

Gratuito patrocinio e Sovraindebitamento

Commento sentenza Tribunale di Torino, VI sezione, 16.11.2017 Est. Cecilia Marino

Ad oggi la maggioranza dei tribunali italiani non ammette la possibilità per il sovraindebitato di poter usufruire del “gratuito patrocinio”, ovvero del patrocinio a spese dello Stato.

Ciò è abbastanza sorprendente, considerato che la legge sul sovraindebitamento (L. n. 3/2012) ha un ruolo spiccatamente sociale; essa è stata istituita proprio per consentire anche alle piccole imprese ed alle persone fisiche (soggetti c.d. non fallibili), che si trovano in stato di crisi, di poter stralciare i propri debiti, pagando in base alle risorse concrete esistenti ed ottenere la cancellazione (c.d. esdebitazione) dei debiti impossibili da onorare.

E' evidente che il sovraindebitato ha risorse minime a disposizione e i costi della procedura da sovraindebitamento spesso costituiscono un grave ostacolo.

Infatti, il sovraindebitato che voglia accedere alla procedura da sovraindebitamento deve quanto meno sopportare (i) il costo dell'OCC o del professionista facente funzione di OCC; (ii) il costo del legale che lo assiste e lo rappresenta durante tutta la procedura, fino all'esdebitazione.

Poter usufruire del “gratuito patrocinio”, consentirebbe al sovraindebitato di essere sollevato da tali costi ed impiegare tutte le risorse per il pagamento dei propri debiti.

Tuttavia, qualcosa si sta muovendo.

Recentemente il Tribunale di Torino, VI sezione civile, con sentenza del 16.11.2017, Dott.ssa Cecilia Marino, ha stabilito che anche il sovraindebitato può accedere al “gratuito patrocinio”, sia per quanto riguarda (i) il costo dell'OCC o del professionista facente funzione di OCC; che per (ii) il costo del legale che lo assiste e lo rappresenta durante la procedura.

Come mai spesso i tribunali non ammettono questa possibilità?

Le motivazioni sono diverse, vediamo le più importanti.

- 1) innanzitutto, l'art 74 del T.U.S.G. (Testo Unico Spese di Giustizia DPR n. 115/2012) stabilisce, in sintesi, che il “gratuito patrocinio” è ammissibile solo in presenza di un vero e proprio processo (che sia civile, penale, amministrativo, tributario, di volontaria giurisdizione).

Sappiamo, però, che la procedura di sovraindebitamento è spaccata in 2 fasi, di cui solo la seconda è un fase processuale vera e propria, perché si svolge davanti al Giudice (sezione fallimentare); mentre la prima fase è antecedente e prodromica a quella processuale: essa consiste in una sorta di verifica di fattibilità della

procedura stessa e si svolge con l'ausilio dell'OCC (o professionista facente funzione di OCC), il quale rilascia poi relativa attestazione di fattibilità o meno (c.d. relazione dell'OCC). La relazione positiva dell'OCC costituisce condicio sine qua non per l'inizio della fase processuale vera e propria.

E' evidente quindi che l'ammissione al "gratuito patrocinio" da parte del sovraindebitato, mentre può essere facilmente sostenuta per la fase processuale in senso stretto, diventa più difficilmente sostenibile per la fase antecedente e prodromica che si svolge con l'ausilio dell'OCC.

- 2) Un altro ostacolo è costituito dal fatto che l'art. 75 del T.U.S.G., per l'ammissione al "gratuito patrocinio", prevede che la parte sia assistita da un difensore, ovvero che ci sia l'obbligo di assistenza tecnica da parte di un legale.

Purtroppo la legge sul sovraindebitamento non prevede l'obbligo di assistenza tecnica: trattasi di una lacuna criticata da più parti. E quindi il sovraindebitato non potrebbe essere ammesso al "gratuito patrocinio" per il fatto che non sarebbe necessario per lui munirsi di un legale.

