

## APPUNTI CONVEGNO DEL 5 APRILE 2016

### Premesse

E' opportuno far precedere il mio intervento da due premesse, per sottolineare i limiti dell'intervento stesso.

La prima premessa riguarda il tema. Quando la segreteria dei Giuristi Democratici mi ha chiesto se ero disponibile a partecipare a questo Convegno, mi era stato detto che si sarebbe parlato del problema dell'accesso alla giustizia, e che avrei potuto parlare dei soggetti svantaggiati.

Quando dal manifesto ho visto il titolo del convegno, sono rimasto un po' spiazzato, ma poi ho pensato che i problemi tra avvocato e cliente non si limitano a quelli fiscali, ma prima ancora riguardano la possibilità anche dello stesso accesso alla giustizia, con le difficoltà e i rischi relativi, e quindi sia pure un po' lateralmente, ritengo di poter tentare di offrire un contributo.

La seconda premessa riguarda il mio specifico di avvocato, che si occupa sostanzialmente di diritto del lavoro, visto dalla parte dei lavoratori, per cui tendo ad analizzare questi problemi con una prospettiva anch'essa un po' laterale, diciamo pure un po' di parte.

Ciò premesso, entriamo nel merito.

### Le fondamenta dello stato costituzionale

Secondo gli studiosi - e ricordo in particolare il Cappelletti, gli assi portanti del sistema giuridico sui quali si fonda uno Stato contemporaneo, sono sostanzialmente tre: la dimensione costituzionale, che si traduce nella ricerca dei valori fondamentali che molti ordinamenti hanno affermato come *lex superior* vincolante anche per il legislatore ordinario.

Una seconda dimensione è quella transnazionale, individuata nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e nei documenti successivi.

La terza dimensione, specifica per il nostro tema, è quella denominata "sociale", che nella manifestazione attuale si esprime nella formula della possibilità e libertà di

tutelare i propri diritti e interessi legittimi avanti una magistratura soggetta soltanto alla legge. Questa terza dimensione rappresenta il complemento indispensabile alle altre due dimensioni, ne costituisce lo strumento che rende effettiva l'intera costruzione costituzionale. Si è sempre ripetuto a questo proposito che l'accesso alla giustizia è la condizione necessaria perché si realizzi la promozione sociale.

In questa prospettiva l'art. 24 della Costituzione è il principio supremo di uno Stato costituzionale, la chiave di volta per il buon funzionamento dell'intero sistema, per cui è obbligo dello Stato rimuovere quegli impedimenti che ostacolano o rendono più difficile accedere alla giustizia, se si vuole passare dalla pura enunciazione ad una concreta attuazione del principio stesso.

Col tempo, con le trasformazioni della società, è apparso sempre più evidente che questo diritto non può essere confinato nello steccato della tutela delle esigenze e diritti del singolo consociato, ma deve poter essere esercitabile per la tutela di quelli che sono definiti oggi come 'diritti sociali', o 'diritti diffusi'. La domanda di giustizia è venuta a significare sempre più decisamente, e per una platea di utenti sempre maggiore, una richiesta di uguaglianza non soltanto formale ma reale, quale indispensabile complemento delle possibilità di sviluppo della persona.

L'accesso alla giustizia finisce per essere in definitiva il momento in cui si misura l'effettivo livello di crescita di un Paese, perché è qui che si misura la salvaguardia di aree e di valori fondamentali, come l'accesso all'educazione, al lavoro, al riposo, alla salute e via dicendo.

Questa è la strada che si doveva percorrere e che per decenni, sia pure con incertezze, sbandamenti, retromarcie, è stata comunque imboccata, sia consentendo l'accesso alla giustizia anche alle fasce di popolazione economicamente più svantaggiata, sia attraverso il riconoscimento dell'azionabilità di interessi diffusi non più legati esclusivamente alla sfera del singolo.

Oggi assistiamo ad una svolta critica, che minaccia di essere esiziale.

Viene osservato da più parti che queste scelte hanno condotto a due risultati non graditi: da un lato ad un gigantismo giudiziario che ha paralizzato la giustizia civile con un carico enorme di arretrati, e dall'altra parte sia pure sottovoce si dice che tale fatto ha attribuito alla magistratura un ruolo di protagonista concorrente con la classe politica ed amministrativa.

