

Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Consigliere giuridico Presidenza Consiglio dei Ministri) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato).

Riforma Fornero.

Fase sommaria e di opposizione: è incompatibile lo stesso giudice – persona fisica - che ha deciso la prima fase?

Articolo di **Manuela RINALDI**

Sommario: 1. Riforma Fornero: nozioni generali; 2. Il nuovo rito: il giudice dell'opposizione; 3. La decisione della Corte d'Appello del 13 dicembre 2013; 4. Questione di legittimità costituzionale

1. Riforma Fornero: nozioni generali

Come noto la c.d. Riforma Fornero, ovvero la legge del 28 giugno 2012 n. 92 è entrata in vigore nel nostro ordinamento ormai dal "lontano" 18 luglio 2012.

Non poche problematiche ha creato (e sta creando tutt'oggi a livello giurisprudenziale) il "nuovo rito" introdotto dalla citata disciplina.

La riforma del 2012 ha introdotto uno speciale procedimento (disciplinato dall'articolo 1, comma 48 e ss.) che trova applicazione relativamente alle controversie aventi ad oggetto **licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 L. 300/70, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro.**

Il lavoratore che ritenga illegittimo il licenziamento può proporre ricorso dinanzi al Tribunale, in funzione di giudice del lavoro, avente ad oggetto solo il

licenziamento, non potendo contenere il citato ricorso domande differenti ed ulteriori¹.

Il giudice fissa l'udienza entro il termine di 30 giorni dal deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale.

Alla prima udienza, il giudice, sentite le parti ed omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel **modo che ritiene più opportuno** all'istruzione della causa; provvede con **ordinanza immediatamente esecutiva**, all'accoglimento oppure al rigetto della domanda².

Entro il termine di 30 giorni dalla emissione dell'ordinanza che conclude la prima fase la parte soccombente **può proporre opposizione**.

Il giudice della fase di opposizione deve fissare l'udienza entro il termine di 60 giorni, dando termine alla parte opposta di costituirsi in giudizio 10 giorni prima della udienza fissata.

Ferma la competenza funzionale dell'ufficio che ha emesso il provvedimento impugnato, ci si chiede se possa essere lo stesso giudice (inteso come persona fisica) che ha già trattato la fase sommaria.

Problematica, infatti, non risolta dalla riforma Fornero del 2012 (e nemmeno dalle successive riforme del 2013, ma probabilmente in via di definizione dalla giurisprudenza) è quello concernente **l'individuazione del giudice della fase di opposizione**.

Occorre su tale argomento effettuare delle preliminari considerazioni di ordine generale.

2. Il nuovo rito: il giudice dell'opposizione

Già nel 1999 la Corte Costituzionale (sentenza n. 387) aveva avuto modo di pronunciarsi sulla questione relativa all'articolo 28 L. 300/1970, in tema di condotta antisindacale e in particolar modo sulla individuazione del giudice per la fase di opposizione prevista dal menzionato articolato.

Con tale decisione la Corte aveva precisato che l'unica soluzione, che appariva conforme con i dettati costituzionali, era quella che prevedeva **l'incompatibilità del giudice**, ai sensi dell'art. 51, comma 4 c.p.c.

Stessa "problematica" si è posta in ordine al nuovo rito previsto dalla riforma del 2012, in quanto in tale "rito" si chiede al giudice dell'opposizione, fermi rimanendo i presupposti e l'oggetto del giudizio nelle due fasi, di riesaminare un giudizio già effettuato su una questione controversa in materia di licenziamento; e tale riesame non può essere compiuto dal giudice che ha già deciso "dovendo essere evitato che lo stesso giudice, nel decidere, abbia a ripercorrere l'identico itinerario logico precedentemente seguito".

Interessanti sono le pronunce che nel corso del tempo si stanno "susseguendo" e non da ultimo quelle ove la questione è stata rimessa all'attenzione della Corte Costituzionale.

Ma...procediamo con ordine.

