

TRIBUNALE DI VENEZIA - SEZIONE LAVORO

02 54 54 142

II GIUDICE DEL LAVORO

Dr.ssa Margherita Bortolaso

Lo scioglimento della riserva formulata all'udienza 16.12.2009 ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

REMISSIONE DI QUESTIONE PREGIUDIZIALE EX ART 234 TRATTAO CE

nella causa di lavoro n. 651/2005 r.g. tra:

Scattolon Ivana con gli avv.ti Nicola Zampieri e Aldo Campesan, elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Enrico Tonolo in San Marco 4590 Venezia

contro

Ministero dell'istruzione, dell'Università e della ricerca, in persona del Ministro pro-tempore e rappresentato e difeso dal dr. Biondi Vincenzo

in punto: riconoscimento giuridico ed economico dell'anzianità maturata presso gli Enti Locali di provenienza e/o alla continuità del rapporto di impiego trasferito nei ruoli ministeriali ex art. 8 della L. n. 124/99,

visto il ricorso ex art. 414 del CPC con i relativi allegati depositato in cancelleria il 27.4.2005;

visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero difeso dal funzionario responsabile dell'Ufficio contenzioso del CSA di Venezia, dr. Vincenzo Biondi;

viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese,

uditi all'udienza del 16.12.2009 i procuratori delle parti;

esposto e ritenuto quanto segue:

1) TERMINI DELLA CONTROVERSIA

La controversia riguarda il mancato riconoscimento al personale transitato ex legge n. 124 del 3 maggio 1999 nei ruoli del personale amministrativo, tecnico ed ausiliario (c.d. personale ATA) del Ministero della Pubblica Istruzione dell'anzianità di servizio maturata alle dipendenze degli enti locali di provenienza.

La ricorrente, premesso di essere stata dipendente di ruolo di Ente Locale e di essere quindi transitata a decorrere dall' 1.1.2000 nei ruoli del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca per effetto della mobilità d'ufficio del personale ATA ai sensi della legge n. 124 del 3.5.1999, lamenta che l'Amministrazione statale in seguito a tale mobilità non le ha riconosciuto l'anzianità maturata presso l'ente di origine: l'ha infatti inquadrata, in violazione dell'art. 8 c. 2 di tale legge, in una tabella stipendiale inferiore rispetto a quella spettante in base all'anzianità maturata alle dipendenze dell' ente locale di provenienza.

In particolare la Scattolon, formalmente dipendente del Comune di Scorzè dal 16/05/1980, dopo avere lavorato fino al 31/12/1999 in qualità di bidella di ruolo presso scuole statali, in data 1.1.2000 è stata

coattivamente trasferita nei ruoli statali in applicazione dell'art. 8 della L. n. 124/99 e dell'art. 34 del d.l.vo n. 29/93, senza peraltro ottenere il riconoscimento dei 20 anni di anzianità maturata presso il Comune di Scorzè, con una decurtazione di euro 790 di retribuzione tabellare oltre alla integrale perdita del trattamento accessorio previsto dal solo CCNL del Comparto Enti locali.

Con ricorso del 27.4.2005 ha pertanto adito questo Tribunale per ottenere il riconoscimento giuridico ed economico dell'anzianità maturata alle dipendenze del Comune di Scorzè e l'inquadramento nei ruoli statali nella fascia di anzianità 15-20 spettante in base all'anzianità maturata alle dipendenze del Comune, anziché con l'anzianità di 9 anni riconosciuta dal Ministero.

Sostiene che il mancato riconoscimento dell'effettiva anzianità maturata presso il comparto Enti Locali si pone in contrasto con l'art. 2112 del CC. e con l'art. 34 del decreto l.vo n. 29/1993 in quanto dall'art. 3, comma 2, del Decreto interministeriale n. 184 del 23/7/99 e dalle premesse del D.M. del 5/4/2001 emerge che il passaggio integra trasferimento ex art. 34 del d.lgs. n.29/93 (attuale art. 31 d.lgs. n.165/01).