Per arginare questi "difetti", ossia il gigantismo e la lunghezza dei processi e contenere il protagonismo dei giudici, ormai da alcuni anni il sistema politico ha deciso di imboccare una direzione opposta, seguendo due strade: innanzitutto si tende a scoraggiare l'accesso al processo, rendendolo più costoso; in secondo luogo si sottrae alla cognizione dei giudici professionali una parte delle loro tradizionali materie.

Se veramente siamo tutti profondamente convinti che i valori costituzionali siano fondanti per la nostra vita e la nostra società, e che la chiave di volta che sostiene questa sfera delle garanzie è sita nel precetto dell'art. 24 della Costituzione, dovremmo allora verificare se sono realmente fondate le tesi che individuano nell'eccesso del ricorso alla giustizia e nel protagonismo dei magistrati, le ragioni che imbrigliano la crescita del nostro Paese.

Su questi punti è coinvolta anche la responsabilità dell'avvocatura, quanto meno per un peccato di pigrizia, e per una accettazione superficiale di luoghi comuni. La responsabilità degli avvocati non resta confinata in quella dei componenti della società, ma anche nei rapporti con i propri clienti.

#### **a) Primo luogo comune.**

Vediamo un primo luogo comune.

Si afferma, e si accetta acriticamente la tesi, che l'accesso alla giustizia ha condotto ad un gigantismo giudiziario, che sostanzialmente ha paralizzato la giustizia civile resa immobile da milioni di cause pendenti, nonostante che la produttività dei nostri giudici sia tra le più alte in Europa. Questo significa tempi insopportabilmente lunghi, che danneggiano la parte economicamente più debole (e per quanto mi riguarda danneggia i lavoratori), ma che tiene lontani gli imprenditori stranieri dal venire ad investire nel nostro Paese, per cui si converte anche in un danno economico rilevante, nella perdita di chances di crescita.

Aggiungo ancora che un'altra affermazione, a volte detta a mezza voce, è che le cause sono tante perchè gli avvocati sono tanti e devono pur campare, per cui si inventano un contenzioso superfluo, sovente trascinato per tutti i gradi della giurisdizione. E' una opinione che dovrebbe offenderci, perchè sottolinea un comportamento

scorretto degli avvocati nei confronti del proprio cliente, e dannoso per l'intera collettività.

Proprio perché queste affermazioni vengono diffuse senza alcuna replica, ormai fanno parte del comune sentire, sono idee comuni assai diffuse.

Ma è così veramente? No, e per rendersene conto basta leggere qualche statistica.

Dal Sommario di statistiche storiche pubblicato dall'ISTAT in occasione dei 150 anni dell'Unità d'Italia, relativo al periodo dal 1861 al 2010, risulta che nell'anno 1880 (primo anno per questo rilevamento) vennero promossi avanti i Giudici Conciliatori, i Pretori, i Tribunali e le Corti d'Appello, 1.348.550 procedimenti civili, con un tasso di litigiosità di 45,7 ossia si promuovevano 45,7 cause ogni 1.000 abitanti.

Col tempo il tasso è salito, soprattutto all'inizio del '900, poi è disceso. Nell'anno 2008 (ultimo anno preso in considerazione) le vertenze promosse furono 1.388.688, con un tasso di litigiosità del 23,2 (ossia 23,2 vertenze ogni 1.000 abitanti). Quindi il tasso di vertenzialità giudiziaria è dimezzato. In forza di questi dati statistici ritengo che si debba respingere con fermezza l'opinione comune che gli avvocati (intesi come intera categoria complessiva) fomentino la vertenzialità giudiziaria, e forse sarebbe opportuno che la voce dell'avvocatura suonasse più forte.

Ma al di là dei numeri, io mi chiedo se il ricorso alla giustizia non debba essere inteso come un fatto positivo o quanto meno da non demonizzare. Se centinaia e centinaia di migliaia di persone, si rivolgono ogni anno ai Giudici è perché ritengono che nei loro confronti sia stata compiuta una ingiustizia, piccola o grande che sia, vera o presunta. Se questa folla di ricorrenti si rivolge agli organi giudiziari, è un fatto che deve essere apprezzato e non stigmatizzato, perché denota che hanno fiducia nello Stato giudice, che gli affidano i loro problemi giudiziari, che credono nei principi costituzionali. E' veramente inaccettabile e da respingere decisamente l'idea che la responsabilità della crisi sarebbe creata da quelli che avendo subito una ingiustizia si rivolgono al giudice.

