

RITO SPECIALE IN MATERIA DI
LICENZIAMENTI: INDIVIDUAZIONE DEL
GIUDICE CUI SIA DEMANDATO IL
PROCESSO DI OPPOSIZIONE AVVERSO
L'ORDINANZA CHE CONCLUDE LA PRIMA
FASE DEL CONTENZIOSO.

di **DOMENICO DE FEO**

Nota a sentenza del 03 febbraio 2014

ISSN 2420-9651

GIUSTIZIA CIVILE.com

Utente: MARCO MARAZZA
giustiziacivile.com - n. 1/2014

© Copyright Giuffrè 2015. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

CORTE APP. MILANO – sez. lav. – 13 dicembre 2013 - La nota affronta la problematica dell'individuazione del giudice cui sia demandato il processo di opposizione avverso l'ordinanza che conclude la prima fase del contenzioso, nell'ambito del rito speciale in materia di licenziamenti.

CORTE APP. MILANO – sez. lav. – 13 dicembre 2013

IL CASO – Con ordinanza ex art. 1, comma 49, l. n. 92 del 2012 il giudice del lavoro di Milano respingeva il ricorso proposto dalla lavoratrice avverso il licenziamento intimatole. Essendo il relativo giudizio di opposizione stato assegnato allo stesso giudice che aveva deciso la fase sommaria, la parte opponente presentava dapprima istanza di astensione e, quindi, di ricusazione ex art. 52 c.p.c., entrambe respinte. Il giudice già designato, al quale erano dunque stati restituiti gli atti, decideva l'opposizione con sentenza di rigetto, che era oggetto di reclamo da parte del soccombente. Nell'atto di impugnazione veniva prospettata, in via preliminare, la questione di legittimità delle norme di cui agli artt. 1, comma 51, l. n. 92 del 2012, e art. 51, comma 1, n. 4, c.p.c., nonché degli artt. 353 e 354 c.p.c., in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., nella parte in cui non prevedono l'obbligo di astensione del medesimo giudice persona fisica che, dopo aver deciso la prima fase del processo, sia stato designato alla trattazione anche del giudizio di opposizione.

LE QUESTIONI GIURIDICHE E LA SOLUZIONE - La Corte, dopo aver preliminarmente ribadito il consolidato principio secondo il quale il motivo di astensione ex art. 51, comma 1, n. 4, c.p.c. può essere proposto in sede di gravame solo laddove la parte interessata lo abbia fatto valere in via di ricusazione del giudice ai sensi dell'art. 52 c.p.c., affronta il tema centrale della decisione partendo dalla considerazione che dal tenore letterale del comma 51 (l'opposizione si propone con ricorso «*da depositare innanzi al tribunale che ha emesso il provvedimento opposto*») non è effettivamente dato d'intendere se l'organo chiamato a pronunciarsi debba essere la stessa persona fisica che ha emesso l'ordinanza a conclusione della prima fase sommaria, ovvero se invece vada individuato con riferimento all'ufficio giudiziario. La soluzione della delicata questione dev'essere allora ricercata – si legge nella sentenza in commento – nella natura del nuovo procedimento, che si compone di una prima fase sommaria, non cautelare, a cognizione piena (la sommarietà è insita solo nella deformalizzazione del rito), destinata a concludersi con un'ordinanza avente natura decisoria che, se non opposta nei termini, è idonea a produrre gli effetti di cui all'art. 2909 c.c., e di un giudizio di opposizione, anch'esso a cognizione piena, caratterizzato dalle medesime decadenze e preclusioni del rito ordinario (come

