

L'APPROVAZIONE DELLA DIRETTIVA 2016/1919 SUL PATROCINIO A SPESE DELLO STATO: LA BATTUTA FINALE NEL CAMMINO VERSO LA MAPPATURA DEI DIRITTI PROCEDURALI FONDAMENTALI

di Caroline Peloso

(Dottoranda presso l'Università di Torino e l'ISCJ Université de Bordeaux)

*“Non saremo soddisfatti finché la giustizia non scorrerà
come l'acqua e il diritto come un fiume possente”*

Martin Luther King

SOMMARIO: 1. La strada percorsa nell'ambito della *road map* europea in materia di diritti procedurali minimi. - 2. Il patrocinio a spese dello Stato nelle fonti sovranazionali e nazionali: l'aspirazione ad un equilibrio tra le parti nel processo penale. - 3. Un'analisi della direttiva 2016/1919/UE sull'accesso al patrocinio dello Stato per indagati e imputati nel procedimento penale - 4. La direttiva 2016/1919/UE nel quadro della procedura di esecuzione del mandato d'arresto europeo. - 5. L'attuale disciplina italiana sul patrocinio a spese dello Stato: una tutela conforme agli standard europei? - 5.1. Ambito applicativo della disciplina interna. - 5.2. Criterio di attribuzione del patrocinio. - 5.3. Individuazione dell'autorità competente a decidere sul beneficio e tutela del richiedente. - 5.4. Formazione dei soggetti coinvolti nella procedura - 6. Il patrocinio a spese dello Stato tra dettato legislativo e realtà sociale: riflessioni sui limiti della disciplina interna ed europea.

1. A seguito dell'accordo raggiunto tra il Comitato dei rappresentanti permanenti, a nome del Consiglio dell'Unione europea, e il Parlamento europeo, è stata approvata la nuova direttiva 2016/1919/UE sul patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo¹.

Tale direttiva, lo rammentiamo, si inserisce nel contesto della tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali minimi di indagati o imputati nell'ambito del procedimento penale adottata sulla base della risoluzione del Consiglio dell'Unione europea del 30 novembre 2009² ed, in particolare, costituisce residuale attuazione della misura C relativa al diritto alla consulenza e all'assistenza legale gratuita per l'imputato o l'indagato nel procedimento penale. Il programma europeo infatti non poteva ignorare un diritto fondamentale come quello diretto ad assicurare

¹ Direttiva 2016/1919 del Parlamento e del Consiglio del 26 ottobre 2016. in *G.U.U.E.* 4.11.2016, L 297/1 con una recente rettifica pubblicata in *G.U.U.E.* 5.4.2017, L 91/40.

² Risoluzione del Consiglio 2009/C relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali, in *G.U.U.E.* 4.12.2009, C 295/1.

all'indagato o all'imputato, che non abbia le risorse economiche necessarie, di essere – sin dalle prime fasi di un procedimento penale e per tutta la sua durata – assistito e rappresentato da un avvocato; quest'ultimo, grazie alle sue capacità tecniche, è il solo in grado di assicurare al non abbiente una difesa efficace e di qualità al fine di evitare che le sue condizioni economiche – ponendolo in una situazione di inferiorità rispetto all'altra parte processuale principale – possano influire sull'equità del processo.

Dall'approvazione della tabella di marcia sui diritti procedurali, l'Unione europea ha emanato una prima serie di misure: la direttiva 2010/64/UE sul diritto all'interpretazione e alla traduzione – recepita in Italia dal d. lgs. 32/2014 – la direttiva 2012/13/UE sul diritto alle informazioni nel procedimento penale – attuata con il d. lgs. 101/2014 – ed infine la direttiva 2013/48/UE sul diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo, sul diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà e sul diritto delle persone private della libertà di comunicare con terzi e con le autorità consolari, attuata con il recente d. lgs. 184/2016³.

A questo primo nucleo di proposte stilate nel 2009, la Commissione europea, il 27 novembre 2013, ha aggiunto ulteriori proposte al fine di rafforzare ulteriormente il nucleo di diritti procedurali⁴ e, più particolarmente, in materia di garanzie speciali per indagati o imputati vulnerabili ha emanato la direttiva 2016/800/UE per minori indagati o imputati nei procedimenti penali, la direttiva 2016/343/UE⁵ sulla

³Direttiva 2010/64/UE, in *G.U.U.E.* 26.10.2010, L 280/1; cfr. C. AMALFITANO, *Unione europea e garanzie processuali: il diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, in *Studi sull'integrazione europea*, Roma 2001, 83 ss.; M. BARGIS, *L'assistenza linguistica per l'imputato: dalla Direttiva europea 64/2010 nuovi inputs alla tutela tra teoria e prassi*, in *Studi in ricordo di Maria Gabriella Aimonetto*, a cura di M. Bargis, Milano 2013; M. GIALUZ, *Il decreto legislativo di attuazione della direttiva sull'assistenza linguistica (n. 32 del 2014): un'occasione sprecata per modernizzare l'ordinamento italiano*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 10.4.2014; direttiva 2012/13/UE, in *G.U.U.E.* 1.06.2012, L 142/1; cfr. S. CIAMPI, *Diritto all'informazione nei procedimenti penali: il recepimento low profile della direttiva 2012/13/UE da parte del d.lgs 1 luglio 2014 n. 101*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 24.09.2014; Direttiva 2013/48/UE, in *G.U.U.E.* 6.11.2013, L 294/1; cfr. F.A. BUBULA, *La direttiva 2013/48/UE sul diritto del difensore a comunicare con terzi e autorità consolari in caso di privazione della libertà personale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29.11.2013; S. QUATTROCOLO, *Interventi minimi in materia di accesso al difensore: la recente trasposizione della Direttiva 2013/48/UE*, in *www.eurojus.it* 15.10.2016.

⁴Sul punto cfr. M. CAGOSSI, *Prosegue inarrestabile il percorso verso il rafforzamento dei diritti processuali dei cittadini dell'Unione europea*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 20.12.2013.

⁵Direttiva 2016/800/UE, in *G.U.U.E.* 21.5.2016 L 132/1 cfr., tra gli altri, L. CAMALDO, *Garanzie europee per i minori autori di reato nel procedimento penale: la Direttiva 2016/800/UE in relazione alla normativa nazionale*, in *CP* 2016, 4572; S. CIVIELLO CONIGLIARO, *All'origine del giusto processo minorile europeo*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13.2.2016; S. MONICI, *L'UE continua la ricerca dell'equità nei processi penali: introdotte nuove regole comuni per il processo penale minorile*, in *www.eurojus.it*, 22.5.2016; G. SAMBUCCO, *Verso l'attuazione del giusto processo per i minori*, in *AP* 2016, (2), 1; direttiva 2016/343/UE, in *G.U.U.E.* 11.3.2016, L 65/1; cfr., tra gli altri, F. ALONZI, *La direttiva Ue sul diritto dell'imputato di partecipare al giudizio e la disciplina italiana sul processo in absentia*, in *www.legislazionepenale.eu*, 21.9.2016; L. CAMALDO, *Presunzione di innocenza e diritto di partecipare al giudizio: due garanzie fondamentali del giusto processo in un'unica Direttiva dell'Unione europea*, in

presunzione di innocenza e sul diritto a presenziare al processo penale ed infine la direttiva 2016/1919/UE, qui commentata.

Queste ulteriori proposte, in tema di garanzie procedurali, trovano origine nelle sollecitazioni contenute nel Programma di Stoccolma⁶ dell'11 dicembre 2009 dove il Consiglio, al considerando 2.4, pur accogliendo con favore le indicazioni oggetto della tabella di marcia, ha invitato la Commissione ad esaminare ulteriori aspetti legati ai diritti procedurali minimi di indagati e imputati, nonché a valutare se fosse necessario affrontare altre questioni al fine di garantire una migliore cooperazione nei procedimenti penali tra gli Stati membri.

La direttiva 2016/1919/UE, come affermato anche nella sua Relazione di accompagnamento⁷, viene pertanto a completare la mappatura delle garanzie procedurali sottese alla volontà di creare un giusto processo europeo⁸ e la sua importanza, nell'architettura processuale creata dall'insieme di questi testi europei, risulta fondamentale in quanto gli aspetti relativi al patrocinio a spese dello Stato integrano e garantiscono l'effettività dei diritti sanciti nella direttiva 2013/48/UE sul diritto di accesso ad un difensore nel processo penale, testo quest'ultimo a cui la direttiva in questione è dunque legata a doppio filo.

Anche in tal caso l'intervento europeo si basa sull'art. 82 §2 lett. b del TrFUE, il quale prevede che, laddove sia necessario per facilitare la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materia penale avente carattere transnazionale, il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire norme minime mediante l'emanazione di direttive europee in vari settori, tra cui i diritti della persona indagata, imputata e ricercata nell'ambito di un procedimento penale. Inoltre, l'atto normativo viene adottato dal Parlamento e dal Consiglio sulla base del principio di sussidiarietà, enunciato nell'art. 5 TrUE, in virtù del quale la definizione di un nucleo minimo di garanzie in materia di accesso al patrocinio a spese dello Stato può essere conseguita con risultati migliori a livello europeo.

Le norme minime contenute nella direttiva 2016/1919/UE dovranno dunque essere recepite dagli ordinamenti degli Stati membri entro il 25 maggio 2019, senza trovare tuttavia applicazione al Regno Unito, all'Irlanda e alla Danimarca.

www.penalecontemporaneo.it, 23.3.2016; N. CANESTRINI, *La direttiva sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, in *CP* 2016, 2224 ss.; J. DELLA TORRE, *Il paradosso della direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto a presenziare al processo: un passo indietro rispetto alle garanzie fondamentali?* in *RIDPP* 2016, 1835.

⁶ Programma di Stoccolma, *Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, pubblicato nella *G.U.U.E.*, 4.5.2010, C 115/1; per qualche considerazione generale: cfr. T. RAFARACI, *Diritti fondamentali, giusto processo e primato del diritto UE*, in *PPG* 2014 (3), 1; R.E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, in *Manuale di procedura penale europea*³, a cura di R.E. Kostoris, Milano 2017.

⁷ Cfr. COM (2013) 284 def., 3, punti 6 e 8.

⁸ Il diritto ad un processo equo è garantito dai testi sovranazionali, in particolare: art. 6 Convenzione europea dei diritti dell'uomo, art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 14 Patto internazionale sui diritti civili e politici.

2. La direttiva 2016/1919/UE fornisce all'art. 3 una definizione di patrocinio a spese dello Stato come «il finanziamento da parte di uno Stato membro dell'assistenza di un difensore che consenta l'esercizio del diritto di avvalersi di un difensore».

Si tratta di una definizione che ha il pregio di valorizzare il ruolo centrale svolto dal difensore chiamato a prestare l'assistenza legale «gratuita»: essa evidenzia come la possibilità di esercitare il diritto di avvalersi della difesa tecnica⁹ costituisca espressione del più generale principio di uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge, in quanto tutti coloro che vengono coinvolti in un procedimento penale, e qualunque sia la loro situazione patrimoniale, debbono poter agire e difendere i propri diritti davanti agli organi giurisdizionali.

A livello sovranazionale, il diritto ad accedere al patrocinio a spese dello Stato nei procedimenti penali è sancito dall'art. 47 § 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dall'art. 6 § 3 lett. c della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dall'art. 14 § 3 lett. d del Patto internazionale sui diritti civili e politici. Tuttavia tali norme, ricorda il testo della direttiva, non garantiscono l'effettività dell'assistenza legale gratuita, come dimostrato dalla loro applicazione nell'esperienza concreta. Il tema del *legal aid* è inoltre oggetto di attenzione anche da parte del diritto internazionale: il 20 dicembre 2012, è stata approvata la risoluzione dell'Assemblea generale della Nazioni Unite intitolata «*The UN Principles and Guidelines on Access to Legal Aid in Criminal Justice Systems*», recante principi standard su cui dovrebbero fondarsi i sistemi legislativi nazionali nella disciplina del *legal aid*.

Nell'ordinamento italiano, l'istituto del patrocinio a spese dello Stato¹⁰ è invece, evidentemente, espressione diretta dell'art. 24 Cost. – norma fondamentale del sistema di tutela giurisdizionale – che riconosce il diritto di tutti i cittadini ad accedere alla giustizia, senza alcuna distinzione, per ivi tutelare i propri diritti e interessi legittimi, e in cui il diritto di difesa viene definito, al suo 2° co., come inviolabile in ogni stato e grado del procedimento¹¹. Il diritto all'assistenza dei non

⁹ La direttiva 2013/48/UE al considerando 15 definisce il difensore come «qualsiasi persona che è qualificata e autorizzata conformemente al diritto nazionale, ad esempio mediante abilitazione da parte di un organo preposto, a fornire consulenza e assistenza legali a indagati o imputati».

¹⁰ Cfr. P. BRANDI, *Gratuito patrocinio*, ivi, XIX, 1982, 733; M. CAPPELLETTI, *Processo e ideologie*, Bologna 1969; ID., *Povertà e giustizia*, in *FI* 1969 (V), 42; G. PEZZANO, *Patrocinio a spese dello Stato*, in *ED*, XXXII, 1982, 440.

¹¹ Il diritto di difesa, nella sua natura inviolabile, è dunque esplicitazione dell'art. 2 Cost. in virtù del quale «la Repubblica riconosce garantisce i diritti inviolabili dell'uomo»: cfr. M. SCAPARONE, *Il comma dell'art. 24 Cost., il diritto di difesa nel processo penale*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna 1981; nel senso secondo cui l'art. 2 Cost., laddove sancisce che la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo è assicurata e garantita a quest'ultimo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, indicherebbe che il diritto di difesa trova nel sistema costituzionale italiano una tutela più intensa rispetto alle fonti sovranazionali che contemplano invece un'alternativa tra la difesa personale e tecnica: cfr. M. CHIAVARIO, sub art. 6, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti e G. Raimondi, Padova 2001, 230; E. MARZADURI, *L'identificazione del contenuto del diritto di difesa nell'ambito della previsione dell'art. 6, n. 3, lett. c della Convenzione*

abbienti, previsto dall'art. 24 co. 3 Cost., è anche espressione del diritto ad un equo processo, principio avente valore costituzionale a seguito della novella dell'art. 111 Cost. ad opera della legge costituzionale n. 2 del 23 novembre 1999, sebbene non trovi una consacrazione espressa nel testo di quest'ultima norma.

