

## ACCESSO DELLE PERSONE ALLA GIUSTIZIA E SPECIALIZZAZIONE DELLA DIFESA D'UFFICIO NEI PROCEDIMENTI DI FAMIGLIA E MINORILI, PENALI E CIVILI



Francesco Pisano

Avvocato del Foro di Cagliari e membro del Direttivo AIAF Sardegna

### L'accesso alla giustizia

La garanzia di un effettivo accesso alla giurisdizione per i non abbienti è un principio della nostra Costituzione (art. 24 comma 3), ma si colloca anche tra i principi fondamentali dell'*acquis* comunitario, sancito nella carta dei diritti fondamentali dell'unione (art. 47 ultimo comma), in cui si legge: "A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia".

La costituzionalizzazione, da parte del legislatore comunitario, di tale principio, ha costituito l'esito di un percorso che prese le mosse da una storica sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che interpretando l'art. 6 comma 3 lett. d della CEDU, affermò che la portata della norma fosse tale da porre un obbligo allo Stato a prevedere l'assistenza di un avvocato quando ciò apparisse indispensabile per un accesso effettivo alla giustizia<sup>1</sup>.

La materia del patrocinio a spese dello Stato è regolata, come è noto, dalla parte III del t.u. sulle spese di giustizia contenuto nel d.p.r. 115 del 2002, artt. 74-145.

Un'altra fonte meno nota è costituita dalla direttiva 2003/08 CE, per l'attuazione della quale l'Italia ha provveduto con il d.lgs. 116/2005.

La direttiva ha ad oggetto la garanzia di accesso ai non abbienti alle controversie transfrontaliere di carattere civile e commerciale (comprese quindi quelle attinenti all'ambito familiare di cui si occupano i lettori di questa rivista). La definizione di controversia transfontaliera è fornita dall'art. 2 della direttiva con riferimento ai casi in cui "la parte che chiede il patrocinio a spese dello Stato è domiciliata o dimora abitualmente in uno Stato membro diverso da quello del foro o in cui la sentenza deve essere eseguita".

La giustificazione dell'intervento del legislatore sovranazionale in questa materia è chiarita nel settimo considerando della direttiva, in cui si legge che gli Stati non possono raggiungere in modo sufficiente l'obiettivo di garantire un adeguato livello di patrocinio a spese dello Stato nelle cause transnazionali. La direttiva ha lasciato agli Stati membri la definizione dei livelli di reddito sotto i quali garantire il patrocinio, ma ha individuato il concetto di *adeguatezza* del patrocinio, attraverso due elementi che vincolano gli Stati membri e caratterizzano l'istituto in modo del tutto diverso dalla disciplina del d.p.r. 115/2002.

Il primo elemento è costituito dall'estensione del diritto al patrocinio<sup>2</sup> alla "consulenza legale nella

<sup>1</sup> Airey c. Irlanda 9 ottobre 1979. La sentenza inaugura l'esegesi della convenzione da parte della corte in termini non solo di garanzia di non ingerenza da parte dello Stato, cioè di *libertà da*, ma anche di *libertà di*, con conseguenti obblighi positivi dello Stato nei confronti del cittadino.

<sup>2</sup> Non meno importante dei due elementi della direttiva che mi accingo ad esaminare è la considerazione che il legislatore europeo abbia definito espressamente il patrocinio un diritto, mentre le norme di cui al dpr 115/2002 sono poste in una cornice di "ammissione ad un beneficio": gli avvocati dovrebbero ribellarsi all'uso di questa espressione che riecheggia istituti di diritto feudale, ma soprattutto alla concezione, che tale espressione veicola, di sostanziale disconoscimento di un diritto, come accade anche nella retorica della difesa *pro bono*.

*fase precontenziosa al fine di giungere ad una soluzione prima di intentare un'azione legale*" (art. 3 comma 2 lett. a). Il secondo è costituito dall'estensione dell'intervento di copertura dei costi anche in caso di procedimenti stragiudiziali "qualora l'uso di tal mezzi sia richiesto dalla legge ovvero qualora il giudice vi abbia rinviato le parti in causa" (art. 3 comma 2 lett. b).

Appare del tutto evidente la profonda differenza rispetto al sistema di cui al d.p.r. 115/2002 che prevede esclusivamente la copertura dei costi dell'attività giudiziale<sup>3</sup>.

