

Il merito

Difesa e Difensori

Difesa e difensori - Difesa d'ufficio - Patrocinio a spese dello Stato - Liquidazione onorario e spese al difensore d'ufficio - Imputati irreperibili - Questione di legittimità costituzionale (art. 116 D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115).

Non è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 116 D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, che regola la liquidazione dell'onorario e delle spese al difensore d'ufficio degli imputati irreperibili di fatto - estendendo la disciplina del patrocinio a spese dello Stato - quando il difensore dimostri di aver esperito inutilmente le procedure per il recupero dei crediti professionali, per contrasto con gli articoli 3, 97, e 111 della Costituzione.

TRIBUNALE DI ROMA, SEZIONE QUARTA, 23 APRILE 2015 - PICOZZI, *Giudice monocratico* - Dinca, *ricorrente*.

L'onorario del difensore d'ufficio: disorientamenti in via di superamento

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Difensore d'ufficio e di fiducia. - 2.1 il *deficit* motivato sulla similitudine. 2.2 difesa tecnica: diritto irrinunciabile. - 2.3 la compressione di una distinzione: discrezionalità anticipata. - 3 Difensore d'ufficio dell'insolvente/irreperibile e dell'ammesso al patrocinio a spese dello Stato. - 3.1 l'irreperibile. - 3.2 l'insolvente. - 3.3 deontologia professionale remunerazione. - 4. Sulla violazione degli artt. 97 e 111 della Carta. - 6. Non manifesta infondatezza? - 7. Una riflessione conclusiva: la probabile incidenza di una prassi distorta.

1. Con ordinanza del 22 aprile 2015, il Tribunale di Roma solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 116 Decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115 per contrasto con gli artt. 3, 97 e 111 della Costituzione. I profili d'illegittimità risiederebbero: a) con riferimento all'art. 3 Cost., nell'ingiustificata differenza di disciplina in ordine alla garanzia statale di soddisfazione del credito professionale offerta al Difensore di ufficio dell'irreperibile e dell'insolvente ed invece preclusa al Difensore fiduciario ed al Difensore di ufficio del soggetto ammesso al patrocinio a spese dello Stato e b) nella violazione dei canoni di buon andamento ed imparzialità della PA (art. 97 Cost.) e della ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.).

L'ordinanza in commento presenta plurimi profili di criticità osservabili, con opera di sintesi, sotto almeno due angoli visuali; uno di metodo, di merito l'altro.

Del primo dei due profili non mette conto occuparsi, ma impone un

preliminare riferimento giacché vi si possono scorgere due elementi utili a leggere compiutamente gli argomenti tecnici posti a fondamento della questione. La trama motiva sembra, infatti, scontare due errori di approccio: 1. una tendenza alla generalizzazione che, in carenza d'uso di strumenti cognitivi superiori, conduce ineluttabilmente ad appiattare realtà diversificate e, così facendo, a strozzare ingenerosamente il novero dei "fatti possibili" mediante una loro *reductio ad unum*; 2. una consequenziale limitazione del paniere di strumenti valutativi che pregiudica l'interprete nel procedimento di sussunzione del caso nella norma.

2. Il primo punto eretto a cardine della motivazione è ravvisato dal provvedimento in ciò che il difensore d'ufficio, che agisca *ex art.* 116 D.P.R. 115 del 2002, per quanto in condizioni sostanzialmente analoghe a quelle di ogni altro professionista¹ gode di un sicuro privilegio remunerativo. L'art. 116 censurato fissa una procedura di "garanzia" assunta dallo Stato tanto per il caso d'irreperibilità dell'assistito (e per giunta in assenza di ogni pur blanda forma di vana ricerca²) quanto per il caso di sua impossidenza (diversamente da quanto avviene al più sfortunato fruitore della farraginoso procedura di cui agli artt. 74 e ss.); di quel privilegio, sostiene l'ordinanza, le altre "categorie" professionali hanno ingiustificatamente da fare a meno.

2.1 L'argomento sarebbe sintatticamente corretto, se non portasse sul volto il

¹ Sia esso difensore di fiducia, difensore del non abbiente o, ancora, professionista d'altra specialità e addirittura imprenditore (*sic!*).