Alla base della necessità di prevedere un sistema di *legal aid* all'interno dei sistemi nazionali vi è un tratto fondamentale del processo, non solo nella sua veste penale, ossia quello della parità delle armi tra le parti: l'uguaglianza di queste ultime costituisce infatti una premessa fondamentale affinché sia assicurato il corretto funzionamento del contraddittorio giudiziario davanti ad un giudice, terzo e imparziale¹². Per tale ragione, il 3 comma dell'art. 24 Cost. prevede che, in presenza di una situazione di non abbienza del cittadino, lo Stato debba prevedere appositi meccanismi volti a garantire il diritto di difesa costituzionalmente tutelato, affinché, come previsto dall'art. 3 co. 2 Cost., siano rimossi gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono la realizzazione di un'eguaglianza sostanziale di tutti i cittadini¹³.

In particolar modo, l'esigenza di garantire una difesa tecnica adeguata è connaturata alla struttura stessa del procedimento penale: l'indagato o l'imputato è infatti oggetto di una *vocatio in ius* davanti all'organo giurisdizionale che esercita la sua potestà punitiva sotto la copertura costituzionale dell'obbligatorietà dell'azione penale, conformemente all'art. 112 Cost.: egli, dovendo dunque subire l'azione nei suoi confronti, deve vedersi garantita un'assistenza legale che lo ponga in una condizione di parità con le altre parti e ciò anche in assenza di risorse sufficienti¹⁴.

europa dei diritti dell'uomo, in CP 1996, 178; si consideri anche l'art. 98 Cpp che individua i destinatari del patrocinio a spese dello Stato, si tratta di una norma cardine che costituisce attuazione dei principi costituzionali e produce la conseguenza di far divenire parte integrante del codice di rito la normativa contenuta nella III parte del d.P.R. 115/2002 che contempla tuttavia un ambito di destinatari più ampio rispetto alla norma codicistica (si rinvia per maggiori approfondimenti al punto § 5).

¹² F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli 1958, 100 che sottolineava come il principio di uguaglianza sia alla base del contraddittorio; non di parità, ma di equilibrio dei poteri difensivi idonei a controbilanciare quelli dell'accusa si dovrebbe parlare giacché i rapporti tra accusa e difesa sono improntati ad una parità assoluta soprattutto con riferimento al contraddittorio nella formazione della prova, mentre è inevitabile che, in ragione della dialettica del processo, le parti assumano articolazioni diverse in ragione del loro ruolo processuale: cfr. M. CHIAVARIO, *Le garanzie della giurisdizione e il processo penale*, in *Le garanzie della giurisdizione e del processo nel progetto della Commissione bicamerale*, Milano 1999, 122 che ricorda «come parità delle parti non significhi meccanica e automatica identità di diritti e doveri per l'accusa e la difesa»; P. FERRUA, *Processo penale, contraddittorio e indagini difensive*, in ID., *Studi sul processo penale*, III, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino 1997, 104.

¹³ Sul legame tra l'art. 24 co. 3 e l'art. 3 Cost. in termini di eguaglianza sostanziale cfr. L.P. COMOGLIO, *Il III comma dell'art. 24 Cost., L'assistenza giudiziaria ai non abbienti*, op. cit., 118; G. REYNAUD, *La difesa delle persone non abbienti*, in AA.VV., *Soggetti deboli e giustizia penale, Per ricordare Dina*, Torino 2003, 51.

¹⁴ Si osservi che anche la Corte europea dei diritti dell'uomo fa coincidere l'esistenza di un processo penale facendo riferimento al tipo di illecito sanzionato, al rigore della pena, alle conseguenze cui è esposto il responsabile: cfr. C. eur., 23.11.1976, *Engel c. Paesi Bassi*.

Tuttavia che il 3° co. dell'art. 24 Cost. fosse, sin dalla sua entrata in vigore, un precetto negletto dal legislatore italiano, era abbastanza evidente: già alla fine degli anni sessanta qualche autore osservava come il 3° co. del citato articolo fosse in realtà una delle norme più dimenticate, *quasi una cenerentola*, e che al contrario delle altre disposizioni costituzionali faticasse a trovare un'efficace attuazione¹⁵. Si ricordi peraltro come il riferimento alla difesa dei non abbienti, che doveva trovare all'origine una consacrazione esplicita anche tra i principi del giusto processo, sia poi in realtà scomparso nelle leggi di riforma definitive, sollevando pareri discordanti sull'utilità di una sua esplicita previsione¹⁶. Da un lato, infatti, l'omesso inserimento della difesa dei non abbienti è stato considerato come una conferma della natura *aperta* della nozione di giusto processo, come tale pertanto non esauribile attraverso una serie di criteri definitivi: la difesa dei non abbienti sarebbe infatti essa stessa condizione essenziale per la realizzazione del giusto processo. Tuttavia, proprio in virtù della natura essenziale dell'assistenza legale per i non abbienti ai fini dell'attuazione del *fair trial*, non si può non condividere la riflessione critica di chi si è chiesto, al contrario, perché la riforma costituzionale non sia stata l'occasione di mettere bianco su nero l'accesso ad un difensore indipendentemente dalle proprie condizioni sociali o economiche, ad esempio introducendo una clausola generale, analogamente all'art. 117 Cost., che avrebbe permesso di recepire «le concretizzazioni dei diritti fondamentali che trovino riconoscimento a livello mondiale o europeo»¹⁷.

Al di là di queste considerazioni, il bilancio sull'attenzione prestata al tema dell'assistenza ai non abbienti è positivo nella misura in cui il legislatore italiano, sebbene dopo lungo tempo, ha comunque rimediato alla sua iniziale inerzia con una disciplina del patrocinio a spese dello Stato abbastanza completa, seppur non esente da osservazioni critiche.

Merita dunque interrogarsi sul se e sulla misura in cui le disposizioni costituzionali contenute nel 3° co. dell'art. 24 Cost. abbiano trovato un'attuazione concreta nella legislazione italiana, ed in quali termini il recente intervento del legislatore comunitario possa costituire un incentivo volto al miglioramento della legislazione interna.

¹⁵ Il riferimento è a A. PIZZORUSSO, *L'art. 24, 3° comma della Costituzione e le vigenti disposizioni sul gratuito patrocinio*, in *FI* 1967 (V), 6.

¹⁶ Il riferimento alla difesa dei non abbienti era per la verità contenuto nel progetto di modifica della Costituzione approvato dalla Commissione parlamentare per le riforme costituzionali: l'art. 119, 5 co. del progetto approvato il 30 giugno 1997 stabiliva che la legge «assicura l'effettivo esercizio del diritto di difesa, in ogni fase del procedimento, anche da parte dei non abbienti» poi integrato successivamente dall'art. 130, 4° co. del progetto di legge costituzionale del 4 novembre 1997 il quale prevedeva l'istituzione di pubblici uffici di assistenza legale; il riferimento è però scomparso nei disegni di legge costituzionali presentati al Parlamento per l'inserimento dei principi del giusto processo: cfr. P. SECHI, *Il patrocinio dei non abbienti nel procedimento penale*, Milano 2006, 80 ss.

¹⁷ Tale è la tesi sostenuta da M. CHIAVARIO, in *Le garanzie della giurisdizione*, cit. 124 ss.; di contro nel senso della natura aperta della nozione di giusto processo: Relazione sen. Pera, in *Atti Parl. Senato*, XIII Legislatura, Doc. n. 3619 e seguenti.

3. Veniamo dunque alla disamina più precisa della direttiva 2016/1919/UE. Il suo ambito di applicazione, ai sensi degli artt. 1 e 2, comprende gli indagati e gli imputati in un procedimento penale; essi debbono avere il diritto di avvalersi di un difensore conformemente alla direttiva 2013/48/UE e devono essere in condizione di privazione della libertà personale, o con il diritto all'assistenza di un difensore o tenuti a partecipare, o aventi facoltà di partecipare, ad un atto investigativo, o di raccolta delle prove¹⁸.

La direttiva inoltre prevede l'applicazione delle norme minime anche alle persone ricercate nel quadro di un procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, riallacciandosi in tal senso all'analoga previsione contenuta nell'art. 10 della direttiva 2013/48/UE, materia contenuta nella decisione quadro 2002/584/GAI ed attuata internamente con l. 22.4.2005 n. 69, tema di cui parleremo più approfonditamente nel prosieguo (v. § 4).

L'atto europeo si applicherà dunque a indagati, imputati e persone ricercate indipendentemente dal loro *status* giuridico e dalla loro cittadinanza o nazionalità, senza discriminazione di razza, colore della pelle, sesso, orientamento sessuale, lingua, religione, opinioni politiche o di altro genere, origine etnica o sociale, ricchezza, disabilità o nascita (considerando 29).

Il testo europeo prevede altresì che il patrocinio a spese dello Stato sia concesso anche alle persone, quali i testimoni, non inizialmente indagate o imputate, ma che assumano tale qualità nel corso di un interrogatorio da parte della polizia o di altra autorità di contrasto: al considerando 10, infatti, il legislatore comunitario ricorda che l'indagato o l'imputato devono godere del diritto alla non autoincriminazione, nonché della facoltà di non rispondere, conformemente al diritto dell'Unione e alle norme della Convenzione. Tuttavia, lo stesso considerando precisa come, una volta che l'interessato sia stato informato di essere indagato o imputato nella vicenda processuale e sia posto altresì nelle condizioni di esercitare pienamente il diritto di difesa, l'interrogatorio dovrebbe poter proseguire.

Nel considerando 9, la direttiva indica che dovrebbero essere esclusi dal beneficio del patrocinio a spese dello Stato gli indagati, imputati e persone ricercate nel quadro del mandato d'arresto europeo che abbiano rinunciato al diritto di

¹⁸ L'art. 2 direttiva 2013/48 prevede che «l'accesso al difensore è dovuto dal momento in cui gli interessati sono informati dalle autorità competenti di essere indagati o imputati per un fatto di reato, indipendentemente dalla privazione della libertà personale», mentre la direttiva 2016/1919 indica che il fatto di trovarsi nella condizione considerata dal citato art. 2 della direttiva 2013/48 debba accompagnarsi ad una delle tre situazioni indicate nelle lett. a, b e c del suo art. 2: dunque il patrocinio a spese dello Stato potrà anche essere concesso a chi non sia in stato di privazione della libertà personale o tenuto ad assistere ad un atto investigativo o di raccolta delle prove, ma che abbia il diritto all'assistenza legale perché è stata formalmente formulata un'accusa a suo carico, ciò a conferma della tendenza ad individuare quale momento di decorrenza delle garanzie, per entrambe le direttive, la nozione materiale di accusa elaborata e utilizzata nell'ambito convenzionale, che rende automatico il riferimento a "*suspects or accused persons*": sul punto F.A. BUBULA, *op. cit.*, nota 12. La direttiva auspica altresì che gli Stati membri concedano il patrocinio a spese dello Stato anche a situazioni che esulino dall'ambito di applicazione della direttiva stessa come, ad esempio, atti investigativi o di raccolta delle prove diversi da quelli specificamente menzionati nella presente direttiva (considerando 16).

avvalersi di un difensore, in conformità all'art. 9 o 10 § 3 della direttiva 2013/48/UE, sempre che tale rinuncia non sia stata oggetto di revoca da parte loro o di deroghe temporanee operate dagli Stati membri e, in tal caso, per la sola durata della deroga¹⁹.

Allo stesso modo, il testo europeo esclude dall'applicazione del patrocinio a spese dello Stato i procedimenti in materia di reati minori: si tratta delle ipotesi in cui l'accertamento del fatto può essere deferito ad un'autorità diversa da un giudice o tribunale avente giurisdizione in materia penale – la quale può irrogare sanzioni che potranno costituire oggetto di impugnazione dinnanzi alla giurisdizione penale – oppure dell'ipotesi in cui la sanzione emessa dall'autorità giurisdizionale non consista in una pena privativa della libertà personale (art. 2, § 4)²⁰.

L'accesso al patrocinio dovrebbe, di norma, essere comunque condizionato ad una richiesta da parte dell'indagato, dell'imputato o della persona ricercata; la direttiva prevede però che, quando questi ultimi siano in stato di vulnerabilità (art. 9), la richiesta di accesso al beneficio non dovrebbe essere considerata una condizione essenziale (considerando 18 e art. 9), potendo dunque essere prevista una ammissione automatica.

In ogni caso gli Stati membri debbono garantire mezzi necessari affinché indagati, imputati e ricercati dispongano di strumenti di ricorso effettivi nell'ordinamento interno in caso di violazione dei diritti garantiti dalla direttiva *de qua*: tali mezzi devono poter essere esperiti sia nel caso in cui il diritto al patrocinio a spese dello Stato sia stato compromesso, sia nelle ipotesi in cui il beneficio sia stato ritardato oppure interamente o parzialmente rifiutato (art. 8 e considerando 27).

Il nucleo minimo di garanzie descritto dalla normativa europea è dunque rappresentato dalle norme della Cedu e dall'interpretazione che di esse è stata approntata dalla Corte europea e dalla Corte di giustizia; gli Stati membri rimangono liberi di ampliare i diritti ivi previsti al fine di garantire un livello di tutela più alto, senza tuttavia che ciò possa costituire un ostacolo al reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie che tali norme minime intendono facilitare (considerando 30).

