

Nell'impugnazione del licenziamento secondo il rito Fornero si antepone l'esigenza di celerità al principio di terzietà.

DECIDE LO STESSO GIUDICE O IL MEDESIMO TRIBUNALE?

Lo stesso giudice che con ordinanza si è pronunciato nel rito Fornero, secondo un discutibile orientamento ancora prevalente, a seguito di opposizione secondo il rito del lavoro, deve decidere anche questa fase con sentenza.

*di Antonio BELSITO**

Sommario: 1. Non mi hanno convinto! 2. Gli orientamenti contrapposti. 3. La giurisprudenza di merito e le nuove interpretazioni 4. La decisione della Corte costituzionale. 5. Conclusioni.

1. Non mi hanno convinto!

Tra i tanti problemi processuali insorti con il rito cd. "Fornero" vi è tra i più delicati quello che riguarda la decisione della doppia fase del giudizio di primo grado¹ che

* Avvocato giuslavorista, Direttore del Centro Studi Diritto dei Lavori.

¹ Il procedimento *ex lege* Fornero - consta nel primo grado - di due differenti fasi: la prima nella quale il Giudice decide dopo sommaria cognizione dei fatti con ordinanza immediatamente esecutiva avverso la quale è possibile proporre opposizione, dinnanzi allo stesso Tribunale che ha emesso ordinanza, nel termine di 30 giorni dalla comunicazione della stessa mediante ricorso ex art. 414 c.p.c. per instaurare un vero e proprio giudizio ordinario che seguirà le regole dell'ordinario processo del lavoro, compreso il

viene oggi affidata ad un unico giudice, con-

regime delle decadenze e l'obbligo di richiedere, nell'atto introduttivo, i mezzi istruttori ritenuti indispensabili.

La prima fase ha scopo meramente "acceleratorio"; la seconda meramente eventuale, ma a cognizione piena.

Volendo sintetizzare l'articolazione del primo grado con le parole utilizzate in una recente sentenza a Sezioni Unite n. 19674 del 18 settembre 2014: «*Il giudizio di primo grado ex lege Fornero si articola in due fasi: una fase a cognizione semplificata (o sommaria) e una, definita di opposizione, a cognizione piena nello stesso grado. La prima fase è caratterizzata dalla mancanza di formalità: non c'è - rispetto al rito ordinario (quello delle controversie di lavoro) - il rigido meccanismo delle decadenze e delle preclusioni di cui agli artt. 414 e 416 cod. proc. civ.; l'istruttoria, essendo limitata agli "atti di istruzione indispensabili", è semplificata o*

travvenendo ai principi più elementari del nostro ordinamento da sempre garantista e formulato perseguendo gli obiettivi della giustizia, del giusto processo e della terzietà del giudice.

Sorge subito spontanea la domanda se non contravvenga alle regole contenute nel codice di procedura civile il giudice che, pur chiamato a giudicare per due volte la medesima controversia in due distinte fasi, scelga di non astenersi dal giudizio, esprimendosi così per ben due volte sullo stesso fatto.

Per un verso vi è la disposizione contenuta nell'art. 51 n. 4 del codice di procedura civile che impone al giudice di astenersi "se ha dato consiglio o prestato patrocinio nella causa, o ha deposto in essa come testimone, oppure ne ha conosciuto come magistrato in altro grado del processo o come arbitro o vi ha prestato assistenza come consulente tecnico", per altro verso invece c'è la dibattuta norma di cui al comma 51 dell'art. 1 della l. 92/2012²

sommatoria quale quella così qualificata nel procedimento di cui agli artt. 702 bis ss. cod. proc. civ. La seconda fase è invece introdotta con un atto di opposizione proposto con ricorso contenente i requisiti di cui all'art. 414 cod. proc. civ., opposizione che non è una revisio prioris instantiae ma una prosecuzione del giudizio di primo grado, ricondotto in linea di massima al modello ordinario, con cognizione piena a mezzo di tutti gli "atti di istruzione ammissibili e rilevanti". (...) Quindi dopo una fase iniziale concentrata e deformalizzata - mirata a riconoscere, sussistendone i presupposti, al lavoratore ricorrente una tutela rapida ed immediata e ad assegnargli un vantaggio processuale (da parte ricorrente a parte eventualmente opposta), ove il fondamento della sua domanda risulti prima facie sussistere alla luce dei soli "atti di istruzione indispensabili" - il procedimento si riepande, nella fase dell'opposizione, alla dimensione ordinaria della cognizione piena con accesso per le parti a tutti gli "atti di istruzione ammissibili e rilevanti".

² "Contro l'ordinanza di accoglimento o di rigetto di cui al comma 49 può essere proposta opposizione con ricorso contenente i requisiti di cui all'articolo 414 del codice di procedura civile, da depositare innanzi al tribunale che ha emesso il provvedimento opposto, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla notificazione dello stesso, o dalla comunicazione se anteriore. Con il ricorso non possono essere proposte domande diverse da quelle di cui al comma 47 del presente articolo, salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi o siano svolte nei confronti di soggetti rispetto ai quali la causa è comune o dai quali si intende essere garantiti. Il giudice fissa con decreto l'udienza di di-

secondo la quale "Contro l'ordinanza di accoglimento o di rigetto di cui al comma 49 può essere proposta opposizione con ricorso contenente i requisiti di cui all'articolo 414 del codice di procedura civile, da depositare innanzi al tribunale che ha emesso il provvedimento opposto, a pena di decadenza, entro trenta giorni (...)".