Il tema del patrocinio a spese dello Stato riveste una grande importanza nell'ambito della giustizia familiare e minorile, in quanto la maggior parte delle richieste di ammissione è relativa a queste materie. I dati statistici del Ministero della Giustizia non sono purtroppo disaggregabili in modo tale da poter individuare le proporzioni delle varie materie, ma costituisce un fatto notorio e confermato dall'esperienza di ciascuno che l'accesso al patrocinio a spese dello Stato riguardi in modo largamente prevalente separazioni, divorzi, procedimenti per l'affidamento di figli nati fuori dal matrimonio e sulla potestà genitoriale.

Il fatto che proprio in queste materie i non abbienti non abbiano altra possibilità che quella di promuovere giudizi contenziosi pone un problema rilevante di discriminazione nei loro confronti, tanto più pesante quanto più la cultura giuridica del nostro Paese sta scoprendo, valorizzando e promuovendo forme di gestione di conflitti relazionali alternative a quella giudiziale. La tendenza di sviluppo è quella di riservare alla giurisdizione un momento di controllo imprescindibile in relazione all'assetto dei diritti indisponibili e all'interesse dei minori, e di cercare di valorizzare tutti gli strumenti di gestione del conflitto utilizzabili fuori dalla giurisdizione stessa, nella misura in cui ciò è possibile. Un elemento assai significativo di questa presa di coscienza, da parte del sistema giurisdizionale, della propria inefficacia nella gestione della crisi delle relazioni affettive, è fornito dal grande interesse che la mediazione ha suscitato proprio presso la magistratura<sup>4</sup>.

Questa tendenza culturale ha avuto alcuni interessanti sviluppi sulla politica del diritto e quindi sul piano normativo, tra i quali deve essere ricordato l'art. 155 *sexies* ultimo comma, introdotto dalla l. 54/2006 che prevede l'invio delle parti alla mediazione<sup>5</sup>.

In questo contesto l'AIAF vanta un ruolo di avanguardia e di sicura leadership culturale, perché ha sempre interpretato la propria *mission* di tutela della specializzazione dell'avvocato della persona e del minore non nei termini riduttivi di uno specialismo tecnicistico. L'avvocato specializzato nella materia familiare e minorile è un giurista che non limita la propria competenza all'interno dei confini della lite giudiziaria, ma è anche e prima di tutto un professionista della prevenzione e della costruzione di rapporti e non solo della patologia e del conflitto; e che, in caso di conflitto, è capace di svolgere un ruolo essenziale e insostituibile anche in contesti alternativi a quello giudiziario.

Questa concezione della specializzazione non si ritrova solo nell'elaborazione teorica e nei documenti ufficiali dell'AIAF<sup>6</sup>, ma anche quale linea guida della formazione e dell'aggiornamento professionale svolti dalle sedi territoriali; infine la si rinviene nella pratica quotidiana, perché è principalmente all'operato degli avvocati specializzati che si deve l'elevato numero di procedimenti di separazione, divorzio ed *ex art. 317 bis* c.c. che si consensualizzano, senza considerare il dato sommerso delle separazioni consensuali e dei divorzi congiunti dietro i quali vi è un intenso lavoro svolto da professionisti che vengono spesso contattati per iniziare una lite e ristrutturano il mandato, accompagnando il cliente a considerare i vantaggi di un percorso volto a trovare un accordo.

<sup>3</sup> Le norme sono pacifiche sul punto, tanto che i tentativi degli avvocati di aprire degli spazi al riconoscimento dell'attività giurisdizionale hanno incontrato uno scontato muro da parte della giurisprudenza. Cfr. per tutti, decreto Tribunale di Torino 15-17 febbraio 2000 n. 3748/05 RCC, pubblicato su [www.overlex.com](http://www.overlex.com)

<sup>4</sup> Mi riferisco all'esperienza di GEMME, gruppo europeo dei magistrati per la mediazione, cfr. [www.gemme.eu](http://www.gemme.eu)

<sup>5</sup> Altri sviluppi *de iure condendo* sono da valutare più criticamente, come ad esempio i vari e ricorrenti tentativi di proporre la mediazione obbligatoria, rispetto ai quali l'AIAF ha sempre espresso contrarietà.