Gli artt. 4 e 5 della direttiva si occupano invece di disciplinare le modalità di individuazione dei soggetti beneficiari del patrocinio a spese dello Stato,

¹⁹ Il testo deve leggersi in coordinamento con l'art. 3 della direttiva 2013/48/UE, ed in particolare il §5, ove si prevede che gli Stati membri possano applicare deroghe temporanee quando a causa della lontananza geografica dell'indagato o dell'imputato sia impossibile garantire il diritto di avvalersi senza indebito ritardo di un difensore immediatamente dopo la privazione della libertà personale, così derogando a quanto previsto dal § 2 lett. c dell'art. 3, mentre il § 6 prevede una deroga ai diritti sanciti dal § 3 dell'art. 3 e solo in presenza delle condizione così specificate nei punti *a* e *b*.

²⁰ Al considerando 15 si precisano quali situazioni non costituiscono privazione della libertà personale ai sensi della direttiva stessa: identificare l'indagato o l'imputato, determinare l'avvio delle indagini, verificare il possesso di armi o altre questioni attinenti la sicurezza, effettuare atti investigativi o atti di raccolta delle prove diversi da quelli precisati nella direttiva stessa - che sono appunto le ricognizioni, i confronti e la ricostruzione della scena del crimine - quali ad esempio ispezioni personali, esami fisici, analisi del sangue, test alcolemici o prove simili, acquisizione di fotografie o impronte digitali, comparizione dell'indagato o dell'imputato avanti ad un'autorità competente conformemente al diritto nazionale.

rispettivamente nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo.

In particolare l'art. 4 afferma che gli Stati membri, per valutare se l'indagato o l'imputato possa o meno accedere al beneficio del patrocinio, debbano far uso del parametro basato sulla valutazione delle risorse che, tenendo conto di fattori pertinenti e obbiettivi quali il reddito, il patrimonio, la situazione familiare, il costo dell'assistenza di un difensore e il livello di vita nello Stato membro, permettano di determinare se, in funzione di tali criteri, l'individuo sia privo di risorse sufficienti per coprire il costo dell'assistenza legale (art. 4 § 3).

Inoltre, l'art. 4 § 4 precisa ciò a cui il legislatore europeo fa riferimento con il concetto di concessione del beneficio qualora ciò sia necessario «nell'interesse della giustizia»: quest'ultimo parametro infatti indica la necessità di considerare la gravità del reato per cui si procede, la complessità del caso e la severità della sanzione.

La verifica di tali condizioni potrà anche essere effettuata nel merito e sarà considerata sufficiente se eseguita allorquando l'indagato o l'imputato sia condotto dinanzi ad un giudice o ad un tribunale competente a decidere in merito alla detenzione, oppure se la suddetta valutazione sia fatta durante il tempo della sua detenzione (art. 4 § 4 lett. a e b).

Un altro aspetto importante messo in risalto nel testo normativo europeo è la necessaria tempestività del patrocinio a spese dello Stato. La direttiva richiede infatti che la concessione del beneficio sia adottata senza indebito ritardo dall'autorità competente e, comunque, al più tardi, prima che sia svolto l'interrogatorio dell'interessato da parte della polizia, di un'altra autorità giudiziaria, oppure prima che siano svolti gli atti investigativi o altri atti di raccolta delle prove identificati all'art. 2 § 1 lett. c – il quale evoca le ricognizioni di persone, i confronti e la ricostruzione della scena del crimine (artt. 4 § 5 e 6 § 1). È anche previsto che il richiedente l'ammissione al patrocinio sia informato per iscritto qualora la sua richiesta sia parzialmente o integralmente respinta (art. 6 § 2).

Inoltre, nei considerando iniziali, il legislatore europeo si spinge ancora più avanti, prevedendo che, in ipotesi di urgenza, la decisione sulla concessione del patrocinio dovrebbe coinvolgere, seppur temporaneamente, la polizia e il pubblico ministero e che dovrebbe essere concessa quale misura provvisoria o di emergenza prima del compimento di atti investigativi o di raccolta delle prove (considerando 19 e 24).

Il testo definitivo ha invece eliminato il riferimento all'ammissione provvisoria al patrocinio a spese dello Stato contenuta nella proposta di direttiva formulata dalla Commissione (art. 4)²¹. La necessità di una concessione provvisoria era basata sulla constatazione che, nelle fasi iniziali del procedimento, l'accesso al difensore è estremamente importante per tutelare i diritti legati all'equo processo, tra cui in particolare il diritto alla non autoincriminazione²² e che, pertanto, gli Stati membri avrebbero dovuto creare un sistema di concessione temporanea del patrocinio.

²¹ Cfr. Relazione di accompagnamento alla proposta di Direttiva sul patrocinio a spese dello Stato, COM (2013) 824;

²² C. eur., GC, 27.II.2008, *Salduz c. Turchia*.

Quest'ultimo si sarebbe dovuto basare sulla presenza di difensori d'ufficio o di un servizio di difesa urgente istituito presso le stazioni di polizia o i centri di detenzione operante fino all'intervento della decisione definitiva sulla concessione del beneficio. Tuttavia l'indicazione non compare nella versione definitiva, probabilmente in ragione dell'opposizione formulata da quegli Stati membri che posseggono un sistema che garantisce già una decisione immediata sulla concessione o meno del beneficio e che non hanno voluto sostenere l'ulteriore imposizione di un sistema di patrocinio provvisorio²³.

Un altro aspetto a cui il legislatore europeo ha prestato particolare attenzione riguarda, da un lato, l'individuazione delle autorità competenti a valutare la concessione del patrocinio a spese dello Stato, identificando a tal fine o un'autorità indipendente istituita *ad hoc* oppure un organo giurisdizionale, anche monocratico (considerando 24), dall'altro la qualità dei servizi di patrocinio a spese dello Stato e la competenza che i soggetti partecipanti al procedimento di concessione del beneficio debbono possedere (art. 7). Il legislatore europeo raccomanda infatti che gli Stati membri adottino tutte le misure necessarie – anche di tipo finanziario – per assicurare che esista un sistema di patrocinio efficace e di qualità adeguata sia nei procedimenti penali che nell'ambito del procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo. Ne consegue il riconoscimento di un diritto della persona coinvolta o ricercata a chiedere la sostituzione del difensore quando sussistano specifiche ragioni.

4. Le norme minime contenute nella Direttiva 2016/1919/UE sul patrocinio a spese dello Stato impongono agli Stati membri di intervenire per garantire il beneficio anche nella procedura di esecuzione del mandato d'arresto europeo, disciplinata nella decisione quadro 2002/584/GA²⁴ attuata nel diritto interno italiano con la legge del 69/2005²⁵.

²³ Come suggerisce M. FONTAINE, *Une directive relative à l'aide juridictionnelle dans l'Union, enfin?* in *www.gdr-elsj.eu*, 22 ottobre 2016; nel nostro ordinamento la persona il cui nome viene iscritto nel registro degli indagati può subito richiedere al g.i.p. di essere ammessa al patrocinio a spese dello Stato; forse maggiore attenzione dovrebbe essere data piuttosto all'esigenza di configurare un sistema di patrocinio più che provvisorio consacrato all'assistenza del non abbiente in relazione a tutte le questioni poste al di fuori del procedimento penale, come la necessità di valutare l'utilità di una costituzione di parte civile, la partecipazione al processo penale della persona offesa, le questioni relative all'esecuzione del provvedimento giurisdizionale o l'utilità di chiedere la revisione della sentenza definitiva.

²⁴ DQ 2002/384/GAI, in *G.U.U.E.* 18.1.2002, l 190/1.

²⁵ Per un approfondimento: cfr. AA.VV., *Il mandato d'arresto europeo. Commento alla legge 22 aprile 2005 n. 69*, a cura di M. Chiavario, G. De Francesco, D. Manzione ed E. Marzaduri, Torino 2006; AA.VV., *Il mandato d'arresto europeo*, a cura di G. Pansini, A. Scafati, Napoli 2015; AA.VV., *Mandato di arresto europeo e garanzie della persona*, a cura di M. Pedrazzi, Milano 2004; AA.VV., *Mandato d'arresto europeo. Dall'estradizione alla procedura di consegna*, a cura di M. Bargis ed E. Selvaggi, Torino 2005; M. BARGIS, *Il mandato d'arresto europeo, quali prospettive?*, in *GI* 2003, 2421 ss. ; P. BALBO, *Il mandato d'arresto europeo secondo la legge di attuazione italiana*, Torino 2005; M. CHIAVARIO, *Manuale dell'estradizione e del mandato d'arresto europeo*, Torino 2013; M. FICHERA, *The implementation of the European arrest warrant in the european union: law, policy and practise*,

La stessa decisione quadro, invero, contiene già alcuni riferimenti al diritto di difesa della persona ricercata: l'art. 11 rubricato «Diritti del ricercato» sancisce infatti, al co. 1, il dovere dell'autorità giudiziaria dello Stato di esecuzione, che arresti il ricercato, di informarlo – conformemente al proprio diritto interno – del mandato d'arresto europeo e del suo contenuto nonché della possibilità di acconsentire alla consegna all'autorità giudiziaria emittente; al co. 2, l'art. 11 garantisce invece al ricercato il diritto di essere assistito «da un consulente legale e da un interprete, conformemente al diritto interno dello Stato membro di esecuzione».

Si tratta di un primo nucleo di garanzie volte a salvaguardare il diritto di difesa della persona nell'esecuzione del m.a.e. del tutto generiche e minimali²⁶, poiché né la decisione quadro né la legge di attuazione specificano più nel dettaglio la nozione di diritto di accesso al difensore o di ammissione al patrocinio a spese dello Stato. Un impulso chiarificatore, volto a fornire una definizione più rigorosa dei diritti di difesa non solo nell'ambito del procedimento penale, ma per l'appunto anche in sede di esecuzione del mandato d'arresto europeo, ha dunque animato le successive direttive riconducibili alla *road map* europea.

D'altronde, come ricorda anche la Relazione di accompagnamento alla proposta di direttiva (considerando 11), mentre tutti gli Stati membri consentono l'accesso al patrocinio a spese dello Stato a indagati e imputati nei procedimenti penali, non sempre lo concedono ai ricercati nell'ambito dell'esecuzione del m.a.e. . Ciò rischia di ostacolare il diritto alla *dual defence*, ovvero il diritto di avvalersi di un difensore sia nello Stato di emissione del m.a.e. che in quello di esecuzione, situazione peraltro ulteriormente aggravata dal fatto che la giurisprudenza di Strasburgo non considera le procedure di estradizione e di m.a.e. come rientranti sotto la tutela offerta dall'art. 6 Cedu²⁷.

L'iniziativa della Commissione europea di agire per l'integrazione di queste due fondamentali e interconnesse garanzie procedurali, ovvero l'accesso al difensore e la sua gratuità in caso di non abbienza, anche nell'ambito del m.a.e. è comunque assolutamente positiva e si pone come un tassello importante del *puzzle* di direttive europee. Si è infatti in presenza di un'azione europea diretta a garantire un'attuazione del principio della *dual defence*²⁸ a tutto tondo, non solo sotto il profilo

Cambridge 2011; L. KLIMEK, *European arrest warrant*, Heidelberg 2015; G. DELLA MONICA, *Il mandato di arresto europeo*, Torino 2012; M.R. MARCHETTI, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in *Compendio di procedura penale*⁷, a cura di G. Conso, V. Grevi e M. Bרגיס, Padova 2016, 1006; F. MEROLA, *Il mandato d'arresto europeo*¹, Roma 2015; V. RANALDI, *Cooperazione giudiziaria in materia penale: il mandato d'arresto europeo nella giurisprudenza italiana*, Roma 2013.

²⁶ Cfr. S. RUGGERI, *Procedimento penale, diritti di difesa e garanzie partecipative nel diritto dell'Unione europea*, in *DPenCont* 2015 (4), 130; M. BARGIS, *Il mandato di arresto europeo dalla decisione quadro del 2002 alle odierne prospettive*, in *DPenCont* 2015 (4), 61.

²⁷ In materia di estradizione cfr. C. eur., 16.4.2002, *Penafiel Salgado c. Spagna*, req. n° 65964/1; in materia di mandato d'arresto europeo C. eur., 7.10.2008, *Monedero Angora c. Spagna*, req. n° 41138/5; in tema v. G. DE AMICIS, *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di giustizia e il caso Melloni*, in www.penalecontemporaneo.it 7.6.2013, 15.

²⁸ Sul punto cfr. M. BARGIS, *Il diritto alla "dual defence" nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo: dalla direttiva 2013/48/UE alla direttiva UE 2016/1919*, in *DPenCont* 2016 (3), 40.

del diritto di accesso al difensore in entrambi gli Stati, di emissione e di esecuzione²⁹, ma anche sotto il profilo della gratuità di tale diritto in caso di non abbenza.

Il diritto a godere del beneficio nell'ipotesi dell'esecuzione del mandato d'arresto europeo prenderà però inizio solo dal momento della privazione della libertà e fino alla consegna o al momento in cui la decisione sulla mancata consegna diventi definitiva. Si osserva una discrasia per quanto riguarda il momento di accesso al beneficio per il ricercato, rispetto alla persona coinvolta in un ordinario procedimento penale: l'art. 5 della direttiva 2016/1919 individua infatti il momento da cui decorre il diritto di accesso all'assistenza legale statale come quello in cui interviene la privazione della libertà, conformemente a quanto previsto dall'art. 10 della direttiva 2013/48 in tema di persona ricercata. Sarebbe stata auspicabile una maggiore coerenza sia in seno alla stessa direttiva 2016/1919/UE sia in relazione alla direttiva 2013/48, con cui la direttiva sul patrocinio statale è strettamente legata, al fine di assicurare un diritto di accesso al difensore e la sua correlativa gratuità in caso di non abbenza anche per chi sia oggetto di una procedura di m.a.e. ma non necessariamente privato della sua libertà personale³⁰.