² Sul punto, come sul fatto che la norma non richiami alla distinzione concettuale tra "irreperibile processuale" e "irreperibile di fatto", si veda, *ex multis*, Cass. Civ., Sez. II, 20 luglio 2010, n. 17021, Ciotti, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 9, 1137, e ancora, con riferimento alle affinità conclamate tra le due posizioni, Cass. 32284/2003. Apparentemente difforme Cass. Civ., Sez. II, 9 giugno 2010, n. 13875, Cervia c. Bongiorno, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 6, 883, che, affermando trattarsi nel caso dell'art. 117 di norma eccezionale e pertanto di stretta esegesi, induce, di primo acchito, a ritenerla non operativa con riferimento al caso in esame; una migliore lettura, tuttavia, porta ad emersione un diverso dato: il fatto che la disposizione abbia carattere eccezionale non implica, né tantomeno suggerisce, che la irreperibilità evocata debba qualificarsi come "*formaliter data*" in seno al procedimento e, di questa lettura, miglior conferma si trova in Cass., Sez. IV, 28 gennaio 2008, n. 4153, G.A.M., in *Cass. pen.*, 2009, 3, 1141, secondo cui "in tema di gratuito patrocinio, la condizione di irreperibilità del patrocinato alla quale l'art. 117 del D.P.R. n. 115 del 2002 subordina la liquidazione degli onorari e delle spese di difesa a carico dell'Erario, afferisce ad una situazione sostanziale e di fatto - indipendente dalla pronunzia processuale di irreperibilità - che, rendendo il debitore non rintracciabile al momento in cui la pretesa creditoria diventa azionabile, impedisce di effettuare qualunque procedura per il recupero del credito professionale". Sul punto ancora *infra* nel testo.

segno dell'errore di metodo sopra cennato. Qui resta infatti pretermessa – e in senso assoluto – ogni pur stringata considerazione in merito alla eventuale ricorrenza di una ponderata uguaglianza dei diseguali. Non spiega il provvedimento quale sia, nella prospettiva in esame, il punto di contatto e similitudine tra la difesa fiduciaria, la difesa del non abbiente e la difesa d'ufficio³, giacché, avviluppandosi, l'ordinanza finisce con il postulare, proprio come argomento giustificativo del *decisum*, l'approdo cui dovrebbe (tentare di) pervenire.

In sostanza, afferma l'estensore, poiché è innegabile una disparità nel trattamento legislativo delle varie tipologie defensionali in esame, ciò contrasta inevitabilmente con l'art. 3 Costituzione. Ma, a ben vedere, tra gli elementi di ponderazione fruiti manca proprio la premessa maggiore, vale a dire l'argomentazione sulla base della quale alla innegabile diversità di disciplina positiva non corrisponderebbe un'adeguata diversità di “condizioni disciplinate”.

Né sembra soccorrere il riferimento all'art. 24 Cost., il quale, se da un lato – come correttamente osserva l'ordinanza – “mira a tutelare anche le parti di procedimenti civili o gli imputati che intendono avvalersi di un difensore di propria fiducia”⁴, dall'altro non disegna (né tampoco potrebbe farlo) strumenti operativi alla bisogna.

Resta quindi al Legislatore – e, in seconda battuta, all'interprete – di scrivere e di leggere lo strumento perequativo⁵ da utilizzare eventualmente nel caso in esame.

2.2 Un argomento, pur serio, che nel testo s'affaccia subito dopo, ma nel senso della diversità di condizioni fattuali, non riesce però nemmeno a sbrigliarsi dal

³ Non pare il caso di menzionare, nemmeno in via puramente dialogica, la figura dell'imprenditore colà considerata dall'estensore, sebbene lo scarto concettuale, cui il Giudice fa mostra di aderire, darà, anche nel prosieguo dell'ordinanza, chiaro segno di sé.

⁴ È la “norma chiara, assoluta” invocata il 15 aprile del 1947 dall'on. Tupini, presidente della I sottocommissione della Costituente, tesa a “garantir[e] la presenza e l'esperienza attiva [della difesa] in tutti gli stati del giudizio e davanti a qualunque magistratura”.

⁵ Che l'art. 24 Cost. tuteli il diritto alla difesa, oltre che nel caso in esame, anche nel processo civile e nell'ipotesi di mandato penale fiduciario pare abbastanza ovvio; il punto, con cui l'ordinanza non pare confrontarsi, è come di tale diritto la legge ordinaria debba dare attuazione. Da questo angolo ne riesce anzi rafforzata l'idea che, privare il soggetto istituzionalmente e costituzionalmente obbligato (leggi: avvocato d'ufficio) a garantire l'esercizio di quel diritto (da parte di chi ne goda) della possibilità residuale – ché di questo si tratta – di ottenere infine la giusta remunerazione per l'opera svolta, equivale ad accentuarlo, il solco della disparità, piuttosto che ad attenuarne i margini.

torpore dell'embrione.

L'obbligatorietà dell'incarico defensionale officioso a fronte della discrezionalità di accettazione in capo al difensore fiduciario sembrerebbe, infatti, un elemento già utile *ex se* a disegnare una disparità tra le condizioni di partenza, tale da meritare una disparità tra le discipline normative.

E questo argomento, ci pare, contiene in sé elementi giuridici di portata assai più significativa di quanto non appaia di primo acchito. L'obbligatorietà dell'incarico officioso è figlia di una scelta legislativa anch'essa a rime obbligate che affonda le radici proprio nell'art. 24 Costituzione; la quale norma postula un diritto inviolabile alla difesa in ogni stato e grado del procedimento d'intensità tale che, inaspettatamente, esso rischia addirittura di diventare una sorta di dovere.