confermato dagli espressi rinvii agli artt. 414 e 416 c.p.c.), nel quale non possono essere proposte domande diverse da quelle relative alla prima fase, salvo che siano fondate sugli «*identici fatti costitutivi*», ovvero siano svolte nei confronti di soggetti rispetto ai quali «*la causa è comune o dai quali si intende essere garantiti*». Orbene, le evidenti analogie del nuovo procedimento in esame con quello di cui all'art. 28 della l. n. 300 del 1970 consentono l'applicazione dei principi espressi dalla Corte Costituzionale nella sentenza 15 ottobre 1999, n. 387, con la quale è stata ritenuta infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 51, 1° comma, n. 4, e 2° comma, c.p.c., nella parte in cui non è prevista incompatibilità tra le funzioni del giudice che pronuncia decreto di repressione della condotta antisindacale ex art. 28 l. 20 maggio 1970, n. 300 e quelle del giudice dell'opposizione a tale decreto, «*poiché la fattispecie rientra all'evidenza nell'ambito della previsione di tale disposizione del codice di rito*». In particolare la Corte di Appello di Milano, riprendendo alcuni passaggi del ragionamento logico-giuridico seguito dai giudici delle leggi nella citata sentenza e trasponendoli alla fattispecie in esame, afferma: a) che l'obbligo di astensione per il giudice che ha conosciuto della causa come magistrato in altro grado del processo sancito dall'art. 51, comma 1, n. 4, c.p.c. risponde al generale principio di obiettività ed imparzialità della decisione in sede di impugnazione, essendo il relativo giudice chiamato a percorrere nuovamente l'*iter* già seguito da colui il quale ha emesso il provvedimento oggetto di gravame; b) che l'espressione "*altro grado*" contenuta nell'art. 51, 1° comma, n. 4, c.p.c. non può intendersi come riferita al solo diverso grado del processo, ma deve ricomprendere anche la fase che, in un processo civile, si succeda con carattere di autonomia, abbia contenuto impugnatorio e sia caratterizzata da una pronuncia che attiene al medesimo oggetto e comporta le stesse valutazioni decisorie sul merito dell'azione proposta nella prima fase; c) che a conclusioni diverse non può nemmeno condurre il fatto che presso l'ufficio giudiziario rimettente vi siano dei criteri di assegnazione delle cause ai magistrati della sezione lavoro, espressi nelle tabelle periodiche, prevedenti l'identità del giudice nelle due fasi processuali, in quanto i principi fissati dalle norme costituzionali e processuali non possono essere derogati da provvedimenti di natura amministrativo-organizzativa; parimenti, il rischio di eventuali lentezze e difficoltà nella gestione degli uffici giudiziari non può comunque autorizzare la deroga al principio costituzionale di imparzialità del giudice in precedenza richiamato.

OSSERVAZIONI - La sentenza che si annota affronta, nell'ambito del nuovo rito speciale per le controversie in materia di licenziamenti introdotto dall'art. 1, commi 47-69, della l. 28 giugno 2012, n. 92, una questione assai dibattuta e che ha dato origine sin dai primi commenti a vivi contrasti interpretativi. L'argomento è di non poco conto, trattandosi di individuare il giudice cui sia demandata l'opposizione avverso il provvedimento, di accoglimento o di rigetto, emesso a conclusione della prima fase del processo.

L'art. 1, comma 51, della l. n. 92 del 2012 stabilisce che contro l'ordinanza che decide la prima fase del rito può essere proposta opposizione con ricorso avente i requisiti di cui all'art. 414 c.p.c., *«da depositare innanzi al Tribunale che ha emesso il provvedimento opposto»*, aggiungendo che con lo stesso 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 richiamato disposto legislativo non chiarisce se il giudizio di opposizione abbia natura impugnatoria, se cioè sia destinato a provocare il controllo da parte del secondo giudice dell'operato del primo, o se invece costituisca a tutti gli effetti un procedimento di primo grado. Questo appare invero il punto centrale della questione dibattuta: se infatti la fase dell'opposizione si risolve in una *revisio prioris instantiae* operata sulla medesima *res iudicanda*, è chiaro che la decisione già espressa dal giudice determina sullo stesso condizionamenti che ne minano l'imparzialità.

La soluzione del problema deve necessariamente partire dalla corretta ricostruzione dei rapporti tra le due fasi in cui si articola il primo grado del giudizio.

La prima fase assume i connotati di un procedimento a cognizione sommaria. In tal senso depone innanzitutto il fatto che il comma 48 dell'art. 1, nell'enucleare i requisiti del ricorso, non rinvia all'art. 414 c.p.c. bensì all'art. 125 c.p.c., che è norma di carattere generale volta ad individuare il contenuto degli atti di parte e che, nell'elencarne gli elementi, non contempla la indicazione specifica dei mezzi di prova e dei documenti che si offrono in comunicazione. L'istruttoria è poi limitata ai soli *“atti indispensabili”* (così il comma 49, che richiama l'art. 669-sexiesc.p.c.), mentre nel processo di opposizione, che certamente introduce un giudizio a cognizione piena (non a caso il relativo ricorso deve avere i requisiti dell'art. 414 c.p.c.), il giudice *«procede agli atti di istruzione ammissibili e rilevanti»*. Si tratta di una distinzione che, al di là della

singolare equivocità delle espressioni utilizzate dal legislatore, mira nella sostanza ad evidenziare che in sede di prima istanza l'istruzione deve intendersi circoscritta a consentire al giudice il raggiungimento del solo convincimento in ordine all'esistenza del *fumus boni iuris*.