<sup>6</sup> Nella sezione "documenti" del sito [aiaf-avvocati.it](http://aiaf-avvocati.it) si possono esaminare vari documenti in proposito a partire dai primi anni Novanta, tempi in cui l'attenzione a questi temi in Italia era ancora molto scarsa.

## Una proposta di modifica

### 1) Valorizzazione della specializzazione nella compilazione degli elenchi di avvocati disponibili al patrocinio a spese dello Stato in materia familiare e minorile.

Il requisito dei due anni per l'iscrizione degli elenchi è inutilmente discriminatorio nei confronti dei giovani, senza peraltro costituire una garanzia di qualità della prestazione, che dovrebbe costituire la *ratio* della limitazione posta dalla norma; tale garanzia può e deve essere assicurata solo mettendo a disposizione del cittadino che ne abbia diritto un avvocato specializzato.

La definizione dei criteri attraverso i quali poter garantire questa specializzazione dipende dall'*iter* del progetto di riforma dell'ordinamento forense che, com'è noto, introduce le specializzazioni. Allo stato si potrebbe ad esempio introdurre, quale condizione per l'iscrizione negli elenchi in materia di famiglia e minorile, il requisito dell'esercizio continuativo o prevalente nella materia, con conseguente accreditamento da parte del sistema della formazione continua, ma è opportuno attendere gli sviluppi dell'*iter* della riforma prima di proporre una modifica del d.p.r. 115/2002.

### 2) Estensione del patrocinio a spese dello Stato all'attività di consulenza e assistenza stragiudiziale per la materia di relazioni familiari e diritto minorile.

La direzione è senza dubbio quella indicata dal legislatore dell'Unione europea e in armonia con le legislazioni di molti degli Stati membri. È necessario che venga assicurato in modo effettivo al cittadino non abbiente l'accesso effettivo alle migliori pratiche di gestione del conflitto e non solo a promuovere la lite giudiziaria. E ciò può avvenire soltanto attraverso il riconoscimento del lavoro che l'avvocato specializzato svolge prima del processo, fuori del processo e in luogo dello stesso, perseguendo il risultato di evitare la lite o di porvi fine in via conciliativa.

## La difesa d'ufficio nei procedimenti per la persona minorenni

La specializzazione della difesa d'ufficio del minorenni nel procedimento penale è garantita dall'art. 11 c.p.p. min.; le relative norme di attuazione prevedono che i consigli dell'ordine organizzino corsi di formazione per l'iscrizione negli elenchi dei difensori d'ufficio dei minorenni. Il limite ravvisabile in questa disposizione consiste nella mancata previsione della partecipazione a tale attività dell'avvocatura associata a fianco dell'istituzione ordinistica. Del resto è noto che quanto alle difese d'ufficio presso il Tribunale ordinario è espressamente prevista dalle norme di attuazione del c.p.p. la partecipazione delle camere penali all'organizzazione della formazione.

In quasi tutte le sedi in cui la nostra associazione è presente, comunque, i corsi sono stati realizzati con il contributo fondamentale dell'AIAF.

Quanto ai procedimenti civili, com'è noto, con l'entrata in vigore delle norme della legge 149/2001, a lungo congelate da periodici decreti di proroga dell'entrata in vigore, è stata introdotta nel nostro ordinamento la figura del difensore d'ufficio nei procedimenti civili, con riferimento ai giudizi sulla potestà e per la dichiarazione dell'adottabilità.

La novità non è stata accompagnata da norme organizzative in relazione alle modalità di individuazione di tali difensori e ciò ha costituito uno dei motivi sui quali la magistratura minorile nella sua maggioranza ha fondato la propria resistenza e disaccordo all'entrata in vigore della riforma<sup>7</sup>.

L'AIAF invece ha accolto con grande soddisfazione la riforma, salutata come indispensabile ai fini della realizzazione di un giusto processo davanti al giudice minorile, e si è impegnata a livello territoriale per concordare con gli uffici giudiziari e i consigli dell'ordine modalità di istituzione degli elenchi dei difensori d'ufficio.