Si noti anche che, in questo contesto, potenzialmente assai attento a garantire il principio della *dual defence*, l'art. 5 § 2 della direttiva 2016/1919 presenta un difetto maggiore che potrebbe compromettere l'effettività della doppia difesa: l'articolo prevede infatti che quando la persona ricercata esercita il diritto di nominare un difensore nello Stato di emissione perché assista il difensore nello Stato membro di esecuzione, lo Stato emittente debba garantire l'accesso al beneficio anche per quanto riguarda il difensore nominato nel suo territorio, ma solo nella misura in cui il patrocinio sia necessario ad assicurare un accesso effettivo alla giustizia. È anche rimessa allo Stato di emissione la valutazione per il caso in cui il difensore, presente sul territorio dello Stato di esecuzione, non possa svolgere i propri compiti in maniera efficiente ed efficace senza l'ausilio del difensore nominato nello Stato emittente (considerando 21).

Orbene, si è notato che la disposizione attribuisce un forte potere discrezionale allo Stato di emissione che potrà dunque negare l'accesso al beneficio e così frustrare la finalità del principio di doppia difesa³¹. Tuttavia sembrerebbe che tale

²⁹ L'art. 10 § 3 della direttiva 2013/48/UE sul diritto di accesso al difensore contempla la sua applicabilità infatti anche nella procedura esecutiva del m.a.e. La direttiva 2013/48/UE è stata recepita con il d. lgs. 15.9.2016 n. 184, il quale è intervenuto sia sulle norme contenute nel codice di rito, sia sulla l. 69/2005 attuativa della decisione quadro sul m.a.e. limitatamente alla disciplina della *dual defence*: per un approfondimento sulla direttiva 2013/48/UE nella disciplina del m.a.e. cfr. S. QUATTROCOLO, *op. cit.*, 1; G. CENTAMORE, *Il diritto al difensore nei procedimenti di esecuzione del mandato di arresto europeo nella direttiva 2013/48/UE: osservazioni generali e aspetti problematici*, in www.penalecontemporaneo.it, 14.1.2016.

³⁰ In tal senso si è anche espresso il Consiglio degli ordini forensi europei su www.ccbe.eu.

³¹ Condividono tale lettura: M. BARGIS, *op. ult. cit.*, 48; M. FONTAINE, *op. cit.*; nota peraltro M. BARGIS, *ibidem*, che la valutazione dello Stato emittente è basata sulla constatazione che il patrocinio sia necessario al fine di garantire un accesso effettivo alla giustizia, sottolineando come si tratti di parametro che trova una sua consacrazione nell'art. 47 § 3 Carta dei diritti fondamentali e la cui funzione è quella secondo cui deve essere accordata un'assistenza legale quando la mancanza di tale assistenza renderebbe inefficace la garanzia di ricorso effettivo, così come indicato nelle *Spiegazioni*

potere discrezionale, nel testo definitivo della direttiva, sussista per il solo m.a.e. processuale (vista la precisazione dell'art. 5 § 2 riferita al m.a.e. emesso per l'esercizio dell'azione penale), con esclusione dunque del c.d. m.a.e. esecutivo ovvero quello emanato al fine di dare esecuzione alla pena o alla misura di sicurezza privativa della libertà personale; ed inoltre la suddetta limitazione al m.a.e. processuale sussiste anche nell'ipotesi di impossibilità del difensore nominato nello Stato di esecuzione a garantire una difesa efficace ed efficiente.

Nel caso del mandato d'arresto europeo, poi, il diritto di accesso al beneficio dovrebbe perdurare fino al momento della consegna o al momento in cui la decisione sulla consegna diventi definitiva: perlomeno, ciò è quanto espresso nel art. 5 § 1 e considerando 22. Bisognerà dunque fare riferimento ai tempi previsti dalla decisione quadro 200/584/GAI: lo Stato membro ha infatti dieci giorni di tempo per decidere sulla consegna in caso di consenso dell'interessato (art. 17 § 2); negli altri casi invece dispone di sessanta giorni (art. 17 § 3), salva la proroga di trenta giorni per le ipotesi specifiche previste dal § 4 dell'art. 17 DQ 2002/584/GAI. Tuttavia, come è stato correttamente sottolineato³², molto spesso i termini stabiliti dall'art. 17 della DQ non vengono rispettati e dunque non è raro che, allo spirare dei termini, il ricercato si trovi in realtà ancora in stato di custodia: la giurisprudenza della Corte di giustizia nella causa Lanigan³³ ha affermato che la mera scadenza dei termini non esime comunque lo Stato membro di esecuzione dall'obbligo di concludere il procedimento e di adottare una decisione definitiva sull'esecuzione del m.a.e.; ne consegue pertanto che, in tale evenienza, una lettura orientata a garantire pienamente il diritto di difesa dovrebbe propendere per un diritto di accesso al patrocinio esteso fino al momento in cui lo Stato assolva il suo obbligo di concludere il procedimento.

Anche la concessione del patrocinio a spese dello Stato nella procedura di esecuzione del m.a.e. può essere sottoposta ad una verifica delle risorse economiche della persona (art. 5 § 3), in virtù dell'applicazione, *mutatis mutandis*, della disciplina prevista per i procedimenti penali di cui all'art. 4 § 3: non si fa però riferimento alla valutazione nel merito prevista dal § 4 del citato articolo per la concessione del beneficio nei procedimenti penali.

Infine, la direttiva 2016/1919 equipara il ricercato all'indagato o imputato nel procedimento penale, riconoscendogli dunque altre garanzie quali il diritto a ricevere la decisione di totale o parziale rigetto per iscritto (art. 6 § 2); la formazione adeguata del personale impegnato nel processo di concessione del beneficio; il diritto a far sostituire il difensore; l'agevolazione della continuità della rappresentanza in giudizio (art. 7).

5. Così riassunti i contenuti della direttiva 1919/2016/UE, occorre fare il punto sulla disciplina dell'istituto nel diritto italiano verificando quale sia, allo stato attuale,

relative all'art. 47 – Diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, in B. NASCIBENE, *Unione europea. Trattati*, Torino 2010, 392. Il che, a parere dell'A. renderebbe il parametro usato in tale sede dal legislatore europeo decontestualizzato rispetto alla sua *ratio* originaria.

³² Cfr. M. BARGIS, op. ult. cit., 48 s.

³³ C.G.U.E, 16.7.2015, C-237/15 PPU, Lanigan.

la soglia di garanzia offerta dall'ordinamento interno nonché l'esistenza di aspetti su cui il legislatore italiano dovrebbe intervenire al fine di dare piena attuazione agli standard europei³⁴.

Sebbene, come accennato in precedenza, l'accesso all'assistenza legale gratuita costituisca espressione di un diritto fondamentale dell'individuo, costituzionalmente garantito all'art. 24 co. 3 Cost., è solo con la legge del 30.7.1990 n. 217³⁵ che il legislatore italiano è finalmente intervenuto per disciplinare la materia del patrocinio a spese dello Stato; in precedenza si parlava di gratuito patrocinio come ufficio onorifico ed obbligatorio assolto dagli avvocati (senza che tuttavia tale impegno riscuotesse particolare successo all'interno della classe forense). Il gratuito patrocinio era disciplinato dal r.d. 3281/1923³⁶ che imponeva quali condizioni per l'ammissione al beneficio lo stato di povertà e, per i soli procedimenti non penali, la probabilità dell'esito favorevole nella causa.

In particolare l'art. 16 r.d. 3281/1923 con l'espressione povertà faceva riferimento non ad uno stato di nullatenenza, ma a quello in cui il ricorrente non fosse in grado di sopperire alle spese di lite, interpretazione mantenuta ancora oggi per valutare la nozione di non abbienza³⁷.

Successivamente alla l. 217/1990, il patrocinio non è stato più definito come "gratuito", ma è divenuto un vero e proprio onere posto a carico dello Stato. Ai sensi della citata legge, infatti, lo Stato doveva liquidare i compensi al difensore e al consulente tecnico (art. 12) e aveva altresì tutta una serie di obblighi indicati nell'art. 5, tra cui il rilascio gratuito delle copie degli atti processuali, l'anticipazione delle spese sostenute da vari soggetti, tra cui il difensore, il CT e il CTU, gli ausiliari, i notai e i pubblici ufficiali, e delle spese sostenute per l'audizione dei testimoni.

Tuttavia, a causa delle numerose lacune di questo testo, la disciplina sul patrocinio è stata nuovamente rimaneggiata (l. 29.3.2001 n. 134) ed è attualmente contenuta nel c.d. testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia (da ora indicato come TuSpGiust) approvato con il d.P.R.

³⁴ Sul tema del patrocinio cfr., tra gli altri, M. CHIAVARIO, *Garanzie individuali ed efficienze del processo*, in *CP* 1998, 1515; L. DIPAOLOLA, *Difesa d'ufficio e patrocinio dei non abbienti nel processo penale*³, Milano 2016, 51 ss.; F. DELLA CASA - G.P. VOENA, *Soggetti*, in *Compendio di procedura penale*⁷, Padova 2016, 138 ss.; M. MARCONI, *Patrocinio a spese dello Stato e difesa d'ufficio nel giusto processo*, Milano 2003; G. PAVICH, *Gratuito patrocinio*, in *Officina del diritto*, Milano 2012; P. SECHI, *op. cit.*, 80 ss.; e per un'analisi storica cfr. G. REYNAUD, *op. cit.*, 52.

³⁵ *G.U.* 6.8.1990 n. 182; a commento della legge vedasi, tra gli altri, V. CECCON, *La disciplina sull'assistenza legale gratuita - commento alla legge 30 luglio 1990 n. 217: istituzione del patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti*, in *CGiur* 1990, 1075.

³⁶ *G.U.* 17.5.1924 n. 117; cfr. P. BRANDI, *Gratuito patrocinio*, cit., 733; D. MARAFIOTI, *L'assistenza giuridica ai non abbienti*, Milano 1960, 11; T. VENTURA, *Appunti sul gratuito patrocinio*², Milano 1961, 134.

³⁷ Nel senso che «non si tratta di stabilire chi è non abbiente in senso assoluto o in un senso genericamente sociale, ma bensì chi tale sia ai sensi dell'art. 24 Cost. ossia in relazione alla libertà di accedere alla tutela dei propri diritti, considerando gli ostacoli di carattere economico che si frappongono al godimento di quella libertà», P. SECHI, *op. cit.*, 52.

30.5.2002 n. 115, il cui art. 229 ha abrogato la l. 217/1990 e ha modificato, in alcune sue parti, la l. 134/2001³⁸.

5.1. Venendo dunque all'ambito di applicazione della disciplina, il patrocinio a spese dello Stato interessa non solo il processo penale, ma anche il procedimento civile, amministrativo, contabile, tributario e di volontaria giurisdizione con tuttavia una sola, e fondamentale, differenza: nel procedimento penale il beneficio viene concesso senza verifica del *fumus boni iuris* mentre, negli altri ambiti, l'assistenza gratuita è assicurata solo quando le ragioni del non abbiente «risultino non manifestamente infondate» (art. 74 co. 2 TuSpGiust). Questa differenza è dovuta alla ontologica diversità del procedimento penale rispetto agli altri ambiti processuali, cui si è fatto cenno in precedenza: infatti, a seguito dell'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero, ai sensi dell'art. 112 Cost., la persona è chiamata a difendersi – senza alcuna possibilità di iniziativa in ordine al procedimento penale – davanti all'organo giurisdizionale che esercita la pretesa punitiva statale; è dunque nell'interesse di tale soggetto, ma anche in quello dell'ordinamento, che gli sia garantito il diritto alla difesa tecnica affinché sia salvaguardata l'equità stessa del processo³⁹. Per effetto dell'ammissione al patrocinio l'interessato è dunque esente sia dalle spese relative agli atti processuali sia da quelle relative alle spese e agli onorari dei soggetti che prestino la loro opera nel corso del procedimento (art. 107 TuSpGiust).

Per quanto riguarda l'individuazione dei soggetti a cui il beneficio è diretto l'art. 98 Cpp indica che l'imputato, la persona offesa, il danneggiato che intende costituirsi parte civile e il responsabile civile possono richiedere il patrocinio a spese dello Stato, sebbene per questi ultimi, a differenza dell'imputato, non valga il *fumus boni iuris* quanto alla presunzione dell'esistenza dei requisiti per l'ammissione al beneficio nel procedimento penale; tale norma è integrata dalla disciplina specifica in materia ovvero dall'art. 74 co. 1 TuSpGiust che aggiunge che, oltre ai soggetti indicati dal codice di rito, anche l'indagato, il condannato e il civilmente obbligato per la penale pecuniaria possono accedere al beneficio. L'ammissione al patrocinio è valida per ogni grado e per ogni fase del processo e per tutte le eventuali procedure, derivate ed accidentali, comunque connesse, come previsto dall'art. 75 co. 1 TuSpGiust. Criticamente si osserva come il legislatore avrebbe dovuto piuttosto impiegare il termine procedimento, dal momento che il termine processo è qui utilizzato in senso atecnico, comprendendo anche la fase delle indagini preliminari e

³⁸A partire da questo momento il patrocinio si applica a qualsiasi tipo di reato, venendo meno infatti l'esclusione del beneficio per i reati contravvenzionali prevista dall'art. 1 co. 8 l. 217/1990: cfr., tra gli altri, L. LUPÀRIA, *Il nuovo procedimento di ammissione al patrocinio per i non abbienti al processo penale*, in *GI* 2003, 836; S. QUATTROCOLO, *L'abrogazione della legge 271/1990 e l'incorporazione della disciplina sul patrocinio a spese dello stato nel T.U. sulle spese di giustizia*, in *La difesa penale. Commento alle leggi 7 dicembre 2000, n. 397; 6 marzo 2001, n. 60; 29 marzo 2001, n. 134 e alle successive modifiche*, a cura di M. Chiavario ed E. Marzaduri, Torino 2003, 569 ss.; G. SCARSELLI, *Modifiche alla legge 30 luglio 1990 n. 217 recante istituzione del patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti*, in *Le nuove leggi civili commentate*, I, Padova 2002, 203.