Attualmente il testo della l. 92/2012 (legge Fornero) viene letto - e a parere dello scrivente male interpretato - come devoluzione della seconda fase della controversia non semplicemente allo stesso Tribunale di primo grado così come riportato, ma allo stesso giudice inteso come persona fisica e non come stesso ufficio giudiziario.

È chiaro che i nodi problematici legati alla questione sono di duplice natura e ciascuna scelta interpretativa determina risvolti pratici che modificano prepotentemente la fase decisoria.

Va precipuamente stabilito se la seconda fase del procedimento ex lege Fornero possa essere qualificata come impugnazione o meglio se possa parlarsi di "altro grado" di giudizio poiché in tal caso scatterebbe l'applicazione obbligatoria della previsione ex art. 51 n. 4 c.p.c. e la necessaria astensione dell'organo giudicante, con eventuale conseguente possibilità della ricsuzione nei casi di mancata astensione.

Qualora, al contrario, la seconda fase del rito ex l. 92/2012 debba essere letta come appendice, o fase dipendente e non autonoma dalla precedente, non essendoci alcun "altro grado" di giudizio, il giudice chiamato a decidere la seconda fase potrà essere lo stesso della prima fase.

In secondo luogo occorrerà comprendere se l'interpretazione normativa attuale (stesso giudice che decide in entrambe le fasi del primo grado) non sia contraria alle regole costituzionali e se e perché, al caso di specie, non siano applicabili per analogia i principi enunciati nella decisione della Corte costituzionale del 1999 sul procedimento

scussione non oltre i successivi sessanta giorni, assegnando all'opposto termine per costituirsi fino a dieci giorni prima dell'udienza".

ex art. 28 l. 300/1970, anch'esso articolato nel primo grado in due differenti fasi.

In ogni modo sarà opportuno comprendere la motivazione per la quale si consente allo stesso giudice di decidere due differenti fasi, ovvero di esprimersi sulla medesima questione per ben due volte.

La disorsione del procedimento ex l. 92/2012, così come oggi posto in essere, sta invero proprio nel sistema che - nell'indifferenza generale di tutti - ritiene regolare la devoluzione della fase di opposizione all'ordinanza allo stesso giudice, il quale ovviamente decide, nella stragrande maggioranza dei casi, in conformità al *decisum* della prima fase.

La scelta interpretativa oggi maggiormente seguita inevitabilmente comporta inutile duplicazione di decisioni e una spiccata preferenza dei principi di economia processuale e celerità del giudizio rispetto a quelli del giusto processo, terzietà e imparzialità dell'organo giudicante che dovrebbero invece essere prevalenti e predominanti sui precedenti come la Corte costituzionale ha sottolineato nel 1999.

Tuttavia le organizzazioni addotte dai sostenitori dell'orientamento maggioritario non sono affatto convincenti.

2. Gli orientamenti contrapposti

Così come appena specificato, oggi l'orientamento seguito dalla gran parte dei Tribunali è quello di affidare la decisione del ricorso in opposizione all'ordinanza di primo grado allo **stesso giudice** quale persona fisica che ha già conosciuto la causa (e non semplicemente allo stesso Tribunale, ma ad altro giudice!). Cioè uno stesso organo giudicante, sulla scorta delle prove prodotte dalle parti e, comunque, dopo aver istruito la causa di fatto "a proprio piacimento" la decide con ordinanza e, successivamente, nel caso di opposizione alla stessa, potrà nuovamente decidere, sempre la stessa causa, istruita nel merito soltanto formalmente secondo il rito del lavoro (che non ha nulla a che vedere con quel *pastrocchio* normativo chiamato rito Fornero).

A sostegno di questa strana interpreta-

zione della norma e del *laissez faire* imperante nei tribunali di primo grado si può immaginare la necessità di garantire l'economia processuale, la ragionevole durata del processo, la riduzione dei tempi, nella probabile convinzione che l'affidamento della causa allo stesso giudice che si è occupato della prima fase possa consentire un ingente risparmio di tempo.

La previsione di tale rito speciale, così come articolato, si potrebbe leggere nell'ottica del risparmio delle energie processuali e della accelerazione della definizione delle controversie sui licenziamenti, alla luce della imperante crisi di funzionalità del processo del lavoro che si è tradotta in allungamento eccessivo dei tempi per la definizione delle controversie (cfr. parere del CSM del 17 maggio 2012)³.

Tutto ciò ha reso naturale un qualcosa che nasconde profili di incostituzionalità poiché mette a repentaglio almeno la maggior parte dei principi enunciati nella norma sul giusto processo (art. 111 Cost.) e quelli comunitari o, comunque, sovranazionali contenuti negli artt. 6⁴ e 13⁵ della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e 47⁶ della Carta dei diritti fondamentali

³ Parere, ai sensi dell'art. 10 della legge 24 marzo 1958, n. 195, il testo del disegno di legge, approvato dal Consiglio dei Ministri nella riunione del 23 marzo 2012, concernente: "Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita." (Delibera consiliare del 17 maggio 2012): "La crescita esponenziale della domanda di giustizia nel settore, restando invariata la dotazione di risorse materiali, ha determinato una crisi di funzionalità anche di detto processo, che si è tradotta inevitabilmente in un allungamento dei tempi processuali".

⁴ "Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti (...)"

⁵ "Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali".

⁶ "Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni

dell'Unione.

Tra l'altro ci si deve domandare come possano conciliarsi tali aspetti con quanto previsto in passato (*si consideri ad esempio il procedimento ex art. 28 l. 300/1970*) e, altresì, con il dettato di cui all'art. 51 n. 4 c.p.c. che impone al giudice di astenersi dal decidere qualora abbia trattato la causa come magistrato **in altro grado del processo**.