Questo bisogno di giustizia si soddisfa apprestando l'organizzazione adeguata. E qui passiamo ad esaminare il secondo luogo comune.

## **b) Secondo luogo comune**

Il problema della lunghezza dei procedimenti civili esiste sicuramente, essendo ben noto a tutti noi che le cause richiedono un tempo lunghissimo per lo smaltimento, e giustamente si richiede una giustizia più rapida, adeguata alla tempestività degli altri Paesi europei. Come vedremo più avanti, a questo problema si tenta di dare soluzione scoraggiando il ricorso ai Tribunali e a volte imponendo circuiti alternativi alla strada giudiziaria. Io penso innanzitutto che ad una domanda di giustizia, si debba rispondere apprestando le strutture giudiziarie adeguate. Questo non avviene in Italia, e la voce degli avvocati su questa mancanza è troppo debole, o comunque non viene ascoltata. Questa è anche responsabilità della nostra categoria.

Anche qui la lettura di qualche dato statistico è interessante.

Cito quanto pubblicato dal Servizio Studi del Senato nel maggio 2013, che riprende una ricerca effettuata dal CEPEJ (*European Commission for the Efficiency of Justice* del Consiglio d'Europa). Da questo studio risulta che nel 2010 nei ruoli giudiziari operativi (e non quindi nei Ministeri, o simili) lavoravano in Italia 6.654 giudici professionali e 3.121 non professionali, per un totale di 9.775 giudici, pari a 16,1 giudici ogni 100.000 abitanti. Nello stesso periodo di tempo in Francia erano attivi 6.945 giudici professionali, 578 giudici professionali ma non a tempo pieno, e 28.859 giudici non professionali, con un rapporto di 55,9 giudici ogni 100.000 abitanti. In Germania erano attivi 19.831 giudici professionali e 98.107 giudici non professionali, con un rapporto di 154,6 giudici ogni 100.000 abitanti. Non c'è quindi da stupirsi se in quei Paesi il tempo di attesa per la sentenza è molto più ridotto e la giustizia interviene più velocemente, anche se non si possono fare confronti meccanici se prima non si conoscono quali competenze sono attribuite ai giudici degli altri Paesi.

Il primo rimedio sarebbe quello di aumentare il numero dei giudici, e delle strutture dei servizi, per offrire un servizio più rapido. So bene che questo tipo di discorso, oltre a comportare aumenti di spesa, non è gradito ai magistrati, che difendono con intransigenza la situazione numerica attuale, per una serie di ragioni anche serie, sulle quali non mi soffermo, ma che non condivido.

E' certo però che i tempi della giustizia sono lunghi anche perché le strutture sono scarse, e assolutamente non comparabili con quelle apprestate da Stati simili al nostro, come Francia e Germania. Qual è la posizione dell'avvocatura in generale sul tema? Possiamo ritenerci esenti da colpe oltre che come categoria anche nei confronti dei nostri clienti, che in ogni caso dalla lunghezza dei procedimenti

subiscono un danno, se non spieghiamo le ragioni che stanno alla base di queste enormi perdite di tempo? Lascio a voi l'interrogativo.

### **Come sinora si è affrontata la crisi della giustizia**

La crisi della giustizia, per eccesso di domanda e lunghezza dei tempi, è stata affrontata con vari interventi, che non sembrano aver avuto al momento effetti positivi.

Innanzitutto si è proceduto ad una semplificazione abolendo le Preture e ridisegnando le sedi giudiziarie; in secondo luogo si sono modificate in maniera non sempre organica vari tipi di procedure giudiziarie.

Gli interventi più sostanziosi per far diminuire il contenzioso civile si muovono però decisamente in due direzioni: aumento dei costi del processo, e sottrazione di una parte delle domande alla cognizione del giudice professionale, con l'introduzione di percorsi stragiudiziali.

La prima soluzione a mio modo di vedere non è accettabile, perché ci allontana da quel modello di Stato costituzionale che ritenevamo di aver conquistato. La seconda soluzione è criticabile per altre ragioni, come vedremo tra un attimo.

Si tratta in ogni caso di scelte che coinvolgono anche la responsabilità di noi avvocati, sia come categoria nel suo complesso che di singoli avvocati nel rapporto col cliente, come tenterò di spiegare.

#### **a) Sull'aumento dei costi, e sul gratuito patrocinio**

Poiché il settore professionale nel quale ho sempre operato è quello del diritto del lavoro, i miei riferimenti si muovono in questo settore, anche se ritengo che in qualche misura possono riguardare anche altre materie.