¹ Ad esempio la domanda di risarcimento del danno da demansionamento anche se sia collegata al licenziamento stesso.

² L'efficacia esecutiva del provvedimento che adotterà il giudice non potrà essere sospesa oppure revocata fino alla pronuncia della sentenza con cui il giudice definisce il giudizio instaurato in opposizione.

Anzitutto il Tribunale di Milano, sez. I civile, con l'ordinanza dell'11 ottobre 2013 aveva precisato che non ricorre l'ipotesi di cui all'art. 51, n. 4, c.p.c. nei confronti del giudice assegnatario dell'opposizione ex art. 1 comma 51 Legge Fornero, che abbia già trattato del tema controverso quale giudice designato per la decisione del ricorso ex art. 1 comma 48 L. 92/2012.

È, infatti da escludersi la natura impugnatoria del giudizio di opposizione, tale da individuare la cognizione da parte di un giudice necessariamente diverso.

Tale decisione appare conforme alla **giurisprudenza maggioritaria in materia**³, la quale ripropone la problematica relativa al dovere di astensione del giudice assegnatario dell'opposizione ex art. 1 comma 51 L.n. 92/12 nell'ipotesi in cui abbia già trattato del tema controverso quale giudice designato per la decisione del ricorso ex art. 1 comma 48 L. 92/2012⁴.

Ancora secondo quanto precisato dalla già menzionata sentenza del Tribunale di Milano (19 giugno 2013) nel rito Fornero il giudice che definisce il ricorso nella fase sommaria, può poi definire il giudizio di opposizione.

Escluso l'obbligo di astensione.

Non ricorre l'ipotesi di cui all'art. 51 n. 4 c.p.c nei confronti del giudice assegnatario dell'opposizione ex art. 1 comma 51 L.n. 92/2012, che abbia già trattato del tema controverso quale giudice designato per la decisione del ricorso ex art. 1 comma 48 L.cit.

La legge 28 giugno 2012 n. 92, nei commi 47 e ss dell'art. 1, tipizza un classico modello procedimentale cd. bifasico in cui ad una fase necessaria a carattere prettamente sommario segue una fase eventuale a cognizione piena, destinata a concludersi con un provvedimento suscettibile di passare in giudicato: ebbene, l'emissione di provvedimenti di urgenza o a cognizione sommaria da parte dello stesso giudice che è chiamato a decidere il merito della causa, costituisce una situazione ordinaria del giudizio e non può in nessun modo pregiudicarne l'esito, né determina un obbligo di astensione o una facoltà della parte di chiedere la riconsuazione.

Ancora il Tribunale di Milano con l'ordinanza dell'11 luglio 2013 (est. Crugnola) in tema di **istanza di riconsuazione** in procedimento in fase di opposizione ex art. 1/51 L.92/2012 del magistrato che abbia deciso la fase sommaria del medesimo procedimento ex art. 1/48 L. 92/2012 ha „deciso“ per la sussistenza della incompatibilità (applicabilità quindi della fattispecie in oggetto della Corte Costituzionale n. 387/1999); sussiste, quindi, l'obbligo di astensione del primo giudice ove designato, ex art. 51/4 cod. proc. civ.

È stato, quindi, accolto il ricorso, sostituendo al giudice riconsuato il magistrato che nella Sezione lo seguiva in ordine di anzianità.

3. La decisione della Corte d'Appello del 13 dicembre 2013

Nel già complesso “groviglio giurisprudenziale” si è inserita la decisione della Corte d'appello del 13 dicembre 2013 n. 1577, con cui è stato affermato che il giudice della fase sommaria e quello del giudizio in opposizione, dopo la riforma introdotta con la legge n. 92/2012, in materia di licenziamento

³ Cfr. Trib. Milano, sez. I civ., ordinanza 4 aprile 2013 -Pres., est. Roberto Bichi - e a Trib. Milano, sez. I civ., ordinanza 19 giugno 2013 - Pres. Servetti, est. Buffone.