Secondo l'orientamento sinora prevalente, ritenuto quello più autorevole (almeno per i magistrati), non vi sarebbe alcuna incompatibilità delle regole del rito ex l. 92/2012 con l'assunto di cui all'art. 51 n. 4 c.p.c., poichè non è ravvisabile alcun doppio grado di giudizio, ma al contrario una doppia fase o un doppio step dello stesso grado.

In molti, infatti, rifacendosi alla struttura del procedimento *ex lege* 92/2012, sottolineano come la prima fase del procedimento risulti svincolata da esigenze cautelari e caratterizzata da tempi ristretti, da una trattazione deformalizzata, da un'istruttoria sommaria finalizzata a pervenire, nel più breve tempo possibile, ad una decisione sulla legittimità del licenziamento, cui segue una seconda fase di opposizione che non coincide con la prima, ovvero che non può essere considerata né autonoma dalla prima né tantomeno una vera e propria fase di impugnazione in senso stretto, atteso che, a chi accede alla seconda fase, è consentito introdurre domande nuove - ancorchè fondate sugli identici fatti costitutivi - estendere il contraddittorio a terzi, valersi del regime delle preclusioni e delle decadenze.

È chiaro che il solo fatto di concedere la possibilità di proposizione di altra domanda o domande nuove nella seconda fase signifi-

fica, implicitamente, che tale seconda fase non possa qualificarsi come regolare fase di impugnazione né possa parlarsi di altro grado, essendo nelle impugnazioni assolutamente preclusa la possibilità di proporre altre domande o domande nuove.

Qualora si dovesse parlare di "altro grado" per tale procedimento, paradossalmente, avremmo ben 4 gradi di giudizio!

Secondo tale orientamento, si potrebbe parlare di due parti di un medesimo grado non autonome, ma inscindibilmente collegate tra loro, l'una di ausilio e completamento dell'altra.

Ciò spiegherebbe l'inapplicabilità dell'art. 51 c.p.c. e la non astensione della maggior parte dei giudici che oggi giudicano tranquillamente la doppia fase.

A sostegno di quanto esposto vi è inoltre, la circostanza che solo dopo una prima pronuncia fondata su del materiale probatorio non definitivo allegato alla prima fase si potrà accedere alla seconda fase che è quella dove la causa di licenziamento si incardina davvero e nella quale troveranno spazio le regole tipiche del processo del lavoro.

La tesi appena esposta è foriera di molti dubbi e perplessità e non si rivela particolarmente coerente con le regole processuali e procedurali disciplinanti altri istituti (si veda ad esempio il procedimento ex art. 28 l. 300/1970 o ex art. 700 c.p.c..) né con taluni principi cardine del nostro ordinamento giuridico, non in discussione.

Il rito Fornero - così come oggi interpretato ed attuato - risulta incurante dei principi cardine del nostro codice di procedura civile quali quello dell'imparzialità del giudicato, dell'indipendenza del giudizio, dell'equità dello stesso, della terzietà del giudice, della libertà del giudizio privo di condizionamenti di sorta, della decisione ponderata il più possibile obiettiva ed attenta e disattende le regole racchiuse nella Carta costituzionale (art. 111 Cost) e alcune di quelle sovranazionali (art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione).

Una cosa è consentire al Giudice di pro-

previste nel presente articolo. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, preconstituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. 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".

nunziarsi sulla revocazione (ex artt. 395 e 398 c.p.c.) o sull'opposizione di terzo (ex artt. 404 e 405 c.p.c.) ovvero sull'opposizione all'esecuzione (ex art. 615 c.p.c.) ed occuparsi dell'opposizione al decreto ingiuntivo concesso dallo stesso magistrato *inaudita altera parte*, altra cosa è chiedergli di verificare se la propria ordinanza - pronunciata in contraddittorio tra le parti e secondo un rito che stabilisce che il Giudice istruisce e decide la causa nel modo che ritiene più opportuno - sia revocabile o modificabile in base ad un ulteriore approfondimento.

In realtà, come volevasi dimostrare, tutte le sentenze sinora pubblicate inerenti opposizioni a ordinanze del rito ex l. 92/2012 hanno trovato la conferma di tali provvedimenti.

Del resto, quale giudice modificherebbe di buon grado un proprio provvedimento emesso poco tempo prima? A quale giudice piacerebbe ammettere pubblicamente di aver errato nel giudicare nel "*primo step*" la causa o di essere stato troppo frettoloso nell'emettere la propria decisione?

È pressochè impossibile pretendere che il Giudice - che ha istruito la causa "*nel modo che ritiene opportuno*" - riveda la propria decisione, soprattutto se la stessa abbia già prodotto i primi effetti dannosi per la parte soccombente.

È vero che, come qualche addetto ai lavori ha sottolineato, l'unica cosa valida del rito ex l. 92/2012 è stata quella di imporre una certa celerità, rendendo così inutile il ricorso al procedimento cautelare ex art. 700 c.p.c. (strumento sino ad allora utilizzato con "*forzatura*" per le impugnazioni del licenziamento) che peraltro prevede la necessità di accertare la sussistenza del *periculum in mora*; ma ciò non è affatto sufficiente ed idoneo a giustificare le seppur autorevoli e valide argomentazioni che mal si conciliano con la realtà.

Capisco le ragioni dell'economia processuale e di voler dare l'impressione di ridurre i tempi tecnici dei processi eccessivamente lunghi per colpa di un sistema burocratico vecchio come la forma *mentis* di tanti addetti ai lavori, ma forse con questa interpretazione delle regole enunciate nella

legge Fornero si è esagerato poiché sono stati posti sull'altare sacrificale gli importanti imprescindibili principi della terzietà e imparzialità del giudice, della libertà del giudizio, della decisione indipendente ed obiettiva e senza condizionamenti emotivi o esterni, ponderata e meticolosa, della necessità che i fatti e le prove siano analizzate da persone differenti.