Il processo del lavoro era sempre stato contraddistinto dalla gratuità *"...sono esenti senza limiti di valore o di competenza dall'imposta di bollo, di registro e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura"* (v. legge 319/1958 e 533/1973).

Si scriveva all'epoca che in questo modo si intendeva garantire l'uguaglianza sostanziale alla quale fa riferimento l'art. 3, della Costituzione, e si attuava il comma

3 per cui si rendeva non virtuale il riconoscimento a favore di tutti della tutela giurisdizionale. Forse 50-60 anni fa la Costituzione era un valore assoluto che andava attuato: oggi tendiamo ad allontanarci!

Il concetto di gratuità si è indebolito, e nel 2011 venne introdotto l'onere del Contributo Unificato anche per le cause di lavoro, dal quale si è esonerati solo se si ha un reddito familiare lordo di non oltre 34.200 euro.

Si tratta di una tassa, e di una spesa non sempre modesta. Ad esempio per l'ipotesi di causa di impugnazione del licenziamento, il lavoratore deve pagare un contributo unificato di 259 euro, somma non indifferente per chi ha appena perso il lavoro e che in molti casi sfiora il 25% di una retribuzione mensile.

Ma questo è stato solo il primo passo per rendere costoso il processo, e scoraggiare il ricorso alla giustizia.

Emblematica a questo proposito è la vicenda della condanna del soccombente al pagamento delle spese legali, ossia la modifica introdotta all'art. 92, comma 2 cpc.

Anche in questo caso, può essere interessante un brevissimo *excursus* storico.

Nel 1865, quando appena riunita l'Italia venne promulgato dal re d'Italia il codice di procedura civile, all'art. 370 si prevedeva che il soccombente venisse condannato al pagamento delle spese del giudizio, ma che il giudice quando concorrevano giusti motivi poteva compensarle in tutto o in parte. Questa norma è rimasta ferma per l'intera storia d'Italia, sotto i più vari governi, sotto i più vari regimi, venne ripresa nella medesima formulazione nel codice di procedura del 1940. In materia di cause di lavoro venne ampiamente utilizzata dai giudici che compensavano le spese quando i lavoratori restavano soccombenti, sicuramente anche con generosità. In questo modo si sottolineava anche la fiducia che lo Stato riponeva nella categoria dei Giudici.

Arriviamo al 2014, e con il DL 12.9.2014 n. 132 si abolisce di fatto questa norma, in quanto il Giudice può compensare le spese solo quando vi è soccombenza reciproca ovvero nel caso di assoluta novità della questione trattata o mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti: in pratica mai.

Come avvocato sono responsabile nei confronti del cliente e doverosamente devo avvertirlo che per agire in giudizio non solo deve versare l'equivalente per il contributo unificato, ma che se la causa va male, sarà condannato al pagamento delle spese legali. Per restare sempre al caso del licenziamento, le spese sono variabili da

4.000 euro in su, oltre gli accessori. Più o meno 6.000 euro, l'equivalente di circa 6 mensilità di un lavoratore di medio/basso livello.

Poiché si tratta di un rischio che non può sostenere, una considerevole parte dei lavoratori di fronte alla prospettiva di essere condannato, rinuncia a promuovere il giudizio. Per questi lavoratori quindi la garanzia dell'art.24 Cost. è svuotata, e già da questo si misura la ferita inferta ai nostri principi.

Questa novità introdotta nel 2014 al conclamato, apertamente dichiarato scopo di deflazionare il numero delle controversie, non solo offende i principi costituzionali di accesso alla giustizia, ma è anche scorretta e profondamente ingiusta da un punto di vista fiscale. Infatti mentre il datore di lavoro può portare in deduzione dei profitti le spese per una vertenza giudiziaria in quanto attengono alla conduzione e alle vicende dell'azienda, e quindi può dedurre il contributo unificato, le spese legali proprie ed eventualmente quelle pagate alla controparte, l'IVA e via dicendo, il lavoratore non può portare in deduzione niente: mi pare evidente la disuguaglianza di trattamento, che colpisce il contribuente che solitamente è più debole.

La modifica dell'art.92 cpc appare incostituzionale anche per altri aspetti, sui quali non indugio se non per accennare alla impossibilità di avere piena conoscenza dei fatti sui quali fondare il giudizio: esempio il licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Il Tribunale di Torino ha già rimesso la questione alla Corte Costituzionale.