⁴ Le ipotesi di astensione obbligatoria sono tassative e non estensibili analogicamente, riferendosi ad eccezioni tipiche al principio del giudice naturale precostituito per legge

individuale, non può essere la stessa persona, in quanto, in caso contrario, sarebbe violato il principio di imparzialità.

Il ragionamento seguito dalla Corte di Appello scaturisce dal fatto che l'oggetto delle due fasi è, sostanzialmente, lo stesso⁵ ed, inoltre, entrambe si concludono con una decisione di per se stessa idonea a passare in giudicato.

Una valutazione diversa, secondo la Corte di Appello di Milano, porterebbe ad un vizio di costituzione del giudice con nullità della sentenza, secondo le previsioni contenute nel codice di procedura civile agli articoli 158 e 161.

La Corte ritiene che tale decisione sia in linea con le sentenze della Corte Costituzionale n. 387/1999 (già sopra menzionata) e n. 460/2005⁶.

Sulla incompatibilità
- no: Tribunali Bologna, Milano, Monza, Rieti;
- si: Tribunali di Roma, Venezia, Torino, Firenze.

Nella citata decisione del 2013 i giudici d'appello hanno precisato che, all'interno della disciplina di cui alla L. 92/2012 non sono rinvenibili criteri utili per stabilire se la coincidenza nella persona fisica del giudice chiamato a definire ciascuna delle fasi in cui il procedimento de quo si articola, costituisca un'ipotesi riconducibile all'art. 51, comma 1, n. 4 cod. proc. civ.⁷.

Secondo una ricostruzione dottrinale⁸ la soluzione può essere rinvenuta se si considera l'effettiva natura del procedimento Fornero, che, ad avviso della Corte d'appello milanese, costituisce un ordinario giudizio di cognizione articolato in: a) una fase a cognizione sommaria non cautelare, priva di preclusioni o decadenze, destinata a concludersi con un'ordinanza (di accoglimento o di rigetto) immediatamente esecutiva, munita di efficacia non suscettibile di sospensione o revoca sino alla definizione con sentenza dell'eventuale successivo giudizio di opposizione; b) un giudizio a cognizione piena di opposizione eventuale, esperibile contro l'ordinanza innanzi al medesimo ufficio giudiziario in funzione di giudice del lavoro, più informale rispetto al rito ordinario del lavoro, ma caratterizzato comunque dalle medesime decadenze e preclusioni della fase introduttiva, destinato a concludersi con sentenza esecutiva, a propria volta reclamabile innanzi alla Corte d'appello.

Si tratta di procedimenti aventi ad oggetto la medesima *res iudicata* individuata ai sensi dell'art. 1 comma 47, L. 92/2012 nell'accoglimento o rigetto della domanda relativa all'impugnativa del licenziamento nelle ipotesi regolate dall'art. 18, L. 300/70.

4. Questione di legittimità costituzionale

⁵ accoglimento o rigetto della impugnativa.

⁶ <http://www.dplmodena.it/18-12-13TribLic.html>.

⁷ Sull'obbligo di astensione del giudice.

⁸ MATTIELLO G., Rito Fornero: il giudice deve astenersi se ha già deciso la fase sommaria, in Altalex.com del 13 gennaio 2014, <http://www.altalex.com/index.php?idnot=65795>.

Il Tribunale di Siena, in persona del giudice dr. Cammarosano, con la decisione del 16 agosto 2013 pronunciandosi su un ricorso introdotto con il rito Fornero (ove la causa è stata assegnata, sia nella fase sommaria che in quella di opposizione, allo stesso giudice) alla prima udienza si è preliminarmente riservato sulla sollecitazione ad astenersi ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 51 n. 4, cod. proc. civ., quindi obbligatoriamente, per aver conosciuto della causa come magistrato in altro grado del processo.