Nella pratica succede spesso che nell'immediatezza dell'udienza ex l. 92/2012 la parte convenuta possa non essere in grado di fornire tempestivamente le adeguate difese e può, altresì, accadere che il Giudice stabilisca che il non aver chiesto in comparso un mezzo di prova orale faccia risultare tardiva l'istanza formulata in udienza.

Orbene vi è purtroppo fondata ragione di ritenere che l'atteggiamento di quel giudice nei confronti dell'opposizione avverso la propria ordinanza, formulata con ricorso ex art. 414 c.p.c. (secondo il rito del lavoro) sia differente rispetto a quello di un giudice estraneo che legge gli atti per la prima volta.

Verosimilmente il giudice che ha pronunciato l'ordinanza leggerà l'atto e già la sua prima lettura sarà tesa a cogliere le falle dell'opponente, ad individuare i punti deboli della stessa, stabilendo sin da subito come poter confutare tali argomentazioni e meglio confermare il contenuto della propria ordinanza nella motivazione della sentenza.

Eppure (per la verità soltanto dopo tante lotte a furor di popolo!) la Corte costituzionale era intervenuta con una sentenza⁷ chiara e puntuale per statuire, sostanzialmente, che nei giudizi come il cautelare ex art. 700 c.p.c. *ante causam* ed il procedimento ex art. 28 l. 300/1970, le fasi di merito e di opposizione dovevano essere esaminate da giudici diversi.

L'orientamento che vorrebbe l'attribuzione del giudizio ad un doppio giudice ritenendo assurdo, anche in virtù dell'eco-

⁷ C. cost., 11-15/10/1999 n. 387 (Pres. Vassalli, Red. Chieppa).

nomia processuale, che una causa possa essere decisa due volte dallo stesso giudicante, si fonda anche sulle motivazioni addotte dalla Corte costituzionale che, chiamata a pronunciarsi sulla procedura ex art. 28 l. 300/1970, nel lontano 1999, espresse il proprio disappunto nei confronti di una qualsiasi norma che permettesse al giudice di ripercorrere l'identico itinerario logico già precedentemente seguito.

La Consulta, nella nota sentenza del 1999, esaminando il procedimento ex art. 28 l. 300/1970 ed anche quello cautelare - quanto alla divisione del primo grado in due differenti step assimilabili al rito Fornero - sottolineava che l'obbligo di astensione di cui all'art. 51 n. 4 c.p.c. dovesse necessariamente estendersi anche a quel giudice che dopo aver presenziato la fase sommaria, fosse stato chiamato a decidere la fase dell'opposizione dello stesso processo.

Nella decisione della Corte costituzionale si legge: «*Nel processo civile la previsione contenuta nell'art. 51, numero 4, cod. proc. civ., secondo il quale il giudice ha l'obbligo di astenersi "se ha conosciuto (della causa) come magistrato in altro grado del processo" trova fondamento nella "esigenza stessa di garanzia che sta alla base del concetto di revisio prioris instantiae", che postula l'alterità del giudice dell'impugnazione, il quale si trova - per via del carattere del mezzo di gravame - a dover ripercorrere l'itinerario logico che è stato già seguito onde pervenire al provvedimento impugnato (ordinanza n. 359 del 1998; sentenza n. 326 del 1997)*».

In quella sede la Corte si dilungava anche spiegando cosa si dovesse intendere per altro grado del processo: «*la espressione "altro grado" non può avere un ambito ristretto al solo diverso grado del processo, secondo l'ordine degli uffici giudiziari, come previsto dall'ordinamento giudiziario, ma deve ricomprendere - con una interpretazione conforme a Costituzione - anche la fase che, in un processo civile, si succede con carattere di autonomia, avente contenuto impugnatorio, caratterizzata (per la peculiarità del giudizio di opposizione di cui si discute) da pronuncia che attiene al*

medesimo oggetto e alle stesse valutazioni decisive sul merito dell'azione proposta nella prima fase, ancorché avanti allo stesso organo giudiziario».

Il fatto stesso che nella fase di opposizione all'ordinanza secondo il rito Fornero le parti domandano la rivisitazione di quegli stessi fatti ed un approfondimento o una diversa valutazione delle prove prodotte nella precedente fase o un riesame delle stesse questioni già oggetto di analisi e rappresentate nella fase sommaria implica che, con il ricorso, si introduce una fase avente contenuto impugnatorio seppur possono proporsi eventualmente nuove prove.

Ovviamente la seconda fase ha il medesimo oggetto della prima ed, effettivamente, riveste carattere di autonomia.

Basterebbe leggere il dettato normativo contenuto nell'art. 1, comma 51, l. 92/2012 per rendersi conto che si parla effettivamente di fase con inequivoco valore di impugnazione: «*Contro l'ordinanza di accoglimento o di rigetto di cui al comma 49 può essere proposta opposizione*».

Tra l'altro il comportamento delle parti che - costrette nel regime di decadenze e preclusioni - circoscrivono nel ricorso ex art. 414 c.p.c. il *devolutum* riproponendo come *thema decidendum* quello contenuto nell'ordinanza della prima fase è l'atteggiamento tipico che si adotta nei regolari gradi di impugnazione⁸ e tenuto da chi accede alla fase di impugnazione o gravame o quantomeno ad una fase che riveste il valore di **impugnazione**.