Le modalità operative individuate e le scelte conseguenti sono risultate differenti nei diversi fori, ma quel che è importante rilevare, in questa sede e rispetto alla fase di sperimentazione e transi-

<sup>7</sup> Si veda il documento in data 25 giugno 2007 trasmesso dalla AIMF alla Presidenza del Consiglio dei Ministri con la richiesta di ulteriore proroga della riforma, che non venne accolta; lo si può consultare sul sito dell'associazione [www.famigliaeminori.it](http://www.famigliaeminori.it)

zione verso un riconoscimento espresso delle specializzazioni nella professione forense, è che la cultura della specializzazione si sta aprendo la strada e non è più, da tempo, in una fase pionieristica.

L'esigenza di specializzazione del difensore d'ufficio nei procedimenti civili, invece, non è espressamente prevista dalla riforma, ma è certamente desumibile dal sistema, tanto che in molte sedi territoriali AIAF, nell'organizzare per conto dei consigli dell'ordine i corsi per i difensori d'ufficio nel penale minorile, si sono realizzati programmi che affrontavano anche le tematiche dei procedimenti civili già ben prima che venisse riconosciuta la necessità della difesa tecnica per questi ultimi davanti ai Tribunali per i Minorenni.

Altra questione non affrontata con la piena entrata in vigore della l. 149/2001 è quella del difensore del minore, una figura che deve affrontare il nodo, caratteristico della nostra tradizione giuridica, della divisione della soggettività giuridica in due profili: quello, statico, della capacità giuridica e quello, dinamico, della capacità di agire. Il difensore del minore cura l'assistenza e assume la rappresentanza nel processo o è anche il rappresentante legale del minore incapace in relazione alle posizioni giuridiche coinvolte nel procedimento? La soluzione maggiormente praticata, com'è noto, è quella di nominare d'ufficio un curatore speciale tra gli avvocati iscritti negli elenchi in modo da attribuirgli il doppio ruolo di rappresentante sostanziale e processuale, potendosi il curatore avvocato difendersi in proprio. Si tratta di una soluzione che si mantiene coerente con il sistema, ma non c'è dubbio che il tema della tutela della persona, in un impianto civilistico costruito su una chiara matrice proprietaria, stia ponendo sempre maggiori questioni e richieda di pensare un'evoluzione.

Basti pensare, ad esempio, alla non necessità della difesa tecnica per gli ordini di protezione, la cui *ratio* è legata, come si legge tristemente nei lavori preparatori, al pronto accesso del cittadino alla giurisdizione; o basti pensare alla posizione della giurisprudenza sulla difesa tecnica nei procedimenti di amministrazione di sostegno, secondo la quale è sostanzialmente il giudice a decidere se e quando c'è bisogno di un avvocato.

Rispetto a tali zone d'ombra, la figura del difensore d'ufficio nei procedimenti civili deve essere studiata e sviluppata per poter garantire in ogni procedimento che possa concludersi con la compressione di diritti della persona, un'effettiva e qualificata difesa.

### Le proposte per un'iniziativa dell'AIAF

- 1) Monitoraggio in tutti i Tribunali per i minorenni e sezioni per i minorenni delle Corti d'Appello della gestione delle difese d'ufficio nei procedimenti minorili;
- 2) riconoscimento della figura del *difensore del minore* come soggetto autonomo e indipendente anche dal tutore, se presente;
- 3) emanazione di norme di attuazione della legge 149/2001 con riferimento alle difese d'ufficio, che prevedano, analogamente a quanto già stabilito per il processo penale agli imputati minorenni, una specifica preparazione nel diritto minorile, con la previsione di corsi di perfezionamento o aggiornamento a curati di concerto dai consigli dell'ordine e l'AIAF;
- 4) modifica dell'art. 15 d.lgs. 28.07.89 n. 272, recante norme di attuazione del c.p.p. min., nella parte in cui prevede la realizzazione di corsi di aggiornamento o perfezionamento in diritto minorile per i difensori d'ufficio nel processo penale agli imputati minorenni, affinché sia espressamente riconosciuto il ruolo dell'AIAF nella progettazione e realizzazione dei corsi insieme ai consigli dell'ordine;
- 5) formazione di una commissione di studio sulla figura del difensore d'ufficio nei procedimenti civili, finalizzata all'elaborazione di proposte volte ad estendere tale figura a presidio di un giusto processo civile per la persona.