Si legge testualmente nella citata decisione che..... „ *Sulla questione non può ritenersi stabilmente un "diritto vivente", se non incarnato in "una lonza (...) che di pel maculato era coperta", che per il giurista non può classificarsi, ammantarsi di quel nome. Firenze non la pensa come Milano, che a sua volta la pensa come Genova, Bologna e Palermo, ma non come Napoli, Reggio Calabria, etc. senza che possa dirsi prevalente e costante, consolidata una interpretazione giudiziale, anche perché la disciplina della materia è troppo recente per consentire la formazione di un "diritto vivente", una interpretazione normativa che abbia acquisito "forza di modello unificante delle applicazioni giurisprudenziali" e su di essa si sono già creati insanabili conflitti giurisprudenziali sui quali la Corte può da subito fornire il proprio prezioso orientamento ermeneutico egualitario.*

Vissuta, invece, riteniamo l'interpretazione della Corte Costituzionale, espressa nell'ordinanza 1997/ n. 356 e nella sentenza 1999/n. 387, rese in materia certamente almeno limitrofa, quale il procedimento ex art. 28, L. 1970/n. 300, di repressione della condotta antisindacale, senza dimenticare l'ulteriore intervento, in diversa materia, rappresentato dalla sent. 2005/n. 460".

Ancora il giudice ha affermato nella decisione del 16 agosto 2013 che non vi è alcun dubbio che il provvedimento conclusivo della fase sommaria, l'ordinanza immediatamente esecutiva, tra l'altro con previsione di temporanee non sospensione o revoca (co. 50), di accoglimento o rigetto della domanda di impugnazione del licenziamento nelle ipotesi previste dall'art. 18, L. 1970/n. 300, chiuda una fase-grado, con attitudine alla definitiva e certa regolamentazione dichiarativa, decisoria dell'assetto del diritto sostanziale ad esito dell'impugnazione del recesso datoriale, un procedimento che non ha struttura e funzione meramente cautelari, la cui rilevanza socio-economica è tra altro inversamente proporzionale alla sua stretta delimitazione processuale (co. 48, 3° periodo).

Prosegue ancora il dr. Cammarosano precisando che non vi sono dubbi nemmeno sul fatto che il giudizio, eventuale, che ne consegua, ex co. 51 ss., abbia struttura e funzione impugnatoria o di riesame⁹.

Se il giudice è notoriamente tenuto ad una interpretazione della norma conforme a Costituzione, *"l'uso, quindi, della normativa costituzionale deve essere compreso nell'ambito della comune interpretazione sistematica della legge ordinaria, e dunque è tra i canoni che il giudice ordinario deve usare per formulare l'interpretazione corretta"*, riteniamo che la stella cometa di questa tecnica interpretativa sia tracciata anzitutto dal pensiero così autorevolmente espresso e ribadito dalla Corte Costituzionale, e in materia (art. 28 Statuto dei Lavoratori) certo con impressionanti tratti di analogia, strutturali e funzionali,

⁹ Anche per talune espressioni letterali, quali "contro l'ordinanza", "opposizione", "a pena di decadenza entro trenta giorni", "con il ricorso non possono essere proposte domande diverse da quelle di cui al co. 47".

pur nella diversità della fattispecie sostanziale e delle esigenze di accertamento e tutela, a fronte del modello di chiara ispirazione.

Pertanto, pur dandosi atto dello straordinario sforzo argomentativo di taluni giudici nazionali e autori della dottrina, propendiamo per l'affermazione che l'astensione e in suo difetto l'accoglimento della ricusazione, siano in materia rispettivamente doverose e scontate, poiché *"la reinterpretazione, da parte della Corte costituzionale, della disposizione impugnata è pur sempre finalizzata al sindacato di costituzionalità e non a semplice intento nomofilattico, così che l'interpretazione "corretta" reperita" sul piano della legislazione ordinaria (...) è di regola anche quella "costituzionalmente conforme" sulla quale si basa la valutazione di non fondatezza"*, elevandosi pertanto l'interpretazione conforme a Costituzione quale unica interpretazione possibile della disposizione impugnata.