Nell'espressione «**altro grado**» quindi dovrebbe farsi rientrare anche la fase di opposizione *ex lege* Fornero che è fase svincolata dalla precedente, diversa, tanto da essere facoltativa, fase avente contenuto impugnatorio e che si succede con carattere di **autonomia ed indipendenza** alla precedente!

Logico corollario di quanto appena affermato è che la decisione di ogni fase debba essere affidata **ad un diverso giudice**.

⁸ Cfr. Corte d'Appello di Genova del 12/03/2014.

3. La giurisprudenza di merito e le nuove interpretazioni

Le due tesi esposte pur partendo da presupposti diversi (la seconda fase è fase dipendente dalla precedente o fase autonoma) ed arrivando a soluzioni opposte (nel primo caso portano alla liceità di giudizio delle due fasi dinnanzi allo stesso giudice e nessun obbligo di astensione e nessuna ricasazione, nel secondo caso portano alla necessità di un giudice diverso con possibilità di astensione e ricasazione) pur muovendosi privilegiando taluni principi rispetto ad altri (economia processuale nel primo caso, terzietà e imparzialità del giudicato, nel secondo caso), si ritrovano nelle diverse sentenze dei Tribunali di merito che spesso affermano tutto ed il contrario di tutto.

Il Tribunale di Reggio Calabria con la sentenza del 15/06/2014 ha sostenuto che il giudizio di opposizione avrebbe **natura impugnatoria**⁹ ragion per cui si tratterebbe di fase autonoma e, quindi, giudicabile da giudici differenti.

In senso difforme si sono invece pronunciati i Tribunali di Palermo (ord. 28 gennaio 2013), di Bergamo, (ord. 25 marzo 2013) e di Piacenza (ord. 12 novembre 2012), che hanno ritenuto non ricorrere l'ipotesi di cui all'art. 51 n. 4 c.p.c. (astensione del giudice).

Sussistendo contrasto nei giudicati, il Tribunale di Milano¹⁰, con ordinanza del 27/01/2014, ha rimesso la questione alla Corte costituzionale rilevando come: «la

particolare struttura procedimentale, introdotta dalla l. 92/12, pur mirando a costituire un procedimento scandito da due fasi - di cui una urgente e sommaria e l'altra di piena cognizione - pur non istituendo, in senso tecnico, un "grado" di giudizio, mette mano, di fatto, a una volta processuale in cui la seconda delle fasi può assumere valore impugnatorio con contenuto sostanziale di *revisio prioris instantiae*» e che, pertanto: «la dinamica procedimentale così confezionata sembra comportare, in primis, violazione dell'art. 3, primo comma, della Costituzione, per la irragionevole diversità di disciplina rispetto all'ipotesi, sostanzialmente simile, prevista dall'art. 669-terdecies, secondo comma, cod. proc. civ., che ha introdotto un caso di incompatibilità del giudice in una ipotesi abbastanza analoga, per essere adottata quale *tertium comparationis* (...) nonché «la violazione degli artt. 24 e 111 della Costituzione, per la lesione del diritto alla tutela giurisdizionale, sotto il profilo di esclusione della imparzialità del giudice».

Sempre nello stesso senso e nella medesima direzione con una decisione recentissima la Suprema Corte di Cassazione (sentenza n. 10133 del 9 maggio 2014) statuisce che l'opposizione all'ordinanza nel rito Fornero va proposta **"innanzi allo stesso giudice"**.¹¹

Secondo il Tribunale di Milano (che si rifà agli orientamenti dei Tribunali di Bergamo, Palermo e Piacenza) la presenza e la costante cognizione nello stesso grado di giudizio dello stesso giudice è garanzia della giurisdizione e della ragionevole durata del processo. Sarebbe assurdo, secondo la predetta sentenza, parlare di un giudice parziale

⁹ Secondo il Tribunale di Reggio Calabria la parte non può avanzare domande ed eccezioni non proposte in sede di cognizione sommaria.

¹⁰ Trib. Milano, Sez. IX, ordinanza 15-27/01/2014 (Pres. rel. est. Manfredini, est. Buffone, Cosmai): «È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli art. 51, comma 1, n. 4 c.p.c. e 1, comma 51, legge 28 giugno 2012 n. 92 (disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita), 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 1, l. 92/12 che abbia pronunciato l'ordinanza ex art. 1, comma 49, l. 92/2012, in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione».

¹¹ Tribunale di Milano sez. I ordinanza del 19 giugno 2013. Il predetto assunto trova corrispondenza in importanti precedenti: «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 pregiudicare l'esito, né determina un obbligo di astensione o una facoltà della parte di chiedere la ricasazione (Cass. n. 422/2006; v. anche, SS.UU. Cass. n. 1783/2011, Cass. n. 18047/2008).

solo perché ha emesso un provvedimento non meramente ordinario o a cognizione sommaria. Una tale opzione, portata a casi estremi, comporterebbe la necessità - *"in considerazione della serie di provvedimenti di natura decisoria e anticipatoria che è chiamato ad adottare il giudice del lavoro e, più in generale, il giudice civile (dalla concessione della provvisoria esecuzione, all'adozione di provvedimenti di urgenza e cautelari ante causam o in corso di causa, alla definizione della rilevanza e ammissibilità dei mezzi istruttori, all'emissione dei provvedimenti ex artt. 186 bis e segg. ecc."* - di un continuo passaggio da giudice a giudice per l'adozione di qualsiasi provvedimento con conseguente impossibilità gestionale dei ruoli, dell'ufficio e dell'effettivo esercizio della giurisdizione.

Non esisterebbe alcuna possibilità di analogia rispetto al procedimento ex art. 28 l. 300/1970 perché l'opposizione in quel caso è una vera e propria impugnazione con contenuto sostanziale di *revisio prioris Instantiae* che implica la necessaria alterità del giudice dell'impugnazione¹² (cfr: Corte costituzionale, sentenza n. 460/2005).