Contrariamente a quanto sopra, la sentenza del Tribunale di Torino 16.11.2017 chiarisce che la *"... dizione della legge (debba o possa essere assistito) esclude ogni rilevanza alla questione dell'obbligo di assistenza legale nelle procedure di sovraindebitamento, dovendosi peraltro osservare che vi sono parti del procedimento in cui certamente è obbligatoria la presenza del difensore (quali i reclami ex artt 737 c.p.c.)"*.

Inutile dire che, nella prassi, i casi di procedura da sovraindebitamento senza l'intervento del legale sono più unici che rari. Questa, infatti, è una procedura concorsuale a tutti gli effetti, sebbene sia tarata sui soggetti non fallibili, e riveste caratteristiche di complessità e difficoltà che necessitano l'assistenza di un legale.

La tesi di qualcuno in base alla quale tutto il lavoro necessario debba essere assorbito dall'OCC è impraticabile ed impraticata: sia perché l'OCC è organo terzo ed imparziale con il compito di attestare la fattibilità o meno della procedura (e quindi non può assistere personalmente il sovraindebitato), sia perché, nella realtà, dietro l'istruzione di una pratica per sovraindebitamento, vi è una mole di lavoro rilevante per la ricognizione dei fatti e per la ricostruzione documentale, che comporta un contatto serrato con il sovraindebitato, di cui non sempre l'OCC è disposto a farsi carico, spesso preferendo egli stesso che la pratica giunga già istruita e documentata da un legale.

Del resto, anche in altre procedure concorsuali non è previsto l'obbligo di assistenza da parte di un difensore (il debitore potrebbe presentare da solo una domanda di concordato preventivo) eppure ciò non avviene quasi mai. Anzi, all'indomani della riforma fallimentare, di fronte al tentativo di qualche debitore di accedere al concordato preventivo senza assistenza tecnica, gli stessi tribunali hanno esecrato tale modus operandi, invitando espressamente il debitore a munirsi di un legale (Linee Guida sezione fallimentare Tribunale di Milano verbale del 20.09.2012).

Vale la pena aggiungere che la giurisprudenza in materia di sovraindebitamento ha già sancito la necessità che il sovraindebitato sia munito di difensore (Tribunale di Vicenza 29.04.2012).

- 3) Altro argomento di ostacolo all'ammissione da parte del sovraindebitato al gratuito patrocinio deriva dall'art. 15 comma IV della stessa L. n. 3/2012. Tale norma stabilisce che *“dalla costituzione e dal funzionamento degli organismi indicati al comma 1 non devono derivare nuovi e diversi oneri a carico della finanza pubblica, e le attività degli stessi devono essere svolte nell'ambito della risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente”*.

Secondo alcuni, tale norma troverebbe applicazione anche con riguardo alle spese derivanti allo Stato dall'eventuale ammissione del sovraindebitato al “gratuito patrocinio”.

Tuttavia, tale norma è posta specificatamente all'interno della sezione che disciplina il funzionamento degli organismi di composizione della crisi (OCC) e non riguarda la figura del sovraindebitato. Inoltre, il suddetto vincolo a non causare maggiori costi per la finanza pubblica non può assolutamente inficiare il diritto alla difesa del sovraindebitato, costituzionalmente garantito.

- 4) Infine, a sostegno della non ammissibilità del sovraindebitato al “gratuito patrocinio”, vi è l'opinione secondo la quale la procedura da sovraindebitamento è pur sempre una procedura concorsuale e pertanto soggiace al principio della par condicio creditorum.

Con la conseguenza che tutti i creditori del sovraindebitato (ivi compresi quindi l'OCC e il legale che lo assiste durante la procedura) debbano necessariamente soddisfarsi sull'attivo della procedura (ancorché in prdeduzione), e non all'esterno di essa (come avverrebbe nel caso in cui l'OCC e il legale venissero remunerati dallo Stato, in virtù dell'ammissione al “gratuito patrocinio” da parte del sovraindebitato). Insomma, il “gratuito patrocinio” violerebbe la par condicio creditorum ed il principio del soddisfacimento dei creditori sull'attivo disponibile.