Contesta all'Amministrazione la violazione:

- dell'articolo 8 della legge n. 124/99, che nel disciplinare il "Trasferimento di personale ATA degli enti locali alle dipendenze dello Stato" garantisce ai dipendenti il riconoscimento dell'anzianità di servizio a tutti i fini, compresa l'anzianità maturata, oltre al conseguimento della nuova posizione stipendiale;
- dei principi costituzionali di uguaglianza e di ragionevolezza incardinati nell'articolo 3 della cost. violazione del principio di imparzialità e di parità di trattamento;
- dell'art. 34 d.lgs 29/93 (attuale art. 31 del decreto legislativo n. 165/01) e dell'art. 3 della direttiva 77/187;
- del principio della parità di trattamento di cui all'art. 49 del d.lgs n. 29/93 (attuale art. 45 del decreto legislativo n. 165/01);
- nullità dell'art. 3 dell'accordo del 20/7/2000 e del d.m. 5/4/2001;
- dell'art. 5 del dpcm n. 325 del 5/8/88, del d.m. 2 marzo 1989, nonché dell'art. 36 della Cost.;
- dei principi di lealtà e buona fede, nonché erronca applicazione delle disposizioni di legge e illogicità manifesta;
- degli artt. 41 e 97 della cost., negli artt. 1175, 1375 e 1344 del c.c., nonché del principio di tutela dell'affidamento, dell'obbligo di correttezza e del divieto di eludere norme imperative;
- del divieto di *reformatio in peius* e dell'art. 2103 del codice civile.

Il MINISTERO DELL' ISTRUZIONE UNIVERSITA' E RICERCA si è costituito in giudizio sostenendo che i dipendenti coattivamente trasferiti nei ruoli statali, pur nella prosecuzione ininterrotta del relativo rapporto di lavoro, hanno diritto al riconoscimento del solo stipendio tabellare percepito al momento della mobilità nei ruoli statali (senza le voci accessorie) e non invece della retribuzione spettante secondo il CCNL del comparto Scuola in base alla propria anzianità di servizio.

Ciò in quanto l'accordo ARAN/OO.SS. concluso in data 20.7.2000, e poi recepito con il decreto ministeriale del 5.4.2001, avrebbe disposto, in deroga alla L. n. 124/99 e all'art. 34 del d.l.vo n. 29/93, la conservazione al personale ATA transitato dagli enti locali allo Stato del solo "maturato economico", non invece dell'anzianità di servizio.

Il Ministero stesso nel costituirsi ha, dunque, in sintesi contestato la pretesa attorea rilevando come ai sensi dell' art. 3 del D.M. 5.4.2001, che ha recepito l'accordo tra ARAN/OO.SS del 20.7.2000, l'inquadramento debba avvenire in base al solo maturato economico e non anche all'anzianità di servizio.

Così integratosi il contraddittorio, il giudizio ha subito lunga sospensione per deferimento alla Corte Costituzionale della questione di legittimità costituzionale di una nuova norma (ossia, come si dirà al

paragrafo successivo, l'art 1 comma 218 della legge finanziaria per il 2006) intervenuta a regolare la materia ed applicabile anche ai giudizi in corso.

All'esito della riassunzione la ricorrente ha insistito nel rilievo di contrasto di tale nuova norma con il diritto comunitario e nella connessa istanza – in esame in questa sede – di remissione di questione pregiudiziale ex art 234 Trattato CE.

In particolare la ricorrente ribadisce il contrasto della normativa con la direttiva 77/187/CE ed i principi generali del vigente diritto comunitario della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento, della uguaglianza delle armi del processo, ad un tribunale indipendente e, più in generale, ad un equo processo, garantiti dall'art. 6, n. 2, del Trattato sull'Unione Europea (al quale fa rinvio l'art. 46 del trattato sull'Unione) – in combinato disposto con l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e con gli artt. 46, 47 e 52, n. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, principi che fanno parte dell'ordinamento giuridico comunitario e che devono essere rispettati dagli Stati membri per effetto del loro recepimento da parte del Trattato di Lisbona, ratificato da parte dell'Italia con la legge n. 130/2008 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009.

In relazione a tali profili di contrasto sollecita, appunto, la remissione alla Corte di Giustizia.

2) QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO

Legge 124/1999.

La prima norma di riferimento è l'art. 8 comma 2 della legge 3 maggio 1999 n. 124, il cui comma 1 dispone che "il personale ATA degli istituti e scuole statali di ogni ordine e grado è a carico dello Stato. Sono abrogate le disposizioni che prevedono la fornitura di tale personale da parte dei Comuni e delle Province".

Il comma 2 prevede che "il personale di ruolo di cui al comma 1, dipendente dagli enti locali, in servizio nelle istituzioni scolastiche statali alla data di entrata in vigore della presente legge, è trasferito nei ruoli del personale ATA statale ed è inquadrato nelle qualifiche funzionali e nei profili professionali corrispondenti per lo svolgimento dei compiti propri dei predetti profili. **A detto personale VENGONO RICONOSCIUTI AI FINI GIURIDICI ED ECONOMICI L'ANZIANITÀ MATURATA PRESSO L'ENTE LOCALE DI PROVENIENZA nonché il mantenimento della sede in fase di prima applicazione in presenza della relativa disponibilità del posto.**"

Il comma 4 prevede che "il trasferimento del personale di cui ai commi 2 e 3 avviene gradualmente, secondo tempi e modalità da stabilire con decreto della Pubblica Istruzione emanato di concerto con i Ministri dell'Interno, del Tesoro e della programmazione economica e per la funzione pubblica sentite le associazioni dei Comuni, Province ed Enti montani".