Altro elemento che induce ad affermare la sommarietà del rito è rappresentato dalla forma del provvedimento conclusivo della prima fase processuale, che non è quella della sentenza, ma dell'ordinanza.

Ai fini che qui interessano, è importante a questo punto sottolineare però che l'attività istruttoria caratterizzante la prima fase del processo è limitata solo dalla sua stringente finalizzazione, nel senso che si deve arrestare nel momento in cui sia ritenuta provata (oppure no) la verosimiglianza dell'esistenza dei profili di illegittimità del licenziamento dedotti in causa, ma non soffre invece di "penalizzazioni" quanto alla tipologia dei mezzi di prova esperibili (tant'è che vanno ritenute ammissibili anche prove tipiche quali la consulenza tecnica di ufficio ed il giuramento), alla individuazione dei fatti sui quali dev'essere svolta ed alla sua estensione. Anche i poteri officiosi del giudice, stante l'espreso richiamo all'art. 421 c.p.c., non sono diversi e più ampi di quelli che caratterizzano l'ordinario processo del lavoro.

C'è poi da dire che anche nella fase di opposizione, e persino in quella di reclamo (si legga in tal senso il comma 59), l'istruttoria si connota comunque per una incisiva deformalizzazione.

Si aggiunga ancora che l'ordinanza conclusiva della prima fase è dotata di un particolare regime di "stabilità", essendo immediatamente esecutiva (detta esecutività viene conservata fino alla fine del giudizio di opposizione, non potendo essere né sospesa, né revocata) e, se non opposta, è destinata ad acquisire una stabilità analoga a quella del giudicato.

Orbene, la fissazione di un termine decadenziale entro il quale presentare opposizione, il fatto che quest'ultima si propone, ai sensi del comma 50, «contro l'ordinanza», le peculiari caratteristiche di detto provvedimento (idoneo – come si è appena detto – a conferire definitiva stabilità agli assetti del diritto sostanziale dedotto in lite) e, non da ultimo, la sostanziale coincidenza dell'oggetto delle due fasi giudiziali («con il ricorso non possono essere proposte domande diverse da quelle di cui al comma 47») sembrano evidenziare la natura *lato sensu* impugnatoria del procedimento di opposizione. Appare dunque corretto affermare che non può conoscere dell'opposizione lo stesso magistrato

(persona fisica) che ha emesso l'ordinanza e che questi, se designato, deve astenersi ai sensi dell'art. 51, primo comma, n. 4, c.p.c., in ossequio al principio di terzietà ed imparzialità del giudice.

Del tutto condivisibile è la lettura costituzionalmente orientata della appena citata disposizione del codice di rito cui la Corte di Appello di Milano dichiara di aderire: l'espressione "*altro grado*" deve ragionevolmente ricomprendere anche la fase del processo civile che, ancorché avanti allo stesso organo giudiziario, si succeda con carattere di autonomia, abbia contenuto impugnatorio, verta sul medesimo oggetto e comporti infine le stesse valutazioni decisorie sul merito dell'azione proposta nella prima fase. I principi espressi dai giudici delle leggi nella nota sentenza 15 ottobre 1999, n. 387 appaiono perfettamente trasponibili alle caratteristiche del rito in esame: la struttura bifasica del nuovo processo richiama infatti quella del procedimento per la repressione della condotta sindacale ex art. 28 della l. n. 300 del 1970, dove alla prima fase sommaria fanno seguito quella a cognizione piena, suddivisa in due gradi di merito, ed il giudizio di legittimità. Anche nel procedimento ex art. 28 l'istruttoria è sommaria ed il decreto ha efficacia esecutiva, irrevocabile fino alla sentenza che definisce il giudizio di opposizione.

L'astensione dovrebbe invero essere indotta anche da motivi di opportunità, essendo ben chiaro che gli eventuali approfondimenti istruttori che possono essere disposti in fase di opposizione e/o l'ipotetico allargamento dei soggetti del processo e/o del *thema decidendum*, aspetti sui quali si tornerà più avanti, non sembrano sufficienti ad escludere la prevenzione nel giudizio del decidente. È infatti innegabile un certo "inquinamento psicologico" del magistrato, trovandosi questi a dover ripercorrere necessariamente il medesimo *iter* logico-giuridico seguito nella prima fase; ciò anche nell'ipotesi in cui il lavoratore ricorrente integri le proprie allegazioni ed introduca mezzi di prova nuovi, perché resta fermo il fatto che il magistrato è comunque chiamato a pronunciarsi sulla stessa immutabile fattispecie già esaminata.