³⁹Sul punto cfr. L. DIPAOLO, *op. cit.*, 60 ss.; G. PAVICH, *op. cit.*, 6.

non solo l'attività che segue all'esercizio dell'azione penale. Inoltre, l'ambito di applicazione dell'istituto ha subito un'importante estensione grazie ad una ricca giurisprudenza interna che ne ha sancito l'operatività anche in altri procedimenti, non di cognizione, quali la domanda di riparazione per ingiusta detenzione, il procedimento di conversione della pena pecuniaria, l'istanza di liberazione anticipata⁴⁰.

Il decreto non identifica un momento preciso, o un termine, entro il quale la richiesta di ammissione al patrocinio debba essere proposta, poiché, come prevede l'art. 78 co. 1 TuSpGiust, l'istanza può essere presentata in ogni stato e grado del processo, ma identifica tale momento con quello in cui il soggetto assume la qualifica di imputato, indagato, condannato, di soggetto diverso dall'imputato (parte civile, responsabile civile, civilmente obbligato).

In tal senso, beneficia della copertura l'indagato che riceve l'informazione di garanzia ai sensi dell'art. 369 1° co. Cpp per il compimento di uno degli atti garantiti (ad esempio l'accertamento tecnico irripetibile di cui all'art. 360 Cpp che può essere affiancato all'atto investigativo di *ricostruzione della scena di un crimine*, citato dalla direttiva art. 2 § 1 lett. c ma che risulta assimilabile all'esperimento giudiziale previsto dalla nostra disciplina processuale) o per il compimento degli atti indicati nell'art. 364 Cpp (l'interrogatorio, l'ispezione e il confronto, le perquisizioni e i sequestri di cui all'art. 365 Cpp) ma anche, in teoria, colui che abbia avuto conoscenza di un procedimento penale pendente nei suoi confronti, perché in tal caso potrebbe chiedere l'ammissione al beneficio per il compimento delle indagini difensive⁴¹; ne beneficia parimenti l'arrestato, destinatario di una serie di doveri informativi, da parte della polizia, ai sensi dell'art. 386 Cpp.

Per quanto attiene invece alla parte civile, a cui sia l'art. 98 Cpp che l'art. 74 TuSpGiust fanno riferimento come danneggiato dal reato, essa può accedere al patrocinio solo laddove intenda costituirsi effettivamente in giudizio conformemente all'art. 78 co. 1 lett. e Cpp, che impone, a pena di inammissibilità, la sottoscrizione del difensore per il deposito dell'atto di costituzione; e tale possibilità deve essere riconosciuta anche al responsabile civile che si costituisca volontariamente. Infine, la

⁴⁰ Cfr.: Cass. 6.12.1999, in *GI* 2000, 1012; Cass. 4.5.2006 n. 20822, in *D&G* 2006 (34),78; Cass. 5.4.2011, n. 27757, in *CP* 2012, 597, che richiama la C. cost. 23.4.1998 n. 139 con commento di D.S. PUTIGNANO, *Il gratuito patrocinio si applica anche alle richieste di liberazione anticipata*, in www.penalecontemporaneo.it, 29.9.2011.

⁴¹ Sul punto però P. SECHI, *op. cit.*, 201 si mostra critica nella misura in cui il soggetto dovrebbe comunque rivolgersi ad un legale per avere informazioni sulle facoltà a lui riconosciute dalla legge, come ad esempio il suo diritto a presentarsi al pubblico ministero per rilasciare dichiarazioni spontanee (art. 374 Cpp) e per la redazione dell'istanza, tutte attività che dovrebbe sostenere economicamente. L'A. (*ivi*, 162 ss.) osserva al contrario che sono estranee al beneficio del patrocinio le investigazioni preventive svolte dal difensore nell'ambito dell'art. 391-*nonies* Cpp quando si collocano sia nella fase preprocedimentale in cui ancora nessuna iscrizione nel registro degli indagati è stata effettuata, avendo questa fase natura amministrativa, sia quando la notizia di reato non sia stata soggettivamente attribuita o sia stata attribuita ad altra persona. A favore della natura procedimentale dell'attività di cui all'art. 391-*nonies* Cpp, v. P. GATTO, *Le investigazioni preventive del difensore*, Milano 2003, 75.

normativa permette anche alla persona offesa l'accesso al beneficio offrendo in tal modo una tutela conforme a quanto richiesto dalle fonti sovranazionali: queste ultime infatti impongono agli Stati membri di garantire alla vittima del reato il diritto di accedere al beneficio del patrocinio a spese dello Stato secondo le modalità previste dalla legislazione nazionale (art. 13 della direttiva 2012/29/UE sulle vittime da reato) e imponendo l'assistenza ai non abbienti quando ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia (art. 47 § 3 Carta di Nizza).

L'ammissione al patrocinio a spese dello Stato copre dunque tutte le spese giudiziali indicate negli artt. 107 e 108 TuSpGiust a decorrere dalla data in cui l'istanza è stata presentata o è pervenuta alla cancelleria del magistrato competente oppure dal primo atto a cui il difensore è intervenuto purché l'interessato faccia riserva di presentare l'istanza e questa venga presentata entro i successivi 20 giorni, così come previsto dall'art. 109 del suddetto TuSpGiust.

La disciplina non prevede espressamente invece un diritto di accesso al patrocinio per i testimoni assistiti (art. 197-bis Cpp) e per gli imputati in un procedimento connesso (art. 210 Cpp): il tema è dunque lasciato alle decisioni giurisprudenziali che propendono per la soluzione secondo cui il patrocinio a spese dello Stato è riconosciuto solo al testimone assistito o all'imputato in un procedimento connesso che abbiano già ottenuto il beneficio nel procedimento originario. Pertanto, ricorrendo tale ultima situazione, potranno avvalersene anche nel processo in cui sono chiamati a deporre giacché, in tal caso, si applica la previsione dell'art. 75 TuSpGiust che ritiene valida l'ammissione al patrocinio anche nelle procedure «derivate e accidentali e comunque connesse»⁴², mentre ne sarebbero esclusi se dovessero presentare la domanda *ex novo* nel procedimento in cui vengono chiamati a deporre. In realtà, con riferimento in particolare alla posizione dei testimoni assistiti, la dottrina precisa come il co. 3 dell'art. 197-bis Cpp nella formulazione lapidaria con cui sancisce che il testimone debba essere assistito da un difensore di fiducia e, in mancanza, da un difensore d'ufficio, determinerebbe la natura indefettibile della difesa legale legata alla posizione particolarmente delicata di tali soggetti e dunque affermerebbe la volontà di riconoscere loro anche il diritto di usufruire del patrocinio statale in caso di difficoltà economiche⁴³.

La direttiva 1919/2016, inoltre, al considerando 10, auspica anche che gli Stati membri introducano un obbligo di interruzione dell'interrogatorio fino a quando la persona, inizialmente non indagata o imputata, possa essere informata della possibilità di accedere al beneficio del patrocinio a spese dello Stato e sia posta nelle condizioni effettive di esercitare tale diritto. Questo aspetto presenta analogie con

⁴² In senso favorevole alla possibilità per il testimone assistito o imputato in procedimento connesso di accedere al beneficio: Cass. 11.1.2002, in *GI* 2002, 1670; Cass. 11.6.2002, in *CP* 2003, 1580; *contra* Trib. Santa Maria Capua Vetere, 5.11.2004, in *GMer* 2005, 613 secondo cui il patrocinio può concedersi solo all'imputato e all'indagato o altro avente diritto; a favore della soluzione per cui possono accedere solo coloro che lo abbiano già ottenuto nel procedimento di cui sono parte: Trib. Roma, 24.5.2005, in *CP* 2005, 2744 e Cass. 11.6.2008, in *CEDCass*, m. 24089.

⁴³ Secondo l'opinione di P. SECHI, *op. cit.*, 202 ss., che si fonda anche sulla differente situazione degli imputati in procedimenti connessi per i quali il 3° co. dell'art. 210 Cpp afferma che il difensore «ha il diritto di partecipare all'esame».

l'art. 63 Cpp il quale prevede che, in ipotesi di dichiarazioni indizianti, l'autorità procedente interrompa l'esame della persona invitandola altresì a nominare un difensore.

A conferma dell'ampiezza della copertura prevista dalla disciplina interna, il TuSpGiust provvede poi ad individuare i beneficiari delle norme sul patrocinio a spese dello Stato ovvero: il cittadino non abbiente, che rivesta le posizioni sopra menzionate (art. 74), al quale vengono equiparati, sulla base dell'art. 90, lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato e l'apolide residente nello Stato, nonché gli enti o associazioni che non perseguono scopi di lucro e non esercitano attività economica (art. 119). Se la residenza è peraltro condizione espressamente richiesta con riferimento all'apolide, ci si è domandato se essa sia necessaria anche per lo straniero per il quale, in realtà, l'art. 90 d.P.R. richiede implicitamente la sola regolarità del soggiorno. La giurisprudenza è divisa tra un orientamento minoritario e più rigoroso, che impone anche allo straniero la condizione della residenza, ed un altro orientamento, maggioritario, che invece – attenendosi alla lettera della legge – ritiene il beneficio concedibile allo straniero sia esso residente o meno in Italia⁴⁴. Le persone giuridiche possono invece accedere al beneficio a condizione che si siano costituite parte civile nel processo penale⁴⁵.

Per quanto riguarda le modalità di presentazione dell'istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato, esse sono disciplinate in maniera minuziosa dall'art. 79 TuSpGiust. Si richiede che l'istanza, formulata in carta semplice, contenga a pena di inammissibilità: l'indicazione del procedimento a cui la richiesta si riferisce, le generalità dell'interessato e dei componenti della sua famiglia anagrafica, compresi i codici fiscali, una dichiarazione sostitutiva di certificazione dell'interessato, nella quale egli attesta la sussistenza delle condizioni di reddito necessarie per la concessione del beneficio, ed infine l'impegno a comunicare – fino alla definizione del procedimento – le variazioni rilevanti dei limiti di reddito nell'anno precedente. La richiesta di ammissione al patrocinio deve essere sottoscritta dal richiedente e deve essere autenticata dal difensore o con le modalità previste dall'art. 38 co. 3 d.P.R. 28.12.2000 n. 445 (art. 78 co. 2. TuSpGiust).

Limitatamente al cittadino di Stati non appartenenti all'Unione europea, l'art. 79 co. 2 TuSpGiust richiede anche la certificazione dell'autorità consolare al fine di provare la veridicità di quanto dichiarato: sul punto, la giurisprudenza ha specificato, con particolare rigore, che tale certificazione costituisce una vera e propria relazione che lo straniero deve redigere e su cui il giudice può svolgere dei controlli ed è dunque onere dell'autorità consolare verificare il contenuto del documento ed indicare gli accertamenti eseguiti⁴⁶.

⁴⁴ In tal senso Cass. 10.3.2003; per l'orientamento maggioritario si schiera anche G. PAVICH, *op. cit.*, 8.

⁴⁵ In tal senso Cass. 14.1.2005 n. 1165, in *CP* 2006, 598 ed in generale nel ritenere ammissibile il patrocinio a spese dello Stato anche a soggetti diversi dalle persone fisiche si veda Cass. 14.7.2004, in *CEDCass*, m. 230093;

⁴⁶ Così come confermato da C. cost. 1.6.1995 n. 219 e da ultimo da Cass. 4.12.2012 n. 2828. È tuttavia prevista all'art. 94 co. 2 TuSpGiust la possibilità di fornire una dichiarazione sostitutiva di certificazione nei casi in cui sia impossibile produrre la documentazione indicata nell'art. 79 co. 2;

5.2. Venendo al criterio scelto dal legislatore italiano per valutare la concessione o meno del beneficio, e così colorare di significato il concetto di *non abbienza*, esso si fonda sulla valutazione del reddito. La l. 134/2001 aveva elevato la soglia del reddito al di sotto del quale un individuo era considerato non abbiente da € 5.642,22 ad € 9.296,22, mentre l'ultimo aggiornamento ha fissato il limite massimo per accedere al beneficio a € 11.528,41⁴⁷. Tale reddito è quello imponibile e corrisponde non solo al reddito del richiedente, ma tiene conto del reddito di tutti i familiari conviventi con lui conformemente a quanto previsto dall'art. 76 TuSpGiust⁴⁸. Tuttavia, nei soli procedimenti penali è previsto un innalzamento del tetto massimo per l'accesso al patrocinio a spese dello stato di € 1.032,91 per ogni convivente (art. 92 TuSpGiust)⁴⁹.

La disciplina sul patrocinio statale prevede tuttavia l'ammissione e l'esclusione *tout court* di determinate categorie di persone, a prescindere dai limiti di reddito: sono di diritto ammessi al beneficio i collaboratori di giustizia (art. 115 TuSpGiust) e le vittime dei reati di violenza sessuale indicati all'art. 76 co. 4 *ter*⁵⁰; sono invece esclusi gli indagati, imputati e condannati per reati di evasione fiscale e coloro che hanno riportato una condanna definitiva per reati di mafia e in materia di stupefacenti e contrabbando (art. 76 co. 4-*bis* TuSpGiust)⁵¹.

tale documentazione, nell'ipotesi di straniero detenuto, può essere fornita entro un termine di venti giorni dal momento di presentazione dell'istanza dal difensore o da un membro della famiglia dell'interessato. Sul punto C. cost. 20.4.2012 n. 101, in *CP* 2012, 2917, ha escluso l'illegittimità costituzionale dell'art. 114 TuSpGiust nella parte in cui prevede che la revoca del decreto di ammissione al patrocinio a spese dello Stato disposta a causa della mancata presentazione dell'autocertificazione da parte dello straniero detenuto ha effetto solo alla scadenza del termine di venti giorni dalla presentazione dell'istanza di ammissione.

⁴⁷ D.m. 7 maggio 2015 adeguamento dei limiti di reddito per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, in *GU* n. 186 del 12.8.2015.