Risale ormai al 1979⁶ la qualificazione costituzionale dell'attributo speculare a quello della inviolabilità: l'irrinunciabilità del diritto alla difesa tecnica nel processo penale⁷.

E se dunque la Difesa tecnica nel processo penale è addirittura irrinunciabile, la norma di cui si chiede l'espunzione sembra correttamente incanalarsi – per l'aspetto ora in trattazione – nell'alveo della attuazione del dettato costituzionale, piuttosto che arrecare alla Carta il supposto *vulnus*, laddove mira a rendere effettivo e non fittizio l'esercizio di quel diritto.

Altrimenti detto: il Difensore di ufficio condivide con quello di fiducia il ruolo tecnico-processuale; se ne distanzia però, in maniera marcata e funzionale, laddove, per obbligo sconosciuto al fiduciario, deve, mercé la sua attività professionale, garantire l'esercizio di un diritto inviolabile, ma pure

⁶ Sent. cost. 125, del 10 ottobre di quell'anno, ove leggiamo che: "Si deve, allora, affermare che speculare alla inviolabilità del diritto di difesa, è la irrinunciabilità di esso, quali che ne siano le concrete modalità di esercizio. Il diritto di difesa, infatti, nel processo penale, è preordinato a tutelare beni e valori fondamentali dell'uomo, dei quali in quel procedimento si discute e decide, nonché a maggiormente garantire, anche nell'interesse dell'imputato, l'osservanza di principi dell'ordinamento costituzionale, che attengono specificamente alla disciplina del processo penale medesimo".

⁷ Sebbene il tema storico che provocò l'intervento di Corte cost. n. 125 del 1979 sia affatto dissimile e certamente di ben altro rilievo rispetto all'attuale, questo richiamo non dovrebbe stupire. La sentenza, che *ex professo* riguardò il tema della irrinunciabilità del "diritto a difendersi tecnicamente nel processo", premette infatti una pregevolissimo – quanto indispensabile – esercizio di astrazione concettuale che, esso stesso e da solo, consentì il superamento della valutazione di ammissibilità: non importa, dissero allora i rimettenti (Pretore di Torino, Tribunale di Cuneo) e con argomento *in toto* recepito dalla Consulta, il motivo contingente della manifestata volontà di "non avere un difensore"; rileva invece se il diritto di difendersi possa comprendere altresì, in una delle sue possibili letture, il diritto di astenersi dal farlo. Ed è proprio su questa base che la Consulta rigettò poi la questione, pur ritenendola ammissibile.

irrinunciabile (come l'identico attributo del suo mandato prova ineluttabilmente). E che anche il Difensore di fiducia garantisca quel diritto quando accetta il mandato, resta puro accidente, caducabile, appunto, con l'esercizio del diritto di rifiutarlo o di recedere⁸.

Su questa base pare potersi concludere che la disparità di disciplina normativa in ordine al rischio di insolvenza (per impossidenza o irreperibilità, ora non rileva) tra le figure professionali esaminate, non solo non integra una violazione del principio di uguaglianza sostanziale, ma anzi rappresenta, nel solco della *vis propulsiva* del dettato costituzionale, un sicuro elemento di perequazione costituito dal fatto che, a fronte di un obbligo imposto, si sia disegnata una garanzia minima⁹ di remunerazione quale espressione della effettività della Difesa come cardine fondante della stessa riforma del 2001¹⁰.

Parafrasando l'ordinanza in commento "la necessità di assicurare la difesa anche a coloro che si disinteressano del giudizio a proprio carico, giustifica ed anzi impone l'assunzione dell'onere delle spese del difensore da parte dello

⁸ V. artt. 23, V comma e 32, Codice Deontologico Forense, 31 gennaio 2014.

⁹ Minima non solo in riferimento ai suoi caratteri residuale ("...quando il difensore dimostra di aver esperito inutilmente le procedure per il recupero dei crediti professionali..." , art. 116, I co., D.P.R. 115/02) e surrogatorio ("Lo Stato ha diritto di ripetere le somme anticipate..." , II comma), ma anche in riferimento alla entità degli onorari liquidabili, attestati sui valori medi di tariffa, ulteriormente riducibili. Su questo specifico punto si vedano le nuove tabelle adottate con D.M. 55/2014 e le prime ricadute applicative enucleabili nei Protocolli già in forza presso la Corte d'Appello di Milano ed il Tribunale di Cagliari.