A conclusioni non diverse conduce il fatto che l'emissione di provvedimenti d'urgenza o, comunque, a cognizione sommaria ad opera dello stesso giudice investito della decisione di merito è ipotesi contemplata dall'ordinamento, che non determina obblighi di astensione, né consente la proposizione di istanze di ricusazione, come più volte affermato dalla giurisprudenza [*ex plurimis*, da ultimo, Cass. civ., sez. un. (ord.), 26 gennaio 2011, n. 1783], anche costituzionale (Corte cost., 7 novembre 1997, n. 326); in

tali casi – si afferma – la decisione sul provvedimento cautelare, appartenendo ad una serie processuale distinta sia per presupposti che per ambito di cognizione, non costituisce «un altro grado dello stesso processo» e non può essere fonte di condizionamenti tali da ledere l'imparzialità del giudice. A tali considerazioni può infatti essere obiettato che, diversamente da quello che avviene nei procedimenti nei quali il giudizio di urgenza si conclude con un provvedimento meramente interinale, l'ordinanza resa all'esito della prima fase del rito Fornero ha carattere di potenziale definitività, essendo idonea ad acquisire stabilità ed effetti analoghi a quelli del giudicato. Sulla sostanziale coincidenza tra l'oggetto delle due fasi del giudizio si è già detto, dovendosi qui precisare che la coincidenza non viene alterata dalla possibilità per le parti di formulare nel giudizio di opposizione domanda riconvenzionale o di chiedere la chiamata in causa del terzo, poiché il *thema decidendum* resta, sempre e comunque, l'accertamento della legittimità del licenziamento impugnato. Infine, differenze non sono nemmeno ravvisabili con riguardo alla ampiezza ed intensità dell'accertamento istruttorio, tenuto conto che – come si è già detto – nella prima fase non sussistono preclusioni in ordine ai mezzi di prova esperibili e che la sommarietà è unicamente connessa alla prova del *fumus*.

RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI E BIBLIOGRAFICI – Nella recente giurisprudenza di merito, deve segnalarsi che la questione oggetto della sentenza in commento è stata rimessa alla Corte Costituzionale con ordinanze del Giudice del Lavoro del Tribunale di Siena, depositata il 16 agosto 2013, e della IX Sezione Civile del Tribunale di Milano, depositata il 27 gennaio 2014. In tale ultimo provvedimento, emesso in composizione collegiale nell'ambito di un procedimento di ricusazione, si evidenzia in particolare come il giudizio di opposizione assuma «*valore impugnatorio con contenuto sostanziale di revisio prioris instantiae*», comportando per il giudice, ove coincidente con quello della prima fase, la richiesta «*di riesprimere, in riedizione, il proprio convincimento*»; ciò determina violazione dell'art. 3 Cost. per la irragionevole diversità di disciplina rispetto alla sostanzialmente simile ipotesi prevista dall'art. 669-terdecies, secondo comma, c.p.c., nonché degli artt. 24 e 111 Cost. per la lesione del diritto alla tutela giurisdizionale sotto il profilo della esclusione di imparzialità di giudizio. Ancora, il Presidente del Tribunale di Milano, con ordinanza depositata l'8 gennaio 2014, ha invece respinto l'istanza di astensione proposta da un

giudice del Foro, disattendendo i principi enunciati dalla Corte di Appello.

In dottrina, in linea con le considerazioni espresse nella decisione annotata, si veda P. SORDI, *Il nuovo rito per le controversie in materia di licenziamenti*, in AA.VV., *La Riforma del Lavoro*, Milano, 2013, 423 ss.; D. DALFINO, *Il licenziamento dopo la l. n. 92 del 2012: profili processuali*, in M. BARBIERI-D. DALFINO, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Bari, 2013, 90 ss. *Contra*, E. BOGHETICH, *Il rito speciale in tema di licenziamento*, in AA.VV., *Il nuovo diritto del mercato del lavoro*, a cura di M. PERSIANIS. LIEBMAN, Torino, 2013, 436 ss.