⁴⁸ Si aggiunge anche il reddito della suocera acquisita: così Cass. 13.11. 2012 n. 44121; è stato invece eliminato, ad opera della l. 134/2001, il riferimento ai possedimenti immobiliari, prima previsto dalla l. 217/1990, e dunque oggi il reddito imponibile è l'unico parametro di non abbienza.

⁴⁹ La Corte costituzionale con sentenza del 3.11.2015 n.237 ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata con riferimento agli artt. 76 e 92 TuSpGiust nella parte in cui viene stabilito solo per il processo penale l'innalzamento dei limiti di reddito per l'ammissione al beneficio del patrocinio in presenza di conviventi.

⁵⁰ Il d.l. 4.8.2013 n. 93, conv. con modificazioni in l. dalla l. 15.10.2013 n. 119 ha ampliato la casistica dei reati le cui vittime godono di ammissione diretta al patrocinio a spese dello Stato comprendendo i maltrattamenti (v. rubrica art.) (art. 572 Cp), le pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 583 *bis* Cp) e gli atti persecutori (art. 612-*bis* Cp).

⁵¹ L'esclusione automatica dal beneficio per le ipotesi in cui si proceda per i reati di cui all'art. 51 co. 3-*bis* Cpp o nei confronti di persona sottoposta a misura di prevenzione è stata ribadita dall'art. 76 co. 4-*bis* TuSpGiust aggiunto dal d.l. 23.05.2008 che ha stabilito che qualora il soggetto sia già stato condannato con sentenza definitiva per taluni di quei delitti, il livello di reddito si ritiene implicitamente superato. La Corte costituzionale ha peraltro dichiarato tale disposizione illegittima, così che oggi l'interessato può superare la presunzione fornendo un'ideale prova contraria: cfr. C. cost. 16.4.2010 n. 129.

L'ammissione al beneficio non condizionata al reddito per particolari categorie di persone – quali i collaboratori di giustizia e le vittime di reati particolarmente violenti – evoca alla mente come anche la direttiva 1919/2016, al suo art. 9, richieda di prestare attenzione agli indagati, imputati e persone ricercate particolarmente *vulnerabili*, in maniera analoga a quanto previsto anche dall'art. 13 della direttiva 2013/48/UE in materia di accesso al difensore. Si segnala tuttavia come il d. lgs. 184/2016⁵², con cui quest'ultima direttiva è stata recepita nel diritto interno, non ha fatto alcun cenno alla necessità di adeguare le norme sull'accesso al difensore allo stato di vulnerabilità della persona: bisognerà dunque vedere se, con l'attuazione dell'ultimo testo europeo, il legislatore nazionale coglierà l'occasione di introdurre un coordinamento tra il diritto di accesso al difensore, l'accesso al beneficio del patrocinio statale e la qualità vulnerabile del soggetto richiedente⁵³.

5.3. Come accennato sopra, la direttiva 1919/2016 si focalizza poi su altri due aspetti: da un lato il problema dell'individuazione dell'autorità competente a decidere sull'ammissione o meno al patrocinio a spese dello Stato e l'essenziale tempestività con cui il beneficio deve essere concesso, dall'altro la formazione qualificata che debbono avere i soggetti coinvolti nella procedura di concessione del patrocinio.

Con riferimento al primo aspetto, nella materia penale, la disciplina prevista dall'art. 93 TuSpGiust individua nel giudice innanzi al quale pende il processo l'autorità giurisdizionale a cui è attribuito il compito di vagliare l'istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato, non essendo invece istituita alcuna autorità indipendente centralizzata⁵⁴. Se l'istanza è presentata durante le indagini preliminari, la competenza a decidere appartiene al G.i.p., avendo la giurisprudenza escluso qualsiasi competenza in ordine a tale decisione da parte del pubblico

⁵² Si ricordi che il concetto di vulnerabilità era entrato nel Codice di procedura penale già a seguito della trasposizione della direttiva 2012/29/UE in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato ad opera del d. lgs. 15.12.2015 n. 212 tramite l'introduzione dell'art. 90-*quater* Cpp: cfr. AA.VV. *Vittime di reato e sistema penale*, Torino 2017, a cura di M. Bargis, H. Belluta; H. Belluta, *Il processo penale di fronte alla vittima particolarmente vulnerabile: aspirazioni comunitarie e aporie nazionali*, in *Commento al D.lgs. 212/2015*, su www.la legislazione penale.eu, 5.7.2016; M. CAGOSI, *Nuove prospettive per la vittime di reato nel procedimento penale italiano*, in www.penalecontemporaneo.it, 19.1.2016; D. FERRANTI, *Brevi riflessioni sulla vittima del reato, in viste del recepimento della direttiva 2012/29/UE*, in *CP* 2015, 3415C; C. PELOSO, *La tutela della vittima del reato nel processo penale italiano e francese: riflessioni comparate sull'attuazione della direttiva 2012/29/UE*, su www.eurojus.it, 16.5.2016; P. SPAGNOLO, *Nuovi diritti informativi per la vittima dei reati*, in *Commento al D.lgs. 212/2015*, su www.la legislazione penale.eu, 5.7.2016; D. VISPO, *La riscoperta del ruolo della persona offesa nel sistema processualpenalistico italiano: prime riflessioni a margine del d.lgs. 212/2015*, in www.la legislazione penale.eu, 25.2.2016.

⁵³ Cfr. S. QUATTROCOLO, *Interventi minimi*, cit., 1.

⁵⁴ Diversamente da quanto accade ad esempio in Francia dove, pur non essendoci un'autorità centralizzata a livello statale, esiste un *Bureau d'aide juridictionnel* in ogni *Tribunal de Grand Instance* competente a decidere sulle domande di ammissione al patrocinio statale: cfr. S. CARBONE, *Aide juridictionnelle*, in *Rep. dr. pen. proc. pén.*, 2013.

ministero⁵⁵. Nel caso di imputato detenuto, l'istanza verrà ricevuta dal direttore dell'istituto penitenziario o dall'agente di polizia giudiziaria e da lui trasmessa al direttore il quale provvederà a trasmetterla al giudice competente. Una volta redatta l'istanza di ammissione al patrocinio nelle forme richieste dalla legge, l'interessato o il suo difensore devono presentarla o inviarla a mezzo raccomandata alla cancelleria del giudice innanzi al quale pende il processo. Il difensore, invece, non può più presentarla direttamente in udienza, dopo l'abrogazione del 2° comma dell'art. 93 ad opera della l. 24.07.2008 n. 125: l'interessato potrà pertanto unicamente preannunciarne il deposito che dovrà avvenire nei venti giorni successivi⁵⁶. Qualora il procedimento penda avanti alla Corte di cassazione è invece competente il giudice che ha emesso il provvedimento impugnato.

Per quanto attiene alla tempestività con cui il soggetto può fruire del beneficio, occorre far riferimento agli artt. 96 e ss. TuSpGiust che regolamentano i tempi relativi alla decisione sull'istanza di patrocinio.

La domanda di ammissione viene decisa dal giudice procedente con un decreto motivato – comunicato o letto in udienza all'interessato qualora sia presente (art. 97) – in cui egli valuta l'ammissibilità della domanda e la sussistenza dei requisiti per la concessione del beneficio essenzialmente di natura reddituale; tuttavia, come si ricava dalla lettura del 2° co. dell'art. 96, la legge attribuisce una mera facoltà al giudice di tenere conto di parametri diversi dal solo reddito, quali il tenore di vita, le attività economiche svolte, le condizioni economiche familiari e le risultanze del casellario giudiziario. L'ampliamento del margine di valutazione riconosciuto al giudice, rispetto alla previgente disciplina della l. 217/1990, permette a quest'ultimo di basarsi su semplici considerazioni in ordine ai citati elementi cui non si accompagna, tuttavia, la tappa obbligatoria di trasmissione dell'istanza alla Guardia di finanza per i necessari controlli fiscali; quest'ultima incombenza è infatti obbligatoria nelle sole ipotesi di procedimenti per i reati di cui all'art. 51 co 3-bis Cpp o di persona sottoposta a misura di prevenzione. La nuova disciplina ha dunque positivamente inteso evitare i rischi prodotti dall'autocertificazione del richiedente introducendo una valutazione del giudice basata sulla nozione di onnicomprensività del reddito che consente, più agilmente, di verificare prospettazioni reddituali sospette⁵⁷.

La norma tuttavia attribuisce un'eccessiva discrezionalità al giudicante, sebbene nel solo ambito dei reati ordinari, prescindendo dal dato obiettivo laddove

⁵⁵ Sul punto Cass. S.U. 25.2.2004, in *GD* 2004 (20), 80.

⁵⁶ Nel senso della possibilità che sia anche l'avvocato a preannunciarne il deposito cfr. Cass. 22.4.2013, n. 18303.

⁵⁷ Si tratta di un mutamento rispetto alla previgente disciplina della l. 217/1990 nella quale l'organo giurisdizionale non doveva e non poteva entrare nel merito dell'autocertificazione fornita dall'istante: i controlli sul reddito potevano infatti essere esperiti successivamente all'ammissione da parte della Guardia di finanza, ma spesso tale controllo non avveniva in maniera efficace o tempestivo. La disciplina attuale ha dunque voluto garantire il concetto di onnicomprensività del reddito imponendo al giudice una valutazione non limitata alla sola autocertificazione ma basata anche su altri criteri all'esito della quale il giudice può respingere l'istanza: cfr. P. SECHI, *op. cit.*, 260 ss.; G. REYNAUD, *op. cit.*, 64, che sottolinea come si tratta di una facoltà poco sfruttata nella prassi.

permette al giudice di decidere sulla richiesta coinvolgendo solo eventualmente l'amministrazione finanziaria. Una palese violazione del diritto di difesa si configurerebbe ad esempio nel caso di rigetto della richiesta basato sulla considerazione dell'esistenza di redditi derivanti da attività illecite che permetterebbero all'interessato, nella considerazione del giudice, di retribuire un avvocato anche se il giudicante non è, di norma, legittimato a negare il patrocinio sulla sola base della fattispecie di reato addebitata, dovendo comunque accertare la situazione reddituale dell'interessato facendo riferimento ai citati parametri⁵⁸. In tal modo si rischia, da un lato, di non soddisfare l'esigenza posta dall'art. 4 della direttiva, la quale impone che allorquando lo Stato membro adotti una valutazione fondata sulle risorse economiche deve tener conto di tutti i fattori pertinenti e obiettivi, dall'altra di non assolvere al necessario grado di diligenza nel decidere sull'istanza di ammissione al beneficio richiesta all'art. 6 della direttiva europea.

Si osservi, inoltre, come la disciplina attuale non permetta di assolvere all'esigenza di tempestività richiesta dalla direttiva 1919/2016: infatti, i tempi entro cui la decisione deve intervenire si sono considerevolmente allungati a seguito dell'abrogazione, da parte della l. 125/2008, della possibilità di presentare l'istanza di ammissione al patrocinio direttamente in udienza. E' dunque venuto meno anche l'inciso previsto dall'art. 96 il quale sanciva che il giudice dovesse, a pena di nullità assoluta, decidere immediatamente sulla domanda presentata in udienza⁵⁹.

Il restante disposto dell'art. 96 indica dunque che il giudice debba decidere entro dieci giorni dalla richiesta di ammissione al beneficio, termine che deve considerarsi ordinatorio e non più perentorio⁶⁰. La disciplina interna non sembra lasciare alcuno spazio alla possibilità di concedere il beneficio in via d'urgenza o di attribuire la decisione circa la sua concessione alla polizia giudiziaria o al pubblico ministero. Come infatti già specificato, da un lato, è pacifica l'individuazione dell'autorità competente a decidere sul patrocinio nel solo magistrato competente per la fase del procedimento posto che nel nostro impianto processuale nessun conflitto in ordine ai profili decisionali può sussistere tra pubblico ministero e giudice, e ancor meno tra giudice e polizia giudiziaria. Dall'altro, le modalità di attribuzione del contributo richiedono valutazioni da parte del giudicante ed eventuali controlli finanziari rigorosi, seppur obbligatori nelle sole ipotesi di reati di

⁵⁸ Su tale rischio cfr F. GIORDANA, *Il patrocinio a spese dello Stato e i non abbienti*, in *QuestG* 1996 (2), 469; G. LOCATELLI, *I redditi da attività illecite ostacolo al gratuito patrocinio*, in *DPP* 1998, 1326 ss.; V. PEZZELLA, *Se l'imputato incassa proventi illeciti può permettersi di pagare l'avvocato*, in *DG* 2002 (13), 11; D. POTETTI, *Il patrocinio a spese dello Stato nel processo penale, commento alla legge 29 marzo 2001, n. 134*, in *DPP* 2002, 969 ss.; e comunque sul punto la giurisprudenza conferma che il controllo del giudice debba avere ad oggetto non l'accumulo di ricchezza eventualmente generato dai reati contestati, ma in concreto le condizioni di vita: cfr. Cass. 11.2.2004, D'ostuni, in *CEDCass*, m. 228004.

⁵⁹ La precedente formulazione dell'art. 96, che prevedeva un termine perentorio a pena di nullità ex art. 179 co. 2 Cpp. non era esente da critiche dal momento che la sua cattiva formulazione non permetteva di individuare gli atti colpiti da nullità assoluta: cfr. sul punto D. POTETTI, *In tema di patrocinio a spese dello Stato: il reddito e il suo accertamento dopo la riforma della l. n. 134 del 2001*, in *CP* 2002, 1071.

⁶⁰ Sul punto L. DIPAOLOLA, *op. cit.*, 91.

criminalità organizzata. Si tratta infatti di reati in presenza dei quali il giudice ha un preciso dovere, e non una mera facoltà, di chiedere preventivamente al questore, alla direzione investigativa antimafia (DIA) e alla direzione nazionale antimafia e antiterrorismo (DNA) le informazioni necessarie e utili relative al tenore di vita, alle condizioni personali e familiari e alle attività economiche eventualmente svolte dall'interessato.

