

Albo o Elenco?

di Nicola Ianniello*

Indice

Premessa

La cura delle casse dello Stato e l'ert. 17bis della legge n. 134/2001

Segue: la cura delle casse dello Stato e l'ert. 81 d.p.r. n. 115/2002

Un po' di storia

Libertà di scelta del difensore

Rigore della Corte di Cassazione

Conclusioni

Premessa

La recente **ordinanza n. 4976 della Corte Suprema di Cassazione sez. VI civile** offre l'occasione per un dibattito sulla assistenza del non abbiente e, in particolare, sulla scelta del difensore tra coloro che sono iscritti all'albo degli avvocati ovvero tra coloro che chiedono di essere inseriti nell'elenco dei patrocinatori a spese dello Stato tenuto presso ogni Ordine forense.

L'ordinanza succitata ha smentito il tribunale che, respingendo la opposizione del difensore del non abbiente, aveva negato la liquidazione del compenso, poiché lo stesso non aveva documentato l'iscrizione all'albo dei legali abilitati al patrocinio a spese dello Stato, ai sensi degli artt. 80 e ss., d.p.r. n. 115/02 in tanto in quanto nel giudizio di opposizione al decreto di liquidazione del compenso per il patrocinio a spese dello Stato, come si legge nella motivazione della Corte "la parte istante non è obbligata ad indicare, né a documentare l'iscrizione dell'avvocato nell'elenco di cui all'art. 81 del d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, trattandosi di elenco avente natura pubblica (Cass. 14594/2008; Cass. 9264/2015)" aggiungendo che "nel giudizio per la liquidazione dei compensi dei difensori delle parti ammesse al patrocinio a spese dello Stato, la domanda non può essere rigettata per la mancanza dei documenti necessari per la decisione, dovendo il giudice adito attivare i poteri istruttori officiosi che caratterizzano il procedimento ex art. 15 d.lgs. 150/2011, sia per la determinazione del "quantum", che per l'accertamento dell'"an", in virtù della previsione contenuta al comma 5 dell'art. 15 cit., che va interpretata non come espressione di mera discrezionalità, bensì come potere-dovere di decidere "causa cognita", senza limitarsi ad una meccanica applicazione della regola formale del giudizio fondata sull'onere della prova".

Giusta quanto sopra, è allora **fondamentale per il difensore del non abbiente tenere a mente che:**

- 1) il compenso prestato per il patrocinio statale viene riconosciuto solo all'avvocato iscritto negli elenchi depositati presso gli Ordini forensi distrettuali,
- 2) la difesa del non abbiente con il patrocinio di avvocato non iscritto nell'elenco di cui sopra avviene a rischio e pericolo della liquidazione del compenso di quest'ultimo, salva l'ipotesi di conoscenza da parte dell'assistito di detta situazione.

La cura delle casse dello Stato e l'ert. 17bis della legge n. 134/2001

L'introduzione della previsione di un elenco è, infatti, intervenuta nel 2001 con l'**art. 17bis della legge n. 217/90 modificata dalla legge n.134/01**, laddove viene disposto che presso ogni consiglio dell'ordine degli avvocati veniva istituito l'elenco degli avvocati per il patrocinio a spese dello Stato (tuttora esistente anche dopo l'introduzione del testo unico sulle spese di giustizia), formato da avvocati in possesso di attitudini ed esperienza professionale, assenza di sanzioni disciplinari e anzianità professionale non inferiore a sei anni (poi ridotti a due), comunque sempre dietro specifica domanda dell'avvocato a seguito della quale viene inserito in detto elenco dietro delibera del consiglio dell'ordine, il quale valuta la sussistenza dei requisiti e condizioni suddette.

In effetti la legge n. 217/90, dopo alcuni provvedimenti legislativi in materia di difesa del non abbiente, rimasti peraltro piuttosto nell'ombra perchè poco conosciuti e poco applicati (Legge n.533/73 del lavoro, legge n.117/1988 responsabilità magistrati) ha segnato l'ingresso dello Stato anche nella gestione finanziaria delle cause dei poveri (anche se allora limitato al settore penale) travolgendo il sistema che fino allora aveva consentito la difesa dei poveri attraverso l'assunzione di incarichi del tutto onorifici da parte di ogni avvocato iscritto all'albo secondo le determinazioni di una commissione costituita presso ogni ufficio giudiziario.