¹⁰ Tra gli scopi essenziali della L. 6 marzo 2001, n. 60. E, d'altro canto, l'elisione della garanzia minima di pagamento, auspicata dall'ordinanza come risultato della richiesta d'incostituzionalità, manderebbe in crisi, ci pare, l'intero sistema disegnato dalla riforma mentovata. Essa infatti è il coerente frutto della pre-selezione legislativa tra le due opzioni all'epoca sul tavolo: l'Ufficio Pubblico di Difesa (proposta di legge C. 5268, firmatario Grimaldi, sulla falsa-riga del *legal-aid* dei sistemi anglosassoni) e la Difesa ad opera del professionista indipendente dall'apparato *lato sensu* amministrativo statale (proposte C. 3781, Pisapia e C. 5768 Pecorella, matrici generanti la riforma). E la garanzia di pagamento dell'onorario da parte dello Stato, in termini quantitativamente risicati, a seguito di procedure non semplici ed in via surrogatoria, è uno - se non il più rilevante - degli elementi di scrimine attestanti l'opzione di fatto prediletta dal Legislatore. Dai verbali della II Commissione Giustizia, le parole di Benedetti Valentini appaiono chiarissime: "Si tratta di un punto sul quale mi preme richiamare l'attenzione della Commissione: la difesa d'ufficio non potrà mai essere effettiva fino a quando non sarà garantita una adeguata retribuzione al difensore d'ufficio, la cui attività - specialmente in caso di imputato contumace o irreperibile - è spesso più difficile di quella del difensore di fiducia, che ha maggiori strumenti di difesa, in quanto ha possibilità di rapporti diretti con il proprio assistito, il quale evidentemente può fornire tutti gli elementi a propria difesa, sia in relazione alle accuse, sia in ordine alla richiesta di riti alternativi e alle eventuali attenuanti che incidono, anche in modo significativo, sulla commisurazione della pena. Solo in tal modo si potrà far sì che la difesa d'ufficio abbia effettivamente, e non solo sulla carta, pari dignità rispetto a quella di fiducia e si potrà garantire che il medesimo difensore assista l'indagato e l'imputato per tutta la durata del procedimento".

Stato” seppure in via residuale, surrogatoria e quantitativamente *minusvalente*.

2.3 Su questa traccia è agevole considerare poi la fallacia dell’argomento che l’ordinanza vorrebbe ulteriormente porre a base di un’assiomatica identità delle figure defensionali: entrambi i professionisti “scelgono” di difendere; il fiduciario accettando il mandato, l’officioso iscrivendosi alle omonime liste.

È infatti singolare il ricorso alla anticipazione del momento decisional-volitivo come panacea di un costruito giuridicamente privo della sua premessa maggiore.

L’argomento suonerebbe così: il difensore di ufficio, che pure non ha contatto con il cliente e che anzi, all’atto dell’incarico, può addirittura non conoscerlo, vede sacrificata la sua facoltà di scegliere consapevolmente se accettare l’incarico – e, dunque, per quello che qui interessa, se rischiare di perdere la remunerazione – ma tale sacrificio è ben compensato da un lato dalla volontarietà della iscrizione alle relative liste e dall’altro dalla casualità nell’attribuzione degli incarichi che prescinde dalla “predisposizione di un’attività imprenditoriale di procacciamento della clientela”. In altre parole: rischierai a scatola chiusa di non esser pagato, né potrai rifiutare il lavoro, ma, in compenso, oltre a lasciarti libertà di decidere se tale sia la strada professionale giusta per te - *sed una tantum* e al momento dell’iscrizione alle liste – t’inondiamo casualmente di clienti senza che tu debba muovere un dito o spendere un quattrino per approvvigionartene.

È argomento che non convince, anche a prescindere dalle considerazioni di natura politica che sorgerebbero spontanee in riferimento alla idea imprenditoriale del procacciamento di clientela da parte del professionista¹¹.

Non convince perché, ancora una volta, si pretenderebbe di sovrapporre considerazioni che appartengono eventualmente al novero delle motivazioni contingenti del singolo con altre che pertengono alla tutela del diritto di difesa come disegnato dalla Carta, giungendo così a pretermettere, ad es., che l’iscrizione alle liste d’ufficio costa oggi molti più obblighi (anche e specie di tipo formativo¹²) di quanti non ne imponga l’esercizio della professione su base esclusivamente fiduciaria. Il meccanismo casuale di assunzione degli incarichi,

¹¹ Fuor di polemica, limitiamoci a rilevare soltanto che immaginare l’acquisizione di clientela da parte dell’Avvocato come frutto di una generalizzata attività imprenditoriale di procacciamento è concetto che disvela una non congrua considerazione verso la Funzione della difesa, anche in seno al processo.

¹² Assai significative le modifiche al sistema introdotte dal D.Lgs. 30 gennaio 2015 n° 6, G.U. 05 febbraio 2015 ed, in specie, dal suo art. 1

insomma, potrebbe al più compensare questo aspetto che non quello della potenziale invocata gratuità dell'opera professionale da svolgersi.