Manca peraltro nella disciplina attuale una espressa previsione della sanzione per l'ipotesi di omissione o ritardata decisione del giudice sulla domanda di ammissione al patrocinio. Secondo una parte della giurisprudenza, essa determinerebbe una nullità a regime intermedio degli atti compiuti successivamente, ma solo se ne sia derivata una concreta lesione al diritto di assistenza tecnica dell'imputato: con ciò, la giurisprudenza intende affermare che il diritto di difesa è concretamente leso solo laddove ci si trovi in una fase del procedimento nella quale l'attività difensiva sia fondamentale per evitare ricadute sulla libertà personale dell'indagato o dell'imputato⁶¹. Questo orientamento tuttavia presenta dei rischi maggiori laddove tralascia la *ratio* stessa posta al centro dell'istituto del patrocinio, e più generalmente del diritto di difesa: l'assistenza legale a spese dello Stato – seppur finalisticamente orientata ad evitare che la persona sia privata della libertà – pone l'accento soprattutto sulla sua natura di strumento necessario per rimuovere il rischio di una disuguaglianza tra le parti processuali, anche sotto il profilo del mero rischio potenziale a carico della libertà, garantendo l'attivazione di strumenti e iniziative difensive al pari dell'avversario⁶².

L'attuale disciplina nazionale garantisce infine l'esistenza di mezzi di ricorso interno in caso di violazione del diritto di difesa: poiché il giudice può pronunciarsi per l'inammissibilità dell'istanza quando essa presenti una carenza sotto il profilo degli elementi materiali, oppure rigettare l'istanza qualora effettui una valutazione anche nel merito, il decreto motivato di rigetto può essere impugnato entro venti giorni dalla notizia del rigetto, comunicato dal giudice ai sensi dell'art. 97 TuSpGiust, con un ricorso al presidente del tribunale o al presidente della corte di appello presso i quali è incardinato il magistrato che ha emesso il provvedimento (art. 99 TuSpGiust). La procedura segue le regole dell'opposizione al decreto di pagamento e deve aver luogo davanti all'ufficio giudiziario in composizione monocratica, nel contraddittorio delle parti. È dunque affetto da nullità assoluta il provvedimento che il presidente del tribunale o della corte d'appello assuma *de plano*, senza sentire il ricorrente⁶³. A sua volta, l'ordinanza che decide sul ricorso può essere impugnata davanti alla corte di cassazione, entro lo stesso termine di venti giorni decorrenti dalla comunicazione dell'ordinanza che decide sul ricorso, ma solo per violazione di legge.

⁶¹ Cass. 16.1.2009 n. 3607 in *CP* 2010, 698; conforme Cass. 10.5.2006 n. 24346. In senso difforme: Cass. 29.5.2008 n. 26324; Cass. 20.4.2006 n. 18066;

⁶² Cfr. Cass. 29.5.2008 n. 26324, «la norma (art. 96, co. 1 TuSpGiust) intende garantire l'esercizio della difesa anche sotto il profilo potenziale e quindi rimuovere il rischio di limitazioni, non sempre obiettivamente, nell'attivazione di strumenti e iniziative difensive».

⁶³ Cass. 20.5.2015 n. 26328; Cass. 18.3.2010 n. 16156, in *CP* 2011, 1849.

Si osservi che, tuttavia, la disciplina dei rimedi appare carente sotto il profilo della tutela del ricorrente. Innanzitutto, i procedimenti avverso il decreto di rigetto sono considerati di volontaria giurisdizione e sono dunque autonomi rispetto al procedimento da cui traggono origine, sicché essi saranno sottoposti al pagamento del contributo unificato⁶⁴. In secondo luogo, il termine di venti giorni per il ricorso avverso il rigetto dell'istanza appare troppo breve per garantire alle parti di redigere una memoria difensiva idonea che dovrà, molto certamente, fondarsi su documenti a cui la parte e il suo difensore potrebbero non aver accesso immediato. Infine, l'ordinanza che decide sul ricorso dovrebbe poter essere ricorribile anche nelle ipotesi di cui all'art. 606 co. 1 lett. e ovvero in caso di mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della motivazione risultante dall'*iter* argomentativo seguito dal giudice per fondare la sua decisione di rigetto. La mancata previsione di questo specifico motivo di ricorso alla Suprema corte rischia di sottrarre al ricorrente un'importante opzione difensiva concretizzandosi in una lesione del suo diritto ad impugnare il rigetto.

5.4. Veniamo ora ad un altro aspetto a cui il testo europeo attribuisce particolare importanza, ovvero la formazione dei soggetti coinvolti nel procedimento di concessione del patrocinio a spese dello Stato.

Sotto questo aspetto, la disciplina del TuSpGiust sembra essere coerente con gli standard europei indicati all'art. 7: è infatti ammesso a prestare assistenza legale al non abbiente l'avvocato iscritto nell'apposito elenco di cui all'art. 81 TuSpGiust istituito presso il Consiglio dell'ordine di appartenenza e che sia in possesso di determinati requisiti: attitudini ed esperienze professionali specifiche nel proprio settore di competenza, assenza di sanzioni disciplinari superiori all'avvertimento irrogate nei cinque anni precedenti la domanda ed un'anzianità professionale di almeno due anni (la precedente anzianità di cinque anni è stata infatti ridotta dalla l. del 24.2.2005 n. 25. Peraltro, il TuSpGiust prevede il diritto dell'indagato, dell'imputato e del condannato di nominare un secondo difensore nella sola ipotesi di partecipazione a distanza (art. 100), il diritto del difensore, al fine di svolgere attività di investigazione difensiva, di nominare un sostituto o un investigatore privato autorizzato, nonché la possibilità per chi è ammesso al patrocinio di nominare un consulente tecnico (artt. 100, 101, 102). Sostituto, investigatore privato autorizzato e consulente tecnico sono di regola scelti nel distretto di corte d'appello dove ha sede il magistrato competente per il fatto per cui si procede, ma possono anche provenire dal di fuori di tale distretto sebbene in tal caso le spese e le indennità di trasferta previste dalle tariffe professionali non siano dovute. La Corte costituzionale con sentenza 254/2007 ha inoltre dichiarato l'illegittimità dell'art. 102 TuSpGiust nella parte in cui non prevede la possibilità, per lo straniero ammesso al patrocinio a spese dello Stato che non conosce la lingua italiana, di nominare un

⁶⁴ Ricorda L. DIPAOLA, *op. cit.*, 93, che il Dipartimento per gli affari di giustizia con una nota del 6 maggio 2003 ha confermato la sottoposizione al contributo unificato di cui agli artt. 9 e ss. TuSpGiust per tali procedimenti.

interprete, ponendosi tale mancata previsione in contrasto con gli standard sovranazionali⁶⁵.

6. L'auspicio europeo, confermato anche dalle parole di Věra Jourová, commissario alla giustizia, nel comunicato di accompagnamento alla direttiva 2016/1919 è quello per cui il rafforzamento del nucleo minimo in materia di patrocinio a spese dello Stato possa concretizzarsi in un accesso ad una giustizia equa, che sia a disposizione di tutti, anche dei non abbienti. L'insieme degli atti sovranazionali europei ed internazionali intervenuti sul tema del diritto di difesa dell'individuo non abbiente hanno il pregio di aprire un varco nella ricerca di una coerenza ed omogeneità della materia che, essendo molto spesso frammentata tra i diversi sistemi legislativi, porta a delle difficoltà evidenti nell'attuare il principio di cooperazione tra Stati membri su scala europea e nuoce all'efficacia degli strumenti basati sul principio di mutuo riconoscimento.

Per quanto attiene alla direttiva europea, ci sono alcuni aspetti, che si aggiungono a quelli man mano evidenziati nel corso della trattazione, in cui il legislatore avrebbe potuto mostrare maggiore incisività nel sollecitare i sistemi nazionali più carenti ad un ripensamento della disciplina che tutela i non abbienti.

Per quanto attiene invece alla normativa interna, sebbene nel suo dato testuale possa sembrare assai idonea a garantire l'effettività del principio sancito dall'art. 24 Cost., essa mostra debolezze strutturali a fronte della realtà concreta che è chiamata a disciplinare: è tristemente noto infatti che nel procedimento penale italiano non tutte le persone non abbienti – si pensi non solo ai senza fissa dimora e agli stranieri, ma anche a tutti coloro che in questo frangente economico si trovano in gravi difficoltà – si vedono garantito un automatico accesso al beneficio.

Alcuni limiti sia della normativa europea che di quella interna vanno all'uopo segnalati. Il primo limite che si rileva nel testo europeo consiste nell'aver riaffermato una valutazione fondata sulle risorse o sul merito⁶⁶. Benché infatti il legislatore europeo accompagni tali criteri con la formula secondo cui, in ogni caso, il beneficio deve essere concesso anche quando sia necessario nell'interesse della giustizia,

⁶⁵ C. cost. 6.7.2007 n. 254 cfr.; D. CURTOTTI NAPPI, *La spinta garantista della Corte Costituzionale verso la difesa dello straniero non abbiente*, in CP 2007, 4442; G. REPETTO, *L'ammissione degli stranieri al patrocinio a spese dello Stato e l'obbligo del condizionale*, in GCos 2007, 2535; P. SECHI, *Straniero non abbiente e diritto ad un interprete*, ivi 2007, 2527. Si noti inoltre che benché l'art. 111 Cost. contempli il diritto della persona accusata ad essere assistita da un interprete, la norma non ne prevede la gratuità, come richiesto invece dall'art. 6 § 3 lett. e Cedue e dall'art. 14 § 3 lett. f Patto int. dir. civ. e pol.; cfr. D. CURTOTTI NAPPI, *Il problema delle lingue nel processo penale*, Milano 2002, 263 ss.

⁶⁶ Quest'ultima, ricordiamo, è basata sulla valutazione di una serie di parametri (reddito, patrimonio, situazione familiare, costo dell'assistenza di un difensore e livello di vita nello Stato membro, effettuata nel merito della causa in esame) che debbono essere verificati nel caso concreto in cui viene richiesto il beneficio; la valutazione nel merito sarà considerata sufficiente se fatta allorché l'indagato o l'imputato sia condotto dinnanzi ad un giudice o ad un tribunale competente a decidere in merito alla detenzione, oppure se suddetta valutazione sia fatta durante il tempo della sua detenzione (art. 4 § 4).

tuttavia non adotta una posizione innovatrice circa l'esigenza di prendere in considerazione altri criteri che conducano all'esclusione del mero criterio reddituale.

Per riaffermare il criterio del reddito, peraltro, il legislatore europeo parte dall'assunto che è questo il parametro scelto dalla maggior parte degli Stati membri i quali, tuttavia, ne fanno un'applicazione profondamente differenziata tra loro⁶⁷. In particolare, tale dato, oltre a evidenziare la disomogeneità presente in Europa, conferma come i parametri adottati dagli Stati sono spesso troppo restrittivi e determinano uno scollamento rispetto alla realtà: le persone veramente bisognose infatti si trovano spesso *de facto* in uno stato che dovrebbe farle presumere nullatenenti o comunque non in grado di far fronte ad un procedimento penale, ma sono gravate dal peso di dare una prova tangibile e materiale di tale condizione che spesso è estremamente difficile da fornire⁶⁸.

Il criterio reddituale costituisce anche un limite della normativa interna. Se è vero infatti che il legislatore ha consacrato un concetto onnicomprensivo di reddito, la disciplina prevede tuttavia una mera facoltà di considerare elementi ulteriori quali il tenore di vita, le condizioni personali e familiari e le attività economiche svolte, facoltà che non è stata particolarmente sfruttata nella prassi delle aule giudiziarie⁶⁹.

Il reddito permane dunque la componente essenziale nella valutazione del giudicante e continua ad ingenerare privazioni ingiuste. Lo si può constatare innanzitutto sotto il profilo tecnico, con riferimento all'importo stabilito per accedere al patrocinio: oltre ad essere criterio la cui congruità è sostanzialmente espressione della discrezionalità del legislatore e delle decisioni politiche attinenti la gestione degli aspetti sociali statali, esso è anche un limite tanto più odioso laddove crea una secca spaccatura tra chi può accedere al beneficio e chi, anche in caso di lieve superamento del limite reddituale, ne è invece escluso e deve farsi carico di tutte le spese giudiziarie. Il nostro legislatore infatti non ammette, a differenza di molti altri ordinamenti dove tale soluzione è adottata con successo, la possibilità di un patrocinio parziale parametrato a vari scaglioni reddituali.

⁶⁷ Anche in Inghilterra e in Galles il criterio scelto dal legislatore è quello basato sul reddito: il *Legal Aid, Punishment and Sentencing of Offenders (LASPO) Act 2012* ha in particolare introdotto dei criteri reddituali più stringenti: tale soglia è fissata in £ 12,457 per anno davanti alla *Magistrate's Court* e in £ 22,325 per anno se si considera il reddito familiare; davanti alla *Crown Court* il limite è di £ 22,435 per anno benché si tratti della giurisdizione con il numero più elevato di casi da trattare e dove i costi della procedura sono stimati oltre le £ 100,000; si noti che in UK occorre che l'imputato, oltre a rispettare i limiti di reddito per poter rientrare nel patrocinio a spese dello Stato, deve anche superare un "*interest of Justice*" test che valuta il tipo di causa di cui si tratta, la vita del responsabile e se le conseguenze del fatto sono sufficientemente gravi da giustificare l'assistenza legale a carico dello Stato. Per un'analisi delle considerevoli difficoltà di accesso al *legal aid* nel sistema britannico, soprattutto a seguito dell'introduzione, del *LASPO Act 2012*, e della loro incidenza sul numero crescente di imputati non rappresentati legalmente cfr. K. LEADER, *National report England and Wales*; L. GREEN - J. SANDBACH, *Justice in free fall a report on the decline of civil legal aid in England and Wales*, Dicembre 2016, su www.lag.org.uk.

⁶⁸ Come osservato anche dal documento di analisi di impatto della direttiva 2016/1919/UE.