Nel caso del rito Fornero invece la fase oppositiva eventuale e successiva a quella nella quale il giudice *"procede agli atti di istruzione indispensabili"* determinando l'instaurazione di un giudizio ordinario di cognizione in materia di lavoro, non può strutturarsi come impugnazione (Tribunale di Milano).¹³

¹² Orientamento espresso dalla Corte costituzionale anche in sentenza n. 460/2005, sempre in tema di fase processuale avente un contenuto tipicamente impugnatorio, quale il reclamo avverso sentenza dichiarativa di fallimento.

¹³ *"La disposizione è inequivoca in tal senso "... può essere proposta opposizione con ricorso contenente i requisiti di cui all'art. 414 c.p.c." (comma 51) introducendosi, quindi, una cognizione più ampia e piena, che può abbracciare domande nuove, sia pur fondate sui medesimi fatti costitutivi, ovvero domande nei confronti di eventuali litisconsorti o garanti ovvero la proposizione di domande riconvenzionali, con istruttoria non vincolata alle acquisizioni della prima fase sommaria. Pertanto è da escludersi la natura impugnatoria del giudizio di opposizione, tale da individuare la cognizione da parte di un giudice necessariamente diverso. Il rapporto tra le due fasi è quella tipica e ricorrente di un*

A sostegno della tesi secondo cui nel rito Fornero la seconda fase non sarebbe da intendersi come *revisio prioris instantiae*, vi sarebbe la parte motiva della decisione della Cassazione a sezioni unite n. 19674 del 18 settembre 2014 nella quale si legge: *"la seconda fase è invece introdotta con un atto di opposizione proposto con ricorso contenente i requisiti di cui all'art. 414 cod. proc. civ., opposizione che non è una revisio prioris instantiae ma una prosecuzione del giudizio di primo grado, ricondotto in linea di massima al modello ordinario, con cognizione piena a mezzo di tutti gli «atti di istruzione ammissibili e rilevanti»"*.

Vanno ricordate altresì, (anche se precedenti), le decisioni in senso diametralmente opposto sia dello stesso Tribunale di Milano¹⁴ che appare non univocamente orientato sia delle Corti di Appello che nel riconoscere l'obbligo del giudice di astenersi qualora investito dell'onere di decidere due volte la stessa controversia di fatto non fanno che confermare l'orientamento del 1999 espresso dalla Consulta e comunque quello minoritario di alcuni Tribunali, della indipendenza delle due fasi di giudizio e del valore impugnatorio della seconda fase.

Nella decisione della Corte di Appello di Genova del 12/03/2014¹⁵ che ha dichiarato

momento a cognizione meramente sommaria - introdotta dal legislatore per scopo acceleratorio - con una fase successiva e eventuale a cognizione piena, secondo le caratteristiche, con riguardo ai diversi profili soggettivi, oggettivi e procedurali, sovra evidenziate".

¹⁴ Sentenza dell'11 luglio 2013 emessa dalla sezione specializzata in materia di impresa.

¹⁵ *"Ritiene la Corte che l'esame di detto motivo debba prendere l'avvio da tre enunciati che rappresentano chiavi di volta dell'intero nostro ordinamento, per come disegnato dalla Carta Costituzionale e più volte ribaditi dal giudice delle leggi. Il primo, secondo il quale il principio di imparzialità-terzietà della giurisdizione ha pieno valore costituzionale con riferimento a qualunque tipo di processo, pur se suscettibile di attuazione diversa in ragione delle peculiarità proprie di ciascun procedimento.*

Il secondo, per il quale "nel processo civile la previsione contenuta nell'art. 51 n. 4 c.p.c., secondo il quale il giudice ha l'obbligo di astenersi "se ha conosciuto della causa come magistrato in altro grado del processo" trova fondamento nella esigenza stessa alla garanzia che sta alla base del concetto di revisio prioris instantiae che postula l'alterità

la nullità del giudizio di merito ex art. 414 c.p.c. in opposizione a ordinanza Fornero si legge che i richiami operati dalla parte reclamante ed i principi enunciati dalla Corte costituzionale n. 387/1999 sono pertinenti “... non solo per la rilevata affinità del procedimento ex art. 28, L. n. 300/1970 ivi esaminato e del presente, ma anche perché la pronuncia de qua, come le altre, anteriori e successive, che si sono richiamate, hanno esplicitato quello che è un principio cardine del nostro ordinamento - desumibile dall’art 51 comma 4 c.p.c., letto alla luce dei principi della nostra Carta Costituzionale - ossia che, anche nel processo civile, e pur nell’ambito del medesimo grado, non è consentito al medesimo giudice di conoscere di entrambe le fasi laddove, per l’identità di res iudicanda o perché si verta in fattispecie di revisio prioris instantiae, egli possa subire la “forza della prevenzione”, scaturente dal suo stesso precedente (cfr., altresì, Corte cost. sent. n. 326 del 1997; ordd. n. 356 del 1998, n. 220 del 2000, n. 618 del 2002).

Né si può, sotto altro profilo, sostenere che il dictum della sentenza n. 387/1999 non si attagli perfettamente alla presente fattispecie per essere venuto ad incidere su un istituto processuale che già nel suo testo originario prevedeva la devoluzione al tribunale del giudizio di opposizione avverso la decisione del pretore, sicché la Corte si sarebbe perciò limitata a ricostruire la volontà del legislatore a seguito della modifi-

del giudice dell’impugnazione il quale si trova - per via del carattere del mezzo di gravame - a dover ripercorrere l’itinerario logico che è stato già seguito onde pervenire al provvedimento impugnato”.