La sentenza del Tribunale di Torino 16.11.2017 si oppone a tale argomento sostanzialmente in due modi: (i) sostenendo che anche nel sovraindebitamento è previsto il ricorso alla c.d. finanza esterna, ovvero terzo soggetto che interviene con fondi propri al fine di concorrere al pagamento dei debiti, e che pertanto nulla osterebbe alla possibilità – mediante il “gratuito patrocinio” – da parte dello Stato di sopportare i costi dell'OCC e del legale; (ii) sostenendo che la procedura da sovraindebitamento, pur essendo modellata sulla base delle altre procedure concorsuali, sarebbe un istituto a sé stante e ben potrebbe atteggiarsi in maniera diversa con riguardo alla questione del pieno rispetto della par condicio creditorum e del principio del soddisfacimento dei creditori sull'attivo disponibile.

Ebbene, pur essendo tale sentenza ammirevole per le conclusioni riportate e pregevole nei suoi presupposti, si ritiene sommessamente che la suddetta

argomentazione di carattere sistematico si perda nella sua ampiezza, relegando alcuni aspetti.

Che la procedura da sovraindebitamento sia procedura concorsuale a tutti gli effetti, sebbene tarata sui soggetti non fallibili, è opinione che abbiamo sempre sostenuto e che ossequia la più autorevole dottrina.

Il principio della *par condicio creditorum*, e quindi la natura concorsuale della procedura da sovraindebitamento, non può essere pericolosamente relegato, per poter sostenere più agevolmente la possibilità di ammissione al “gratuito patrocinio”, consentendo così la soddisfazione di alcuni crediti prededucibili (OCC e difensore), avvenga al di fuori dell’attivo disponibile.

A sostegno di ciò, si invoca innanzitutto il fatto che tanto il diritto alla difesa, tanto il diritto all’aiuto dello Stato per l’esercizio della difesa da parte dei non abbienti, siano diritti costituzionalmente garantiti, e come tali, diritti di rango superiore a qualsiasi norma ordinaria.

Conseguentemente, i principi concorsuali (in tema di sovraindebitamento ed in tema di procedure concorsuali in senso stretto) non possono né violare direttamente, né inficiare tali diritti costituzionalmente protetti. Pertanto, la possibilità per il sovraindebitato di essere ammesso al “gratuito patrocinio” non può essere ostacolata dalla forzosa applicazione della regola del soddisfacimento dei creditori sull’attivo disponibile, in ossequio alla *par condicio creditorum*.

Tanto più, come correttamente afferma la sentenza del Tribunale di Torino 16.11.2017, che tanto nelle procedure concorsuali quanto nel sovraindebitamento, si fa largo ricorso alla c.d. finanza esterna. A ciò si aggiunge che la possibilità per tali creditori prededucibili (OCC e legale) di essere soddisfatti al di fuori della procedura, ovvero a spese dello Stato, non avviene sic et simpliciter, ma scatta solo quando il sovraindebitato è al di sotto delle soglie minime di reddito previste.

Infine, non si può dimenticare l’indiscussa ammissione al “gratuito patrocinio”, ovvero al patrocinio a spese dello Stato, anche in materia fallimentare. La Corte di Cassazione, con sentenza n. 19215/2005, ha ritenuto che, in ambito fallimentare, il patrocinio a spese dello Stato sia la clausola di salvezza, al fine di a garantire al debitore la certezza di poter accedere alla difesa, impedendo ogni “*lesione del diritto di difesa costituzionalmente garantito*”.

Non ammettere il sovraindebitato al “gratuito patrocinio” porterebbe ad un’inspiegabile disparità di trattamento con l’altro debitore che, superando la soglia di fallibilità ed essendo quindi soggetto alle procedure previste dalla legge fallimentare, ne verrebbe a beneficiare.

Milano, 5 marzo 2018

Avv. Francesca Monica Cocco.