⁶⁹ Sul punto G. REYNAUD, *op. cit.*, 64 ss.

Inoltre, il reddito è un criterio fuorviante anche in ragione della sua verifica fiscale, che – come ricordato in precedenza – rimane una soluzione poco utilizzata dalla magistratura e, quando esperita, limitata a controlli formali.

Ma non solo, si pensi alla scelta – contestabile – di includere nella valutazione per l'ammissione al patrocinio il solo reddito dell'anno precedente, così permettendo a chi percepisca una pensione minima, ma abbia cospicui depositi bancari e beni patrimoniali fruttiferi di rientrare comunque nei limiti del beneficio.

Le disposizioni legislative dovrebbero dunque configurare una dispensa totale dal criterio reddituale a favore di criteri sostanziali, ad esempio in ipotesi di attestati casi di indigenza provati da organismi – quali i servizi sociali – che assistono le persone realmente in difficoltà; in tal senso, un'autorità centralizzata, perlomeno a livello di ciascuna giurisdizione territoriale, potrebbe fornire un aiuto significativo nell'adozione di protocolli comuni e conformi sul territorio nazionale contenenti i criteri giustificativi dell'esclusione del criterio reddituale⁷⁰.

La tendenza a mettere in rilievo la situazione concreta in luogo di quella reddituale è peraltro confermata anche da una recente sentenza della Corte di cassazione⁷¹ in una vicenda che interessava una persona senza fissa dimora; quest'ultima, pur avendo dichiarato la sua condizione di indigenza nella richiesta di ammissione al patrocinio, si vedeva successivamente revocato il beneficio giacché si ipotizzava a suo carico un cumulo con i redditi dei familiari che determinava il superamento dei limiti di legge. La Suprema Corte censurava la decisione di revoca del beneficio affermando che la situazione anagrafica del richiedente non può essere per ciò solo posta a fondamento della presunzione dell'esistenza di un cumulo di redditi; la Corte rilevava che, comunque, tale situazione non era stata oggetto di un'accurata verifica in concreto né ad opera del giudicante né tantomeno dell'amministrazione fiscale la quale si limitava a condurre una verifica puramente formale.

Un altro limite del testo europeo riguarda l'assenza di indicazioni circa specifici obblighi per gli Stati membri di prevedere un accesso semplificato, immediato e soprattutto gratuito alle informazioni riguardanti l'istituto del patrocinio a spese dello Stato: le persone che realmente si trovano in difficoltà, infatti, molto spesso, scoraggiate dalle procedure che debbono avviare per accedere al beneficio e prive di aiuto da parte di professionisti del settore, abbandonano la procedura, ciò che riconferma come il problema dell'accesso al patrocinio statale si riproponga a livelli diversi ponendosi anche a monte della fase processuale. In tal senso si è osservata ad esempio una tendenza, maturata in Inghilterra e in Galles, volta ad incrementare l'efficienza delle misure adottate nei procedimenti penali per evitare ritardi o fasi non necessarie, che tuttavia determina la compressione sempre

⁷⁰ Si veda il caso della Francia dove la legge enumera casi in cui il criterio del reddito è espressamente escluso tra cui l'ipotesi che il richiedente si trovi in una situazione «*digne d'intérêt au regard de l'objet du procès ou des charges prévisibles du procès*», definizione appositamente formulata in maniera ampia dal legislatore francese per permettere un apprezzamento del caso concreto ad opera del *Bureau d'aide juridictionnelle*: cfr. S. CARBONE, *op. cit.*

⁷¹ Cass. 28.10.2016 n. 45551.

maggiore dei diritti di partecipazione dell'imputato; tra le varie misure oggetto di tale politica vi è anche la restrizione delle condizioni di accesso al *legal aid*. Tale fenomeno ha dunque determinato la tendenza a non imporre più alcun obbligo alle giurisdizioni inferiori circa la verifica dei motivi di assenza dell'imputato, mentre nelle Corti superiori – dove occorre svolgere delle verifiche circa l'assenza dell'imputato prima di poter procedere – il problema maggiore ha riguardato l'assenza di un diritto ad ottenere la ripetizione dell'udienza per l'imputato o indagato assente⁷². è dunque evidente lo stretto legame intercorrente tra la mancanza di accesso all'assistenza legale gratuita e l'incapacità dell'imputato o indagato di sapere come deve comportarsi, sicché la sua reazione più scontata sarà spesso quella di evitare la sede processuale⁷³.

Si tratta invero di un problema sul quale la legislazione interna si è interrogata e a cui proprio la classe forense ha tentato di fornire una risposta soddisfacente; l'art. 20 l. 134/2001 infatti, non abrogato dal t.u. sulle spese di giustizia, prevede l'istituzione di un servizio di informazione e consulenza per l'accesso al patrocinio a spese dello Stato e alla difesa d'ufficio che ogni Consiglio dell'ordine può istituire con la partecipazione anche dei propri iscritti. Questa soluzione però, oltre ad essere una mera facoltà riconosciuta ai Consigli forensi⁷⁴, avrebbe dovuto avere anche natura onerosa in quanto l'art. 20 fa riferimento ad un decreto – mai emanato – che avrebbe stabilito il contributo richiesto agli utenti. Questa situazione viene parzialmente superata dalla nuova legge professionale forense (l. 31.12.2012 n. 247)⁷⁵, che ha previsto l'istituzione del c.d. Sportello del cittadino: il regolamento attuativo del CNF del 19 aprile 2013 n. 2 ha chiarito come scopo dello sportello sia quello di offrire, a

⁷² Cfr. K. LEADER, *National report England and Wales*, cit., 44 ss.

⁷³ Si ricordi che per effetto della l. 28.4.2014 n. 67 l'ordinamento processuale italiano ha eliminato il riferimento all'istituto della contumacia, con cui in precedenza venivano accumulate situazioni molto diverse tra loro (come quella di colui che non avesse notizia del processo per irreperibilità, di colui che, pur avendo conoscenza del processo, non avesse conoscenza effettiva della data, e di chi avesse volontariamente rinunciato a partecipare al processo); per effetto della novella legislativa vengono create tre situazioni distinte: coloro che abbiano avuto conoscenza del procedimento e che abbiano espressamente rinunciato ad assistervi (art. 420 1° co. Cpp) coloro rispetto ai quali è possibile ritenere che abbiano una conoscenza implicita del procedimento per aver compiuto uno degli atti indicati nell'art. 420-bis 1° comma Cpp ed infine la sospensione del procedimento per mancata conoscenza da parte dell'imputato (art. 420-quater Cpp): cfr. A. CIAVOLA, *Alcune considerazioni sulla nuova disciplina del processo in assenza e nei confronti degli irreperibili*, in *DirPenCont* 2015, 196; C. CONTI, *Processo in absentia a un anno dalla riforma: praesumptum de praesumpto e spunti ricostruttivi*, in *DPP* 2015, 461; DE CARO, *Processo in absentia e sospensione. Una primissima lettura della legge n. 67 del 2014*, in *AP* 2014, 1; M. INGENITO, *Il processo penale contro l'imputato irreperibile*, Napoli 2015; S. QUATTROCOLO, *Il contumace cede la scena all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona, riflessioni a prima lettura sulla nuova disciplina del procedimento senza imputato*, in *DPenCont* 2014, 97; S. QUATTROCOLO, *Corte europea dei diritti dell'uomo e partecipazione al processo*, in *DPP* 2014, 12.

⁷⁴ I quali peraltro in maniera assolutamente non uniforme danno informazioni spesso povere o non aggiornate in tema di patrocinio e difesa d'ufficio, come indica DIPAOLA, *op. cit.*, 146 che riporta la prassi sui siti internet dei consigli forensi italiani.

⁷⁵ Pubblicata su *G.U.*, 18.1.2013 n. 15 ed in vigore dal 2 febbraio 2013 (v. www.consiglionazionaleforense.it).

titolo gratuito, informazioni al pubblico relative alla fruizione delle prestazioni professionali degli avvocati e sull'accesso alla giustizia in materia di costi, tempi, difesa d'ufficio e patrocinio a spese dello Stato⁷⁶.

Infine, un ultimo limite, sia della disciplina europea che di quella interna, riguarda la totale assenza di previsioni circa l'assistenza legale al non abbiente al di fuori del procedimento; infatti non viene mai considerata la necessità del non abbiente di accedere ad una semplice consulenza legale in vista di un'eventuale controversia o al fine di ricercare una soluzione stragiudiziale, non potendo egli permettersi i costi di una consulenza presso un professionista a pagamento. Con riferimento a tale aspetto, lo Sportello del cittadino potrà certamente rimediare in qualche modo a questo vuoto, sebbene nell'ambito di un'attività di informazione e di orientamento sulle procedure alternative e sui vantaggi derivanti dall'esperirle, ma non potrà scendere – almeno questo è quanto pare di comprendere dalla lettura del Regolamento del CNF – nel merito di una consulenza legale più approfondita.

I vari limiti prospettati trovano comunque un nodo comune in due problemi di fondo che già autorevole dottrina⁷⁷ aveva individuato l'incapacità, a differenza di altri, del legislatore italiano di infrangere due tabù: il primo, come già sottolineato qualche riga sopra, è la continua negazione di forme di rimborso parziale delle spese legali; il secondo è la totale assenza di forme di assistenza pubbliche, che accanto a quelle professionali degli studi legali, possano garantire consulenze legali di qualità a persone non abbienti.

Questo secondo problema trova la sua spiegazione nell'assenza di un sistema di strutture legali pubbliche in cui gli avvocati lavorino come dipendenti con l'apposito incarico di prestare assistenza, sia giudiziale che stragiudiziale, alle persone non abbienti, che è stato fondamentalmente osteggiato nel corso dei decenni dalla classe forense per ragioni di indipendenza della libera professione⁷⁸.

La stessa autorevole dottrina⁷⁹ riteneva, d'altronde, che una possibile soluzione potesse trovarsi nella fruizione delle riserve di energia presenti anche nelle Università ed oggi questa felice intuizione è in una marcia attiva quando si va con il pensiero a realtà associative che sono state fondate proprio con la volontà di assicurare forme di consulenza gratuita e pubblica. Si fa riferimento all'esperienza maturata in seno all'Associazione Avvocato di Strada Onlus⁸⁰, composta da avvocati, ma anche da giuristi, giovani laureati e studenti di giurisprudenza, che prestano assistenza alle persone che non potrebbero permettersi un avvocato ma che, comunque, non rientrano nelle condizioni di accesso al patrocinio a spese dello Stato. L'associazione,

⁷⁶ R. DANOVI, *Manuale breve ordinamento forense e deontologia*, Milano 2016, 15.

⁷⁷ Lo ricorda M. CHIAVARIO, *Garanzie individuali ed efficienze del processo*, in CP 1998, 1515, che sottolinea peraltro come «nel numero di persone ammesse ogni anno al patrocinio a spese dello stato ci sono persone che hanno notoriamente entrate consistenti, ma che non presentano la dichiarazione dei redditi... Ho allora l'impressione che, dei veri "poveri", siano proprio pochi coloro che usufruiscono di quello che dovrebbe essere uno dei primi servizi sociali adeguatamente elargiti».

⁷⁸ In tal senso opera il *Legal Aid Agency* in UK: cfr. <https://www.gov.uk/government/organisations/legal-aid-agency>.

⁷⁹ M. CHIAVARIO, *op. ult. cit.*, 1515;

⁸⁰ Si veda il sito dell'Associazione Onlus Avvocato di strada: www.avvocatodistrada.it.

tramite l'assistenza legale gratuita fornita dai volontari, assicura consulenze giuridiche alle persone senza dimora e sostiene tutte le spese legali grazie alle donazioni ricevute, ciò conformemente alle azioni e agli obiettivi che si è proposta di raggiungere⁸¹. Tuttavia la creazione di un'associazione come Avvocato di strada ha suscitato presso i Consigli dell'ordine degli Avvocati – che, lo ricordiamo, devono autorizzare l'apertura di un nuovo sportello di assistenza legale gratuita in ogni circoscrizione territoriale - reazioni contrastanti oscillanti tra (poche) risposte positive o non contrarie, purché la clientela sia rigorosamente composta da persone senza fissa dimora, e alcune risposte negative argomentando la violazione dei principi deontologici che impongono il minimo tariffario inderogabile e l'accaparramento della clientela.

La nascita di questo tipo di associazioni mette a nudo l'incapacità dello Stato di colmare un evidente vuoto di tutela, in particolare quello nei confronti delle persone senza fissa dimora e conferma come la strada verso l'affermazione di un diritto di difesa effettivamente garantito a tutti, come vorrebbe il dettato costituzionale ed ora anche l'Europa, richieda maggiore dialogo ed apertura da parte dei vari attori che compongono il settore della giustizia.

In tal senso, il percorso avviato dall'Unione europea con la tabella di marcia sulle garanzie procedurali è un'iniziativa che non si può che accogliere positivamente proprio in ragione dell'attenzione rivolta alla persona coinvolta in un procedimento penale e alla volontà di riconoscerle le garanzie dell'equo processo in tutti gli Stati membri.

L'auspicio è che le sollecitazioni europee possano essere l'occasione per il legislatore nazionale, in vista del recepimento della direttiva previsto per il maggio 2019, di mettere mano alla disciplina attuale ripensando certi dogmi e aprendo la strada a nuove soluzioni in materia di patrocinio a spese dello Stato anche, e soprattutto, alla luce delle esperienze dei vicini europei e delle reali evoluzioni ed esigenze della società contemporanea.

⁸¹ A. MUMOLO, *Avvocati di strada, considerazioni a margine di un'esperienza*, in *QuesG* 2006 (6), 1108 il quale precisa che tra le varie azioni dell'Associazione vi è la costituzione di un gruppo di avvocati civilisti, penalisti e amministrati visti disponibili ad assistere le persone senza fissa dimora anche ove non sia possibile utilizzare l'istituto del gratuito patrocinio.