La volontarietà dell'iscrizione alle liste d'ufficio, infatti, finalizzata all'espletamento di una funzione costituzionalmente obbligatoria, strutturata su stringenti premesse formative e già – almeno in potenza – privata *ex ante* dell'apporto “sostanziale” dell'*intuitus personae* tipico dell'ordinario contratto di mandato professionale¹³, non sembra potersi sovrapporre senza residuo alla accettazione del mandato fiduciario intesa come attività intellettuale di riempimento dello *spatium scienter deliberandi*. Ed è quindi del tutto consequenziale che, mancando tale calmierante sovrapponibilità, la residua garanzia di corresponsione di onorari minimi¹⁴, lungi dal creare disparità censurabile, smussa vivi angoli costituzionali.

Miglior sorte non ha il riferimento (il primo nell'ordinanza; v. infra par. 2) alla normativa in tema di difesa dei non abbienti che, a sentire il provvedimento, esaurirebbe gli obblighi d'intervento legislativo imposti dall'art. 24, III co., Cost.

Può agevolmente obiettarsi sul punto che il difensore di ufficio, che in ipotesi non ha reperito il cliente nemmeno per recapitargli una richiesta di pagamento, non può ambire ad ottenerne le dichiarazioni d'uopo per l'accesso al patrocinio a spese dello Stato e che, conseguentemente, per l'ipotesi ora contemplata, l'effettività della tutela giurisdizionale dei diritti di cui all'art. 24, resterebbe infine monca.

Che se poi il cliente non versi nelle condizioni di accesso al patrocinio statale il problema, è ovvio, nemmeno si pone.

3. Un secondo profilo d'incostituzionalità, sempre in riferimento all'art. 3 Cost., rileverebbe poi dal raffronto della disciplina oggetto di censura con quella dedicata alla figura del soggetto che versi nelle condizioni d'essere ammesso al patrocinio per i non abbienti.

L'ammesso al patrocinio per i non abbienti ha seguito un percorso ad ostacoli che, attraverso le rigorose limitazioni di cui agli artt. 76, 91 e 92 DPR n. 115, gli oneri e le responsabilità riassunti dall'art. 79 del medesimo testo normativo, la verifica preventiva e successiva del dichiarato ai fini, il rischio di revoca postuma del beneficio e la scure della sanzione penale per l'ipotesi del

¹³ Privato insomma della “difesa sostanziale”; e non pare poca cosa.

¹⁴ *Supra*, nota 10, ultimo periodo.

mendacio, lo conduce, con qualche fatica, all'approdo della liquidazione in favore del suo difensore di quanto egli non può sborsare.

Al contrario il difensore d'ufficio di soggetto che non abbia richiesto (e, in ipotesi, che non abbia diritto a) tale beneficio si vedrà corrisposti gli onorari dallo Stato per il sol fatto che, tentato il recupero presso il debitore, non lo abbia reperito o non ne abbia ricevuto soddisfazione; e ciò a prescindere, si legge nell'ordinanza, da reddito dell'assistito, precedenti penali, titolo di reato, eventuale occultamento di beni patrimoniali: insomma una effettiva discrasia normativa.

Anche sotto questo secondo profilo l'ordinanza non può però condividersi.

Vanno distinte le due possibili evenienze: che l'assistito sia non reperibile; che egli, presente, si sia dimostrato insolvente.

3.1 Se l'assistito è irreperibile non vediamo come possa la *quaestio facti* rapportarsi per similitudine all'ipotesi dell'ammesso al patrocinio. Sono situazioni distanti e non conciliabili e l'invocato intervento sull'art. 116 del DPR non farebbe altro che determinare la conseguenza che, mentre l'ammesso al gratuito patrocinio vedrà remunerato il suo difensore, nessun presidio potrà tutelare l'effettività della Difesa *ex ante* e dell'onorario *ex post* nel caso colà contemplato. E, d'altro canto, dovendosi trattare d'irreperibilità *de facto* (essendo demandata, a detta dell'ordinanza, alla norma di cui al successivo art. 117 la vicenda dell'irreperibilità processualmente acclarata) se si accedesse all'ipotesi prospettata dal rimettente si finirebbe col porre il rischio dell'insolvenza interamente sulle spalle del difensore che non partecipa causalmente - non è forse peregrino rammentarlo - della irreperibilità del suo assistito e che, per sovrapprezzo, non ha facoltà di recedere o rinunciare al mandato professionale.

Che se poi, come sembrerebbe doversi ritenere maggiormente confacente al sistema, l'ipotesi dell'irreperibilità *de facto* debba ascendere alla lettura dell'art. 117 fornita dal Supremo Collegio, piuttosto che all'art. 116, l'intervento auspicato su quest'ultima norma lascerebbe del tutto intonsa la questione¹⁵.