Il dispositivo delle decisioni interpretative di rigetto sopra menzionate contiene una parte negativa in certo modo vincolante, in quanto la disposizione non può essere interpretata nel senso ritenuto palesemente incostituzionale dalla Corte. All'esito, quindi, il giudice, visti gli articoli 134 della Costituzione e 23 L. n. 87/1953 dichiara rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 51 nel contesto procedimentale di inserimento (art. 1, comma 47, ss. L. 92/2012) come dell'articolo 51, comma 1, n. 4, cod. proc. civ., nella parte in cui la prima disposizione non prevede che il giudizio di opposizione abbia svolgimento davanti al medesimo giudice persona fisica nella fase sommaria e la seconda non esclude dalla sua operatività la fattispecie in parola, in violazione dell'articolo 3, commi 1 e 2, dell'articolo 24, commi 1 e 2, dell'articolo 25, comma 1, dell'articolo 97 e dell'articolo 111, comma 1, pt. II, della Costituzione.

Ha ritenuto, quindi, il giudice del Tribunale di Siena di sospendere il giudizio disponendo l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale.

Ancora da menzionare nell'ambito di cui trattiamo è la decisione del Tribunale di Milano, sez. IX, depositata in data 27 gennaio 2014¹⁰.

Nella fase di opposizione la causa veniva assegnata allo stesso giudice che aveva trattato la fase sommaria; ne conseguiva, pertanto, istanza di ricusazione (ex art. 51, comma 4, c.p.c) e rimessione del fascicolo al Presidente del Tribunale, che assegnava alla menzionata sezione IX il procedimento in oggetto.

In composizione collegiale (**Pres. rel. est. Manfredini, est. Buffone, Cosmai**) con ordinanza depositata il 27 gennaio 2014 i giudici ritenevano rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 51, comma I, n. 4 c.p.c. e 1 comma 51, Legge 28 giugno 2012 n. 92, nella parte in cui non prevedono l'obbligo di astensione per l'organo giudicante persona fisica investito del giudizio di opposizione ex art. 51, comma I, l. 92/2012 che abbia pronunciato l'ordinanza ex art. 1, comma 49, l. 92/2012, in riferimento agli artt. 3, 24, 111 della Costituzione".

Nella citata decisione il Collegio ha escluso che si possa applicare al caso di specie il principio ricavabile dalla sentenza n. 387/1999 della Corte

¹⁰ Dipendente di una società farmaceutica proponeva ricorso ex art. 1 comma 48 L. 92/2012 impugnandolo e chiedendo la conseguente reintegra.

Costituzionale come ritenuto dalla Corte d'Appello di Milano nella sentenza della n. 1577 del 13 dicembre 2013.

Ritiene, infatti, che il rito Fornero sia **strutturalmente e funzionalmente diverso dal rito designato** ex art. 28 dello Statuto dei Lavoratori "in quanto assimilabile ai procedimenti bifasici, non esclude che, in questa fattispecie, la previsione di un giudice persona fisica unico si ponga in contrasto con la Carta Costituzionale".

In forza di ciò si ritiene un sospetto di violazione degli artt. 3, 24, 111 della Costituzione.

In seguito alle diverse interpretazioni proposte dai Tribunali italiani ed, in particolare, al contrasto sorto in seno alla sezione lavoro della Corte di Appello e del Tribunale di Milano, l'intervento della Corte Costituzionale potrà finalmente porre fine alla *quaestio iuris* sottesa dal giudizio di opposizione.

Numerose sono ad oggi le questioni che "potenzialmente" sono, quindi, "oggetto di legittimità costituzionale" e in alcuni tribunali (tra cui lo stesso Tribunale di Milano) il giudice che si trova nella posizione di eventuale incompatibilità sta provvedendo alla sospensione ex art. 295 c.p.c. in attesa della pronuncia della Corte Costituzionale.

Non ci resta, quindi, che attendere l'esito della Corte....ai posteri l'ardua sentenza....!!!!

La Nuova Procedura