Con questa operazione verosimilmente diminuirà il contenzioso in materia di lavoro, ma a che prezzo? La Repubblica non si occupa più di *"rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale"* che impediscono il pieno sviluppo della persona umana. Al contrario si preoccupa di rendere più difficile e sicuramente più costoso l'accesso al giudizio: è un risultato diametralmente opposto a quello auspicato nella carta costituzionale.

A questo proposito si deve accennare al sistema del gratuito patrocinio, che appare un rimedio anacronistico, quanto meno per due ragioni, e sul quale forse anche l'Avvocatura dovrebbe farsi sentire.

La prima ragione dell'anacronismo del sistema è di ordine economico, perché il discrimine tra abbienti e non abbienti è fissato nella misura di euro 11.369 annui, essendo questo il tetto massimo del reddito al di sotto del quale si ha diritto ad accedere al servizio del gratuito patrocinio, previa verifica della non infondatezza della posizione da sostenere. Si badi bene che si tratta di un reddito annuo al quale

concorrono anche i familiari e conviventi, come si preoccupa di specificare il DPR 115/2002. Si tratta di un limite economico assai ridotto, tale da rendere non veramente utilizzabile l'istituto, almeno nelle cause di lavoro. Tra l'altro la Costituzione parla di non abbienti, non di indigenti, ai quali sono riservate le cure mediche.

La seconda ragione sta nel fatto che il legislatore sta sempre più sospingendo la giustizia civile fuori dai Tribunali, verso circuiti alternativi diversi, visti come strumento di deflazione della domanda. La legge sul Gratuito Patrocinio non prevede la concessione dell'assistenza per queste ipotesi. Questo principio è stato ribadito ancora da ultimo con la Cassazione 24723 del 23.11.2011.

Per la verità so che il Tribunale di Firenze ha accordato il gratuito patrocinio anche per una mediazione obbligatoria, ma non sono riuscito a procurarmi il documento.

#### **b) La ricerca di circuiti alternativi al giudizio**

Con questo arrivo all'ultimo punto del mio intervento.

Intendo riferirmi alla soluzione per la quale per evitare contenzioso giudiziario, si impongono circuiti alternativi, come la mediazione. Su questo tema non mi soffermo più di tanto, perché immagino che interverranno altri colleghi. Nel diritto del lavoro il percorso stragiudiziale, oggi, è obbligatorio solo per le ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo nelle imprese con oltre 15 dipendenti. Ricordo però quanto tempo veniva perso quando era obbligatorio il tentativo di conciliazione prima di procedere al ricorso giudiziario.

Non intendo contestare che una politica di incentivare un accordo tra i litiganti possa essere anche una buona politica. Quello che mi preme sottolineare, invece, è quale sia il livello di assistenza fornita alle parti (e per quanto mi riguarda ai lavoratori) nella fase non giudiziale. La casistica a questo proposito è assai grottesca.

Se il percorso stragiudiziale sostituisce quello giudiziale, l'assistenza alle parti deve essere di livello analogo a quello obbligatoriamente previsto per il percorso giudiziale, e quindi dovrebbe coinvolgere necessariamente degli avvocati. Nel settore del lavoro non è così e a volte il lavoratore non ha un'assistenza adeguata, non fornita da avvocati, ed anzi un numero sempre maggiore di consulenti si propone in queste sedi.

Se alle carenze della giustizia civile si risponde con la semplificazione, ciò non significa che debba essere spinta sino al punto da ritenere non necessari gli esperti del diritto, cioè gli avvocati. Qui non si tratta di corporativismo, ma di attuazione di principi costituzionali che garantiscono il diritto alla difesa.

Se invece il principio deve essere quello di risparmiare al massimo con l'eliminazione degli avvocati ritenuti come percettori di taglie, allora sarebbe conseguente applicare le stesse norme anche ad altri settori, per i quali oltre al resto l'introduzione di anarchia nelle regole è addirittura più facile, dal momento che non vi sono neanche impacci di ordine costituzionale.

Concludo osservando che sul tema fondamentale della giustizia, si ascoltano le affermazioni della politica e le risposte della magistratura (sovente con le decisioni più che con gli articoli o convegni). Non si sente, o si sente pochissimo almeno nella percezione pubblica, la voce dell'avvocatura. E questo fatto è colpa nostra, sia come singoli che come categoria.