¹⁵ Qui in realtà l'ordinanza sembra discostarsi in maniera chiara dalla lettura che della norma di cui all'art. 116 DPR n. 115 del 2002 fornisce la Suprema Corte e che, a ben vedere, sembra invece da condividersi. L'ipotesi della irreperibilità *de facto* non sembra infatti rientrare nella previsione normativa di cui all'art. 116, come invece dovrebbe arguirsi ritenere il rimettente leggendo l'inciso qualificante il primo termine di comparazione dell'assunta illegittimità. Così infatti l'ordinanza: "...l'art. 116 ... appare introdurre un principio di irragionevole disparità - ... - tra il difensore di ufficio di un imputato resosi irreperibile

3.2 Più delicato è il tema inerente l'insolvenza del difeso d'ufficio non ammesso al patrocinio dei non abbienti; non foss'altro che per il fatto di doverlo, per ipotesi, considerare presente e reperibile; nella stessa condizione relazionale-difensiva dell'ammesso al gratuito, insomma.

Che questi si sobbarchi gli oneri inerenti la relativa procedura, garantiti addirittura dalla sanzione penale per il caso delle mendaci dichiarazioni e soggetti alla *scure* della verifica a posteriori però, non toglie e non aggiunge ad una diversità di fondo delle situazioni fattuali normate, tale che, la diversità di procedure sottese, a mò di presupposto, al pagamento da parte dello Stato esplica appieno una efficacia di ponderazione normativa (forse proprio ai sensi dell'art. 3 Cost.).

Qui un equivoco interpretativo sembra farla da padrone, proprio in corrispondenza con una *tòpos* del provvedimento, forse troppo velocemente esaminato.

Ne leggiamo segno nel seguente periodo: "È sufficiente che egli ... si sia dimostrato insolvente nei suoi confronti [del difensore, n.d.r.] (senza alcuna valutazione in ordine al possibile occultamento di beni patrimoniali), perché il credito del professionista venga garantito dallo Stato".

Ciò che però l'ordinanza sembra svuotare di contenuto è proprio il cuore dell'argomento, vale a dire il 'si sia dimostrato insolvente', per di più giustapponendolo, com'è nel testo, al concetto di sufficienza, il quale ultimo, almeno linguisticamente, sembra annichilire il compito del Difensore di Ufficio che voglia dimostrare "... di aver esperito inutilmente le procedure per il recupero dei crediti professionali ...".

Recitata così la questione, parrebbe che la sufficienza dell'essersi dimostrato insolvente valga a qualificare una sorta d'impossibilità di valutazione vera, figlia dell'assenza di obblighi strutturati in capo al Difensore d'Ufficio, finalizzati alla scoperta di condizioni di effettiva insolvenza dell'assistito.

Ed ecco l'equivoco: ciò che si richiede al Difensore di Ufficio di fare, per

indipendentemente da una formale dichiarazione al riguardo, ai sensi dell'art. 159 c.p.p.: fattispecie presa in esame dal diverso articolo 117 ...". Secondo la lettura di Legittimità, invece, è sempre l'art. 117 la fonte normativa che, *expressis verbis*, consente l'equiparazione tra l'irreperibile processuale e l'irreperibile *de facto*. Sul punto, già cit. *supra*, Cass., Sez., IV, 4153/2008 in *Cass. pen.*, 2011, 3, 1141, imp. G.A.M., ma, con maggiore efficacia dimostrativa e persuasività, da ultimo Cass. Civ., Sez. VI, 7 aprile 2014, n. 8111, Donegà c. Abdeklhadi e altro, pres. Piccialli, in *Giust. Civ. Mass.*, 2014. Tuttavia, nel testo, seguiamo, per ragioni sistematiche, il costrutto argomentativo usato dal provvedimento in esame.

approdare alla corresponsione surrogatoria da parte dello Stato, è tutt'altro che poca cosa. Basta riguardare uno qualsiasi dei prontuari che le Camere penali o i Consigli dell'Ordine degli avvocati hanno elaborato e che, spesso e volentieri, confluiscono in appositi Protocolli di intesa con le Amministrazioni Giudiziarie territoriali, per avvedersi che l'idea al fondo dell'ordinanza è, almeno, imprecisa¹⁶.

Il sistema quindi sembra tornare in equilibrio semplicemente valutando cosa il Difensore di Ufficio dell'insolvente debba fare e come debba farla per dimostrare a chi spetti (il Giudice che liquida) l'effettivo stato di insolvenza.

Così ricostruito il quadro sembra potersi affermare che, mentre il non abbiente sopporta *ex ante* una farraginoso procedura di verifica circa l'effettività del suo stato, è il Difensore dell'insolvente che assume *ex lege* l'onere di dimostrare, con procedure tutt'altro che disinvolute, la condizione del suo assistito. Sembra questa infine la miglior perequazione possibile che consente di affermare, diversamente da quanto arguibile al fondo dell'ordinanza, che situazioni disuguali sono state disciplinate in maniera adeguatamente disuguale; che, insomma, di vulnus alla Carta non si scorge davvero l'ombra.