Segue: la cura delle casse dello Stato e l'art. 81 d.p.r. n. 115/2002

In verità, la cura delle risorse finanziarie pubbliche ha sollecitato, appunto nel 2001, una forma di garanzia nella difesa del non abbiente proprio attraverso quanto disposto con l'art. 17bis sopra riportato ed oggi confermato con l'**art. 81 del d.p.r. n. 115/2002** che ha voluto ancor di più rimarcare "attitudini ed esperienza professionale specifica, distinguendo tra processi civili, penali, amministrativi, contabili, tributari ed affari di volontaria giurisdizione" con ciò volendo assicurare al non abbiente una difesa seria, competente e attrezzata.

Orbene, il convegno organizzato dall'ANVAG nel 2003 ebbe a far conoscere il pensiero sul punto di questa associazione nel senso di voler affermare la massima libertà, da un lato, nella scelta del difensore tra coloro che sono iscritti all'albo professionale, e dall'altro lato nell'esercizio della difesa: in questo quadro particolare per l'istituto della difesa del non abbiente, viene posto un **principio fondamentale** e cioè quello che nel caso di assegnazione del difensore da parte dell'Ordine su domanda espressa del cittadino, è necessario che al richiedente venga garantita non solo la difesa competente e attrezzata, ma anche un avvocato che, avendo comunicato preventivamente non solo sia la propria disponibilità che la propria competenza in una determinata materia, svolga diligentemente il mandato che gli viene conferito a seguito della designazione operata e con la consapevolezza di esercitare una funzione pubblica rivolta all'aiuto dei più deboli accettando a priori la decurtazione del proprio compenso contribuendo in tal modo alla sana gestione delle risorse pubbliche messe a disposizione dell'istituto.

Quanto detto non è altro che la ratio del combinato disposto dagli artt. 80 e 81 del t.u.s.g. Ferma rimanendo la libertà di scelta del proprio difensore iscritto all'albo di uno degli Ordini forensi del distretto.

Come è certamente noto, l'accettazione dell'incarico da parte del difensore era uno dei problemi che più preoccupava nella vigenza della legge n.3282/23 allorquando la prestazione era ritenuta un compito onorifico dell'avvocatura e la nomina proveniva da una commissione del gratuito patrocinio istituita presso ogni ufficio giudiziario che poteva scegliere liberamente ogni iscritto che era obbligato (spesso *ob torto collo*) ad assumere la difesa.

Un po' di storia

L'ANVAG nel 2003 ebbe a organizzare un incontro di studio sul tema "albo o elenco?" in quanto era ancora vivo il problema dovuto al fatto che limitare l'assunzione degli incarichi difensivi soltanto agli iscritti ad un elenco costituiva una violazione di principi fondamentali quali a) i principi di libertà e indipendenza dell'esercizio della professione forense sanciti dalle norme della costituzione nazionale;b) i principi del diritto di difesa per il cittadino e di scelta di un difensore di fiducia sancito anche dalle norme della legislazione internazionale.

L'associazione già al momento della nascita del testo unico sulle spese di giustizia con l'introduzione degli articoli succitati 80 e 81 aveva fatto risuonare le parole pronunciate dal grande Giuseppe Chiovenda il quale già nel 1930 ebbe ad affermare che "del resto, come lo Stato può valersi di liberi professionisti fuori degli avvocati erariali, non si deve escludere che chi è ammesso al beneficio dei poveri possa valersi di difensori non appartenenti all'ufficio, quando ragioni personali di amicizia, di studio precedentemente fatto della causa, di conoscenza diretta del rapporto controverso, rendano più proficua l'opera degli avvocati estranei all'ufficio. Ciò che importa è che

questi uffici quanto alla loro costituzione, composizione, disciplina e governo rimangano completamente entro l'orbita della classe, in modo che la difesa dei poveri pur dovendo considerarsi come una funzione di Stato trovi i suoi organi nella libera professione e rimanga gelosa prerogativa di questa" (G.Chiovenda "Saggi di diritto processuale civile", 1930).