Il terzo, secondo il quale la regola dell’alterità del giudice non può soffrire interpretazioni restrittive per il solo fatto che nel codice di procedura del 1942 si faccia, a tal fine, riferimento a magistrato in altro grado del processo, dovendosi intendere detta locuzione, alla luce dei principi che si ricavano dalla Costituzione, come espressione necessaria del diritto ad una tutela giurisdizionale mediante azione, ex art. 24 Cost., avanti ad un giudice con le garanzie proprie della giurisdizione, cioè con la connaturata imparzialità, senza la quale non avrebbe significato né la soggezione dei giudici solo alla legge né la stessa autonomia ed indipendenza della magistratura”.

ca apportata dal terzo comma dell’art. 31, L. n. 847/1977”¹⁶.

Paradossalmente anche la Corte di Appello di Milano (sent. 643/2013) si è orientata nella stessa direzione con la sentenza n. 1577/2013 con cui ha dichiarato la nullità della decisione emessa dal Tribunale del Lavoro di Milano resa nel giudizio di opposizione dal medesimo Magistrato che si era già pronunciato nel giudizio di rito sommario in violazione da quanto disposto dall’art. 51 n. 4 c.p.c....

Secondo la Corte d’Appello l’oggetto delle due fasi è il medesimo ed il giudizio di opposizione costituisce un grado di giudizio autonomo rispetto alla fase precedente di natura sommaria con la conseguenza che è necessario affidare le due fasi a giudici diversi.

La Corte ritenendo fondata l’eccezione di nullità della sentenza di primo grado sollevata dalla reclamante evidenzia che in effetti avendo la stessa parte fatto rilevare in primo grado l’obbligo di astensione da parte del giudice ben poteva in questo nuovo grado insistere su tale eccezione.¹⁷

¹⁶ “Non è infatti un caso che nella successiva sentenza n. 460/2005 la Corte Costituzionale - ancora una volta con pronuncia interpretativa di rigetto circa la legittimità dell’art. 51, comma 1, n. 4 c.p.c. (nella parte in cui non prevedeva l’obbligo di astensione dal partecipare al giudizio di cui all’art. 18, R.D. n. 267/1942 per il magistrato che avesse fatto parte del collegio che aveva deliberato la sentenza dichiarativa di fallimento) - abbia ribadito essere stato sostanzialmente inconferente, nell’economia della sua decisione n. 387/1999, la circostanza che originariamente l’opposizione avverso il decreto emesso dal pretore per la repressione della condotta antisindacale fosse proponibile davanti al Tribunale”.

¹⁷ Si legge in sentenza: “Come sopra accennato, la disciplina di cui agli art 51 co. 1 n 4 c.p.c. si fonda su un imprescindibile principio di imparzialità, finalizzato ad “imporre l’astensione obbligatoria a tutela dell’obiettività ed imparzialità della decisione in sede di impugnazione o controllo del primo decisum nella presunzione che la partecipazione deliberante alla sua adozione, in ragione del «pre-giudizio» scaturito da essa, possa rendere meno libero il giudicante di decidere in fase di impugnazione sugli errori commessi e, comunque, lo faccia apparire meno libero alle parti che quegli errori hanno denunciato (v. Cass., Sez. Un., 26 gennaio 2011, n. 1783). Pertanto, la funzione non cautelare del provvedimento emesso dal Tribunale del lavoro all’esito della prima fase del procedimento di cui all’art. 1

4. La decisione della Corte costituzionale

Purtroppo l'ormai annosa *querelle* sulla decisione della seconda fase del giudizio non sembra possa trovare facile soluzione.

Il Tribunale di Siena con sentenza del 16 agosto 2013 sulle orme di quanto aveva già fatto il Tribunale di Milano rimetteva gli atti alla Corte costituzionale che con ordinanza n. 205 del 9-16 luglio 2014 nel riconoscere la difficoltà interpretativa e i dubbi che le norme codicistiche pongono, come Ponzio Pilato se ne lava le mani dichiarando la manifesta inammissibilità della questione costituzionale: *"... la questione in esame è, comunque, manifestamente inammissibile per il motivo, assorbente, che essa si risolve nell'improprio tentativo di ottenere da questa Corte, con uso distorto dell'incidente di costituzionalità, l'avallo dell'interpretazione proposta dal rimettente in ordine ad un contesto normativo che egli pur riconosce suscettibile di duplice lettura"*.¹⁸

Nessuna decisione da parte della Consulta, ma solo un lapidario commento e il misero riconoscimento di un contesto normativo purtroppo suscettibile di duplice lettura. Sembra che la questione rimanga aperta, ancora una volta.

comma 48 L. 28 giugno 2012, n. 92 e la natura decisoria della relativa ordinanza implicano, in applicazione dei citati principi, il rilevante effetto di rendere il giudice che ha pronunciato l'ordinanza sommaria incompatibile con quello investito dell'eventuale opposizione in conformità a quanto affermato dalla Corte Costituzionale con le sentenze nn. 387 del 1989 e 460 del 2005 citate".

¹⁸ "P.Q.M. la Corte Costituzionale dichiara la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 51, della legge 28 giugno 2012, n. 92 (Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita) e dell'art. 51, primo comma, numero 4), del codice di procedura civile, sollevata, in riferimento agli artt. 3, primo e secondo comma, 24, primo e secondo comma, 25, primo comma, 97 e 111, primo comma, della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Siena – sezione lavoro, con l'ordinanza in epigrafe".