In attuazione del rinvio contenuto in tale disposizione per la disciplina di modalità e tempi del trasferimento sono stati emanati il Decreto Interministeriale n. 184 del 23.7.1999, l'accordo ARAN/OO.SS. del 20.7.2000 ed il successivo Decreto Ministeriale 5.4.2001.

Il Decreto Interministeriale n. 184/99.

Il Decreto Interministeriale n. 184 del 23 luglio 1999 (pubblicato in GU 21 gennaio 2000, n. 16) ha imposto agli Enti Locali di provvedere, fino al termine dell'esercizio finanziario 1999, alla retribuzione del personale ATA che passa allo Stato per effetto dell'art. 8 della legge n. 124/99, mediante applicazione del CCNL del comparto Regioni e Autonomie Locali, demandando a successivi decreti dei Provveditorati agli Studi e del

Ministero della Pubblica Istruzione il compito di determinare la retribuzione stipendiale in godimento al personale trasferito e la definizione dei criteri di inquadramento nell'ambito del Comparto Scuola.

In particolare tale decreto interministeriale dispone che:

- art 1: "Il personale ATA di ruolo dipendente dagli Enti Locali e in servizio, alla data del 25 maggio 1999, nelle istituzioni scolastiche statali, per lo svolgimento di funzioni e compiti demandati per legge agli Enti Locali, in sostituzione dello Stato, è trasferito nei ruoli del personale ATA statale"
- art 3: Con successivo decreto del Ministro della pubblica istruzione, di concerto con i ministri dell'interno, del tesoro, del bilancio e della programmazione economica e per la funzione pubblica verranno definiti i criteri di inquadramento, nell'ambito del Comparto Scuola, finalizzati all'allineamento degli istituti retributivi del personale in questione a quelli del comparto medesimo, con riferimento alla retribuzione stipendiale, ai trattamenti accessori e al riconoscimento ai fini giuridici ed economici, nonché dell'incidenza sulle rispettive gestioni previdenziali, dell'anzianità maturata presso gli Enti, previa contrattazione collettiva, da svolgersi entro il mese di ottobre 1999, fra l'ARAN e le organizzazioni sindacali rappresentative dei comparti Scuola ed Enti Locali, ai sensi dell'art. 34 del D.Lvo n. 29/1993 e dell'art. 47 della L. n. 428/1990".
- art 9: Lo Stato subentrerà nei contratti stipulati dagli Enti Locali alla data del 24.5.1999, eventualmente rinnovati in data successiva, per la parte con la quale sono state assicurate le funzioni ATA per le scuole statali, in luogo dell'assunzione di personale dipendente. Ai fini predetti, le autorità scolastiche periferiche e gli Enti Locali competenti stipuleranno, entro il 31.12.1999, apposite convenzioni che individuino le modalità di subentro nei contratti i quali, ferma la rispondenza ai requisiti di cui al comma precedente, potranno essere frazionati in corrispondenza di singole istituzioni scolastiche" (art. 9).

Dunque l' art. 3 prevede espressamente l'allineamento degli istituti retributivi del personale in questione a quelli del Comparto Scuola, con riferimento sia alla retribuzione stipendiale che ai trattamenti accessori e con riconoscimento ai fini giuridici ed economici dell'anzianità maturata presso gli enti di provenienza; la definizione dei relativi criteri di inquadramento è demandata ad un successivo decreto del Ministero della Pubblica Istruzione di concerto.

Accordo 20.7.2000 - D.M. 5.4.2001.

L' accordo OO.SS./ARAN del 20.7.2000 - recepito dal D.M. 5.4.2001 - stabilisce che al personale di cui all'accordo, pur nella prosecuzione ininterrotta del relativo rapporto di lavoro, cessa di applicarsi a decorrere dall'1.1.2000 il CCNL 1.4.1999 di Regioni Autonomie Locali e dalla stessa data si applica il CCNL della Scuola.

L' art. 3 comma 1, riferendosi al personale transitato dal comparto Regioni e Autonomie locali al comparto scuola ex legge 124/99, prevede che "...ai suddetti dipendenti viene attribuita la posizione stipendiale, tra quelle indicate nell'allegata tabella B, d'importo pari o immediatamente inferiore al trattamento in godimento al 31 dicembre 1999...", senza alcun riferimento all'anzianità di servizio maturata presso l'Ente locale di provenienza.