Il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma nell'adunanza del 4 luglio 2002, ebbe a deliberare in merito all'**art. 80 del T.U.** richiamato che tale articolo, riferendosi al "famigerato" elenco di avvocati, prevede una mera "**ulteriore facoltà per il non abbiente ammesso al gratuito patrocinio di servirsi, laddove ciò gli sia necessario, di una indicazione** - in certo modo pubblicamente garantita, quanto ad esperienza e professionalità - di avvocati che, per la loro anzianità professionale e per la dichiarata specializzazione, possano adempiere al meglio il mandato che si intende loro conferire, senza che ciò valga ad escludere in alcun modo la libera possibilità di scegliere altresì il proprio difensore fra tutti gli iscritti all'Albo degli Avvocati ed al registro dei praticanti abilitati custodito dall'Ordine territorialmente competente".

Libertà di scelta del difensore

In tempi brevi, è stato necessario l'intervento della Corte Costituzionale con l'**ordinanza n. 299 del 19-28 giugno 2002 (il d.p.r. 115/02 è entrato in vigore il 1° luglio 2002)** che ha ovviamente riguardato l'art. 17bis come sopra formulato dalla legge n. 134/2001, e che ha confermato la **rigorosità dell'elenco degli iscritti** per il patrocinio a spese dello Stato, al quale solo deve farsi riferimento **anche in vista della liquidazione delle competenze e onorari della difesa** svolta, non riconoscendo, quindi, il diritto del cittadino di nominare liberamente un difensore iscritto all'albo degli avvocati, e non necessariamente a quell'elenco, nonché specularmente il diritto da parte di un avvocato di proporsi per la difesa di un non abbiente accompagnandolo nella richiesta di essere ammesso al beneficio ricorrendone i presupposti.

Ma già dopo qualche mese (**5 ott. 2002**), entrato in vigore nel luglio precedente il testo unico sulle spese di giustizia, è intervenuto il **decreto del Dott. Savio** della VII sez.penale del **Tribunale di Roma** il quale ha ammesso un imputato al patrocinio a spese dello Stato difeso da avvocato non iscritto agli elenchi di cui all'art. 81 t.u.s.g. motivando che "*il combinato disposto degli artt 80 e 81 t.u.s.g. finisce per avere una rilevanza tutta interna all'ordinamento forense per effetto dell'indiretta creazione di null'altro che di una norma deontologica relativa alle modalità di acquisizione della clientela che impone ai non iscritti agli elenchi di cui all'art. 81 di non accettare incarichi fiduciari da chi chiede di essere ammesso al patrocinio a spese dello Stato (norma la violazione della quale rimane quindi in ipotesi sanzionabile solo in sede disciplinare nell'ambito della discrezionalità in materia del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati)*".

In effetti dalla lettura dell'art. 80 d.p.r. n.115/2002 si evince che "chi è ammesso al patrocinio **può** nominare un difensore scelto tra gli iscritti negli elenchi degli avvocati per il patrocinio a spese dello Stato, istituiti presso i consigli dell'ordine del distretto di corte di appello nel quale ha sede il magistrato competente a conoscere del merito o il magistrato davanti al quale pende il procedimento".

D'altro canto il combinato disposto degli artt. 81 e 82 ivi (il primo disponendo che *l'elenco degli avvocati per il patrocinio a spese dello Stato è formato dagli avvocati che ne fanno domanda e che siano in possesso di attitudini ed esperienza professionale specifica, distinguendo tra processi civili, penali, amministrativi, contabili, tributari ed affari di volontaria giurisdizione, nonché assenza di sanzioni disciplinari superiori all'avvertimento, irrogate nei cinque anni precedenti la domanda, oltre la iscrizione all'Albo degli avvocati da almeno 2 anni*, il secondo disponendo che *l'onorario e le spese spettanti al difensore sono liquidati dall'autorità giudiziaria con decreto di pagamento, e nel caso in cui il difensore nominato dall'interessato sia iscritto in un elenco degli avvocati di un distretto di corte d'appello diverso da quello in cui ha sede il magistrato competente a conoscere del merito o il magistrato davanti al quale pende il processo, non sono dovute le spese e le indennità di trasferta previste dalla tariffa professionale*) impone che la liquidazione del compenso sia diretta al solo avvocato iscritto agli elenchi in parola, con ciò confermando che la