3.3 *Electa una via* però, l'ordinanza approfondisce la ferita laddove, asseverata quasi d'imperio la clausola del vantaggio in capo al difensore dell'irreperibile/insolvente a fronte di quello del non abbiente sulle basi sopra segnalate, essa si spinge infine ad affermare che l'avvantaggiato, pur di non accedere alla "farraginoso procedura di cui all'art. 74 D.P.R. n. 115 del 2002", potrebbe addirittura favorire la realizzazione delle condizioni fattuali di cui all'art. 116. Qui l'accusa è grave – sebbene solo ipotetica – e merita censura. Ovvio: nessuno potrà negare che uno spregiudicato avvocato si determini ad operare nel senso agitato dall'ordinanza; ma basta questo argomento a cassare una norma che ha ben altre radici culturali ed è posta a presidio di ben altre condizioni fattuali e giuridiche¹⁷?

¹⁶ ARIOLLI, *Indicare titolo contributo*, in *Cass. pen.*, 2002, 2234 ss.

¹⁷ E non ci crede forse nemmeno l'ordinanza se l'argomento successivo sovverte i termini del problema: "Tanto più che, anche qualora il suo assistito dovesse vedersi rigettata l'istanza di ammissione, egli può comunque vedersi garantire il compenso qualora ricorrano le condizioni di cui all'articolo 116 in questione". Delle due l'una: o gli conviene accedere alla procedura per gli irreperibili/insolventi (e, dunque, si tenga la censura d'immoralità per averne favorito le condizioni) oppure non gli conviene, come pare arguirsi dal fatto che, esperita la farraginoso procedura di ammissione al patrocinio dei non abbienti con esiti infelici, egli potrà ricorrere ancora alla via più semplice e vantaggiosa. Nella migliore delle ipotesi l'argomento è vacuo.

In altre parole, nel testo dell'ordinanza, *tertium comparationis* resta non la condotta "ordinaria" del professionista che con media diligenza adempia il suo mandato (vale a dire quella riguardata dal legislatore al momento della compilazione del testo o, altrimenti detto, quella che costituisce senso e funzione della norma), bensì la condotta "deviata" di quello che, con fare disciplinarmente discutibile e fors'anche penalmente rilevante, violi i doveri della professione, stornando il fine dei suoi atti dall'interesse del cliente all'interesse economico personale. Al di là di considerazioni d'altro tipo, ci s'avvede che anche tecnicamente la questione pare mal posta.

4. L'ultimo argomento, che scomoda addirittura il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione e la ragionevole durata del processo, sembra per davvero uno strale contro la Toga. Poiché il prezzolato difensore ha garanzia di veder pagato il suo onorario dallo Stato ove il cliente officiosamente difeso non sia reperibile o sia insolvente, egli sarà indotto nella tentazione di prolungare artatamente i termini del processo, compiere scelte dettate dal portafogli piuttosto che dall'interesse dell'assistito, evitare riti contratti che, tagliando i tempi, tagliano gli onorari¹⁸.

In altre parole, stando al tenore letterale dell'ordinanza, il fatto che il Difensore d'ufficio dell'insolvente/irreperibile sia certo *ex ante*¹⁹ di veder remunerato il proprio operato può spingerlo a prediligere opzioni processuali dettate da propri interessi economici piuttosto che dalla necessità di tutela delle esigenze dell'assistito.

Ciò determinerebbe una disfunzione, addirittura di rango costituzionale, del sistema-amministrazione ed una violazione del principio, di pari levatura, della ragionevole durata del processo penale.

Ancora una volta però possiamo segnalare nel costruito due dati di sicura rilevanza: a) non pare che un intervento della Consulta possa reggersi (ma nemmeno semplicemente auspicarsi) sulla base della considerazione di una prospettiva potenziale, non diciamo di lettura incostituzionale del dato positivo, ma, addirittura, di censurabilità astratta di una condotta quando vada a

¹⁸ L'usurato armamentario di censura, infine, prende il sopravvento: causa che pende, causa che rende.

¹⁹ Se la scienza fosse *ex post* essa non sarebbe 'consapevole certezza', ma 'conoscenza di fatto storico' e, soprattutto, non avrebbe alcuna spinta propulsiva nel senso disegnato dall'ordinanza.

conformarsi alla lettura potenzialmente distorta di una norma; b) nuovamente ad esser presa in esame come elemento di valutazione non è la condotta ordinaria, rispettosa della lettera e dello spirito di questa e molte altre norme dell'ordinamento, ma la condotta infedele.

5. Che la questione sia rilevante non v'è dubbio, giacché il giudizio controfattuale circa le conseguenze sul caso di specie della eventuale espunzione della norma dal sistema comporterebbe il rigetto dell'istanza proposto dal difensore. Ma è lecito invece dubitare che essa sia anche non manifestamente infondata. E ciò non solo perché il provvedimento al riguardo nulla dice, almeno non in chiaro; né solo ancora a motivo del fatto che gli argomenti implicitamente desumibili dal testo non soddisfino a pieno; quanto per la più pacata, ma ferma considerazione secondo cui una lettura costituzionalmente orientata della norma, tale che i casi limite che l'ordinanza sembra promuovere al rango di regola generale vengano nuovamente ricondotti al loro alveo naturale, sembra ancora possibile.