5. Conclusioni

Questo rito per l'impugnazione del licenziamento, seppur celere, così equivoco e poco coerente con i principi processuali, nazionali e di cui neppure la Corte costituzionale vuole preoccuparsi non può renderci soddisfatti.

A quanto pare allo stato attuale basterebbe eccipire sin nella prima comparsa l'illegittimità di una doppia decisione da parte del medesimo giudice per poi, tentare di ottenere un risultato positivo in appello, ancora una volta a discapito dell'effettivo accertamento della verità processuale.

La realtà è che la storia delle due fasi da intendersi inscindibilmente collegate tra loro come fossero un unico corpo non convince più di tanto, soprattutto se utilizzata quale "scusa" per legittimare l'attribuzione della decisione della doppia fase di giudizio ad un unico giudice.

La prima fase del rito Fornero è a cognizione piena e non ha natura cautelare: non vi è la necessità di provare il *periculum* e il *fumus boni iuris*, il contraddittorio è già completo anche se informale tanto che, se le parti lo richiedono, è consentita l'assunzione degli atti probatori indispensabili, è già possibile l'esercizio dei poteri di ufficio, il giudice può utilizzare i suoi poteri istruttori potendo istruire la causa come meglio ritiene, il provvedimento finale pur essendo una ordinanza ha valore definitivo e carattere decisorio sebbene opponibile nel termine di decadenza di 30 giorni, decorso il quale l'ordinanza produrrà gli effetti contemplati nell'art. 2909 c.c..

Le due fasi possono essere considerate autonome e cosa più importante dovrebbero essere decise da due giudici diversi onde evitare il *pre-giudizio* del magistrato.

La fase di opposizione decisa dallo stesso magistrato della prima fase rende oggi inutile l'opposizione! È il caso di lanciare una provocazione: se davvero dobbiamo affidarci allo stesso giudicante perchè non si prevede un primo grado "celere" da celebrarsi in unica fase in forma sommaria cui segue direttamente il grado di appello?

Tra l'altro se pure le due fasi potessero

essere considerate come l'una a completamento dell'altra il problema non sarebbe affatto risolto poiché ci si dovrebbe chiedere come mai nessun giudice ha avuto il coraggio di spiegare il perché l'economia processuale debba essere preferita all'alterità e imparzialità del giudice.

Ebbene, nella sentenza della Consulta del 1999 vi è un aspetto che forse in pochi hanno colto. Paradossalmente, la Corte costituzionale quasi anticipando le possibili obiezioni di chi avrebbe potuto consentire al giudice del procedimento ex art. 28 l. 300/70 di decidere per due volte la stessa controversia in nome della celerità del processo e dell'economia processuale e a discapito del principio di alterità e imparzialità del giudice, così come oggi è accaduto nel caso del rito Fornero, sottolineava che *"deve ritenersi assolutamente preminente il principio costituzionale della imparzialità del giudice, da attuarsi nel processo civile per mezzo dell'istituto dell'astensione e ricusazione"* rispetto a quello dei possibili rischi di lentezze e difficoltà nella gestione degli uffici giudiziari.

Oggi, rispetto al 1999, proprio a causa delle errate riforme, vi è stato un peggioramento dell'organizzazione degli uffici giudiziari (si veda l'accorpamento dei Tribunali) ed è probabilmente cresciuta l'esigenza di ridurre i carichi giudiziari a cui si fa fronte anche attraverso la promozione di metodi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR *alternative dispute resolution*), come gli arbitrati, la conciliazione presso le DTL, il più recente istituto della negoziazione assistita (d.l. 132/2014¹⁹) che costituiscono un *unicum* imprescindibile con il principio di economia processuale e risparmio delle energie processuali, ma trattasi pur sempre di principi non preminenti rispetto a quello della terzietà e imparzialità dell'organo giudicante.

Preferire un procedimento più veloce

ad ogni costo può divenire lesivo ed andare, come in effetti oggi succede, a discapito delle parti processuali²⁰, non agevolando né la libertà della decisione né la completezza dell'indagine né l'accertamento della verità dei fatti.

L'insegnamento della Corte costituzionale del 1999 è più che chiaro e le argomentazioni addotte per trovare differenze nel nuovo rito non sono condivisibili! Bisogna solo avere il coraggio di recuperarlo e adattarlo alla realtà del rito Fornero! Basta volerlo.

¹⁹ D.l. 12/09/2014, n. 132, entrato in vigore il 13/09/2014: "Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile". (G.U. Serie Generale n. 212 del 12/09/2014).

²⁰ Cass. civ. SS.UU., 18 settembre 2014 n. 19674: "L'esigenza di «evitare che la durata del processo ordinario si risolva in un pregiudizio per la parte che intende far valere le proprie ragioni» (C. cost. 28 gennaio 2010 n. 26) va coniugata sempre con l'effettività e pienezza della tutela".

Abstract

Lo stesso giudice che con ordinanza si è pronunciato nel rito Fornero, a seguito di opposizione, secondo un discutibile orientamento ancora prevalente deve decidere anche questa fase con sentenza.

Il rito Fornero, così come oggi strutturato, andrebbe meglio interpretato; non è possibile, infatti, che un giudice possa decidere due volte la stessa controversia.

Le argomentazioni finora addotte a sostegno della tesi opposta non convincono l'autore secondo il quale il giudice deve sempre essere terzo e imparziale.

The same judge who decides the Rite Fornero, following opposition, according to a questionable still prevalent orientation should also decide this phase with a judgment.

The Rite Fornero, as well as structured today, should be better interpreted; it's not possible, in fact, that a judge can decide the same dispute twice.

The arguments so far adduced in support of the opposite thesis are not convincing the author according to which the Court must always be third and unbiased.