nomina di un avvocato non iscritto in detti elenchi espone da un lato il non abbiente a dover pagare la parcella al difensore qualora sia dimostrata la sua consapevolezza della non iscrizione all'elenco, dall'altro lato l'avvocato a non poter chiedere alcun onorario all'assistito già ammesso al patrocinio a spese dello stato stante le sanzioni previste dall'art. 85 del testo unico sulle spese di giustizia che vieta al difensore, l'ausiliario del magistrato e il consulente tecnico di parte di chiedere e percepire dal proprio assistito compensi o rimborsi a qualunque titolo, disponendo che ogni patto contrario è nullo e che la violazione del divieto costituisce grave illecito disciplinare professionale.

Nondimeno resta legittima la scelta da parte di colui che chiede il beneficio del gratuito patrocinio di un difensore fra gli iscritti all'albo professionale, anche se non inseriti nell'elenco dei difensori previsto dall'art. 81 d.p.r.n.115/2002 (come stabilito anche dal C.N.F. con delibera del 21 feb 2003).

Sul punto vale ricordare che nel **giugno del 2004 il Presidente del Tribunale di Catanzaro** ebbe ad ammettere al beneficio un soggetto che si era visto respingere la domanda dal locale Consiglio dell'Ordine degli Avvocati sul presupposto che il difensore indicato non era iscritto negli elenchi dei patrocinatori a spese dello Stato.

Il Tribunale argomentò nel senso che *la nomina del difensore di fiducia da parte di chi viene ammesso al gratuito patrocinio esula dalla valutazione del giudice che concede il beneficio. Secondo la disposizione di cui all'art. 80 del menzionato decreto, la nomina, infatti, segue l'ammissione e non viceversa; e non è dato rinvenire nella normativa in esame alcuna disposizione che attribuisca al giudice concedente il potere di escludere o condizionare la concessione del patrocinio alla nomina di un legale determinato e che la norma di cui all'art. 80 comma 1 del d.p.r. n.115/2002 non limita il diritto di scelta del difensore di fiducia in pregiudizio delle persone ammesse al beneficio, ma adempie la diversa funzione di rendere effettiva ed agevole l'attuazione dell'istituto attraverso la costituzione di pubblici elenchi di professionisti, sicuramente disponibili, per avere fatto l'apposita domanda, ad assumere, in favore dei non abbienti, il ministero difensivo, che gli altri avvocati, anche in considerazione della sensibile decurtazione degli onorari prescritta dall'art. 82 dello stesso decreto, potrebbero rifiutare.*

Rigore della Corte di Cassazione

Ciò, in realtà, si pone in linea con quanto è stato oggetto di attenzione da parte della sez 4^a pen. della Corte di Cassazione con ordinanza n.698 del gennaio 2004, laddove le ragioni della necessità dell'inserimento dell'avvocato in un elenco sono state rinvenute nel fatto che il legislatore *nel prevedere che la parte ammessa al beneficio del patrocinio a spese dello Stato possa nominare un difensore scelto solo tra gli iscritti negli appositi elenchi degli avvocati per il patrocinio istituiti presso i consigli dell'ordine del distretto anziché genericamente negli albi degli avvocati del distretto (ora art. 80 dpr 30 maggio 2002n.115; in precedenza in tal senso già l'art. 17-bis della legge 30 luglio 1990 n. 217 come introdotto con legge 29 marzo 2001 n. 134), ha inteso istituire un meccanismo di ulteriore garanzia, che riguarda, da un lato, il soggetto assistibile, che così potrà usufruire di una maggiore esperienza e capacità professionale assicurata dal possesso dei requisiti richiesti per l'accesso a tale elenco, e, dall'altro, tende a tutelare gli interessi erariali, posto che la maggiore esperienza posseduta dai professionisti che abbiano avuto accesso all'elenco speciale implementa le possibilità di esito vittorioso del giudizio, con una conseguente economia nella utilizzazione delle risorse pubbliche.*