Se è infatti il Giudice (e non importa ora quale) a liquidare l'onorario; se è ancora il Giudice (anche nomofilattico²⁰) a disegnare l'orizzonte che definisce in modo pertinente il concetto di insolvenza e di irreperibilità che legittimano la garanzia statale, resta inspiegato in che modo l'operatività di una clausola residua di salvaguardia del profilo remunerativo di una funzione costituzionalmente indefettibile possa rompere il sistema piuttosto che completarlo.

Questo per davvero l'ordinanza non dice²¹.

²⁰ Oltre Cass. Civ., Sez. VI, 20 dicembre 2011, n. 27854, Bartoli, in *Giust. civ. Mass.* 2011, 12, 1807 e Cass., Sez. IV, 26 marzo 2009, n. 27473, imp. T.M., in *Cass. pen.*, 2010, 5, 1888, citate dal rimettente, si rivedano pure, conforme, Cass., Sez. IV, 20 novembre 2007, n. 1630, Gritti, in *Mass. Uff.*, n. 238255. Interessante anche, nell'accordare il diritto al rimborso delle spese sostenute nella procedura esecutiva volta alla riscossione dell'onorario per l'attività di recupero del credito professionale, atteso che l'attività recuperatoria costituisce un presupposto della liquidazione in surrogazione, Cass., Sez. IV, 16 maggio 2007, Carrozzini, *ivz*, n. 236942. Id., Sez. un., 24 aprile 2008, n. 25931, Albanese, in *Cass. pen.* 2008, 11, 4023, che hanno risolto positivamente la questione degli onorari correlati alla procedura di opposizione al decreto di pagamento, ma non anche quella inerente le spese e le competenze connesse alle procedure di recupero del credito professionale, intentate dal difensore d'ufficio, ai sensi dell'art. 116 D.P.R. n. 115 del 2002.

²¹ E che tale silenzio rischi di assordare è fatto palese da un ulteriore dato, per giunta interno al testo del provvedimento in esame. Il rimettente richiama Ord. Cost. 191/2013, in G.U. 17.7.13, n. 29, al fine di confermare la esperibilità, in subiecta materia, dell'incidente di costituzionalità. Si tralascia però – ed il dato pare significativo – il fatto che la ordinanza cost. da ultimo citata dichiara «la manifesta infondatezza della q.l.c., sollevata in riferimento agli art. 3 e 81 co. 4 cost., degli artt. 116 e 117 D.P.R. 115/2002 (...)».

6. Sebbene l'ordinanza non pare dunque cogliere nel segno, nondimeno merita certo un'attenta riflessione.

È vero: essa potrebbe rileggersi come il frutto di un obbiettivo senso di disistima per la funzione dell'Avvocato, ancorato su termini giuridicamente non esattamente non condivisibili per tematiche tutt'altro che di secondo rilievo. E, su questa scia, potrebbe ancora soggiungersi che l'atteggiamento sembra interessare solo una "quota" del *parterre* forense e che il problema si ingigantisce da solo nel momento in cui si pretende di ergere quella quota ai ranghi di rappresentatività del tutto; con la conseguenza, non solo di fare torto alla miriade di professionisti non annoverabili alla quota in discorso (il che non è un argomento giuridico), ma, per quanto qui direttamente interessa, di disarticolare *ex se* il ragionamento, stavolta sì giuridico, da porre a base di una q.l.c.

Ma con onestà va detto che, probabilmente, l'ordinanza si alimenta considerevolmente di una prassi quotidiana d'aula fatta di episodi che per davvero (e condivisibilmente) meriterebbero 'considerazione degli aspetti deontologici ...[del] comportamento'.

Ma anche a fronte di consimili esperienze - che a ciascuno è probabilmente capitato di vivere - non pare legittimo provare la demolizione di un bilanciamento ineludibile alla compressione della facoltà di ricevere o meno il mandato fiduciario e con esso la legittima retribuzione. E ciò ancora in disparte da ogni considerazione in ordine alla possibile sorte - difficilmente percepibile appieno *ex ante* - delle stesse *liste d'ufficio* per il caso di accoglimento di una siffatta questione da parte del Giudice delle Leggi.

GIUSEPPE BELCASTRO

nella parte in cui secondo l'interpretazione della giurisprudenza di legittimità, estendono anche al mero difensore designato dal giudice in sostituzione occasionale del difensore di fiducia o di ufficio dell'imputato, il diritto alla liquidazione erariale delle competenze professionali spettante al difensore di ufficio". Precedente, pare, di tale autorevolezza da meritare una migliore attenzione.