioni e proposte di riforma

Quali sono in definitiva gli aspetti che la normativa europea e comunque il confronto con gli altri paesi pongono alla nostra attenzione?

Gli aspetti imprescindibili *de iure condendo* nella prospettiva di un'auspicabile riforma dell'istituto del patrocinio a spese dello Stato, sono riassumibile nei seguenti punti:

1° Certamente il **tema della qualità del difensore e della sua formazione è centrale**: una proposta di riforma deve necessariamente prevedere un sistema di reale formazione e preparazione del difensore senza la quale il dovere dello Stato di assicurare l'effettività della difesa anche per i non abbienti resterebbe mera petizione di principio.

2° Non meno importante è la necessità di consentire **immediato accesso al legal aid, nei casi di privazione della libertà personale**.

3° Infine, dovendo prendere atto, allo stato, della non percorribilità di altre strade, per assicurare comunque una difesa di qualità, **è auspicabile, oltre all'utilizzo generalizzato della modulistica europea, una sensibile accelerazione delle procedure di liquidazione anche mediante assegnazione di un termine per l'espletamento degli accertamenti da parte della Guardia di Finanza**.

Roma, 18 settembre 2014

L'Osservatorio
sul patrocinio a spese dello Stato

¹⁴ Secondo l'ECBA, l'ammissione provvisoria al *legal aid* non dovrebbe essere soggetta a revoca, rappresentando, la privazione della libertà, già uno dei merit tests, se non il più rilevante rispetto a quello del tema d'accusa.

¹⁵ La stessa ECBA, nel giugno 2012, aveva elaborato i c.d.: *Touchstones* (standards minimi) per l'accesso al *legal aid* http://www.ecba.org/extdocserv/projects/legalaid/20130525_ECBATouchstonesLegalAid.pdf

¹⁶ http://www.uianet.org/sites/default/files/RES_GA_UN_121003_EN.pdf. L'istituto dovrebbe essere gestito, in tutti i suoi aspetti, da un organismo indipendente, ad alta competenza, ma soprattutto, dovrebbe assicurare che ogni avvocato abilitato al *legal aid* possieda preparazione, formazione, capacità ed esperienza adeguate alla natura dell'incarico.