La stessa ordinanza, relativamente al punto riguardante la condizione necessaria per la liquidazione del compenso e che è rappresentata dal necessario inserimento del difensore nel suddetto elenco, ha aggiunto che *in relazione al disposto dell'art. 80 dpr 30 maggio 2002 n. 115, in forza del quale la parte ammessa al beneficio del patrocinio a spese dello Stato può nominare un difensore scelto solo tra gli iscritti negli appositi elenchi degli avvocati istituiti presso i consigli dell'ordine del distretto, anziché, genericamente, negli albi degli avvocati del distretto, deve ritenersi che la **legittimazione del difensore (data dall'inserimento nell'elenco speciale suddetto) debba sussistere al momento della prestazione professionale, senza possibilità di successiva ratifica con effetto retroattivo.***

Quanto sopra trova conferma nel successivo arresto della stessa Corte di legittimità (**Cass. pen. sez. IV, 4 febbraio 2009, n. 19648**) laddove si riconosce che il difensore che, al momento della nomina, non era iscritto all'elenco speciale degli avvocati abilitati per il patrocinio a spese dello Stato per non aver ancora maturato l'anzianità necessaria per la suddetta iscrizione, non ha diritto alla liquidazione del compenso per l'attività svolta in favore del proprio assistito ammesso al patrocinio gratuito, nemmeno nell'ipotesi in cui, in forza delle modifiche apportate alla relativa disciplina dall'art. 2 l. n. 25 del 2005, l'anzianità maturata al momento dell'assunzione dell'incarico professionale sia divenuta titolo sufficiente per l'iscrizione nel menzionato elenco, atteso che tale norma non ha efficacia retroattiva.

Conclusioni

In conclusione possiamo affermare senza ombra di dubbio che appare quanto mai arduo conciliare il valore della libertà che deve pervadere necessariamente la professione forense con l'altro valore di consapevole appartenenza ad una comunità che riconosce dovuto l'aiuto a coloro che sono più deboli in quanto esposti ad un processo in cui spesso, per i costi necessariamente alti, la parte ricca ha campo libero per affermare le sue ragioni.

Proprio perchè l'accesso alla giustizia è un diritto acquisito della parte riconosciuta non abbiente (art. 24 cost.) e che costei ha diritto ad un giusto processo (art. 111 cost.) non è chi non veda come il compito degli Ordini forensi debba essere altamente qualificato laddove l'affidamento dell'incarico giudiziale oggetto della domanda del beneficio, riguardi l'avvocato cui siano riconosciuti attitudini ed esperienza professionale specifica, onde assicurare al non abbiente una difesa seria, competente e attrezzata.

Parimenti, vale rimarcare, proprio in virtù di tale impegno di valenza costituzionale (la rilevanza generale e pubblicistica della figura di avvocato in uno Stato democratico ormai deve necessariamente essere riconosciuta in un ambito costituzionale come forza necessaria per l'attuazione delle leggi -v. Avv.Irene Marconi "La centralità del ruolo dell'avvocato" in www.altalex.it e Avv.Nicola Ianniello "L'avvocatura quale organo di rilievo costituzionale" in www.anvag.it), che l'avvocato iscritto agli elenchi dei patrocinatori a spese dello Stato si rende disponibile a comprimere il proprio sacrosanto diritto al giusto compenso (art. 36 cost.) al fine di favorire la gestione dell'istituto del gratuito patrocinio che si è scelto di adottare non in ambito privatistico e cioè all'interno dell'avvocatura, ma in ambito pubblicistico e cioè a spese dell'erario ovvero a di tutta la collettività.

(*Avv.Nicola Ianniello presidente nazionale A.N.V.A.G.-03/22)