L' accordo dunque, diversamente dal D.I. n. 184/1999, non riconosce l' anzianità maturata ai fini giuridici ed economici.

L'ARAN nella nota del 12/9/2003 n. 6456 a questo Tribunale ha peraltro precisato che tale accordo non costituisce un accordo collettivo poiché trova il suo fondamento non nell'art. 2 del d.lvo n. 29/93, bensì nell'art. 34 del d.lvo n. 29/93 (il quale richiama le procedure di informazione e di consultazione di cui all'art. 47, commi da 1 a 4, della legge n. 428/90),

Art 1 comma 218 legge n. 266 del 23 dicembre 2005

Rispetto a tale originario quadro precettivo, che poneva un problema di portata e validità dell' art. 3 comma 1 dell' accordo 20.7.2000 - DM 5.4.2001 rispetto all' art. 8 comma 2 della legge 3 maggio 1999 n. 124, è sopravvenuta la disposizione di cui all' art 1 comma 218 della legge n. 266 del 23 dicembre 2005 (= legge finanziaria per il 2006 pubblicata nella GU del 29.12.2005).

Ai sensi di tale disposizione " Il comma 2 dell'articolo 8 della legge 3 maggio 1999, n. 124, si interpreta nel senso che il personale degli enti locali trasferito nei ruoli del personale amministrativo, tecnico ed ausiliario (ATA) statale è inquadrato, nelle qualifiche funzionali e nei profili professionali dei corrispondenti ruoli statali, sulla base del trattamento economico complessivo in godimento all'atto del trasferimento, con l'attribuzione della posizione stipendiale di importo pari o immediatamente inferiore al trattamento annuo in godimento al 31 dicembre 1999 costituito dallo stipendio, dalla retribuzione individuale di anzianità nonché da eventuali indennità, ove spettanti, previste dai contratti collettivi nazionali di lavoro del comparto degli enti locali vigenti alla data del l'inquadramento. L'eventuale differenza tra l'importo della posizione stipendiale di inquadramento e il trattamento annuo in godimento al 31 dicembre 1999, come sopra indicato, viene corrisposta ad personam e considerata utile, previa temporizzazione, ai fini del conseguimento della successiva posizione stipendiale. E' fatta salva l'esecuzione dei giudicati formatisi alla data di entrata in vigore della presente legge".

Tale nuova norma ha di fatto reintrodotta il principio della temporizzazione, sancendo che i dipendenti coattivamente trasferiti nei ruoli statali hanno diritto al mantenimento del solo livello di stipendio fondamentale goduto al 31 dicembre 1999 e non invece al riconoscimento della retribuzione prevista dal CCNL del comparto Scuola per gli operatori scolastici di pari anzianità, in quanto l'anzianità dei dipendenti trasferiti andrebbe desunta dalla retribuzione dagli stessi goduta, trasformando quindi la retribuzione tabellare maturata alle dipendenze degli EE.LL. in un' "anzianità virtuale", in un determinato numero di anni, mesi, giorni.

Da questo Giudice, come peraltro da molti altri tribunali del territorio nazionale, sono stati sollevati dubbi sulla legittimità costituzionale della disposizione in questione.

Con ordinanza depositata il 4 aprile 2006 il presente giudizio è stato quindi sospeso e gli atti sono stati trasmessi alla Corte Costituzionale per la valutazione della legittimità costituzionale della disposizione stessa in relazione agli artt. 3, 101, 102 e 104 della Costituzione.

Con ordinanza n. 212 del 9 giugno 2008 la questione è stata risolta dalla Corte Costituzionale nel senso del riconoscimento della legittimità costituzionale della norma.

La medesima Corte Costituzionale è stata nella stessa epoca nuovamente investita del giudizio di legittimità costituzionale del medesimo art 1 comma 218 legge 266/2005, in questo caso in relazione all' art. 117 Cost., comma 1, e art. 6 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali.

In questo secondo caso il rilievo di incostituzionalità è stato sollevato dalla Corte di Cassazione.

In particolare con ordinanza n. 22260 del 3.6.2008/4.9.2008 la Cassazione ha dichiarato "rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della L. 23 dicembre 2005, n. 266, art. 1, comma 218, per contrasto con l'art. 117 Cost., comma 1, e art. 6 Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali", considerato che le citate disposizioni "il notevole contenzioso sviluppatosi subito dopo l'entrata in vigore della normativa oggetto d'interpretazione autentica, e, in relazione al quale, questa corte ha già avuto modo di pronunciarsi più volte, nonché il rilevante numero di ricorsi pendenti aventi ad oggetto proprio l'interpretazione di detta normativa, lasciano ragionevolmente

ritenere che la definizione di tale contenzioso nel senso, favorevole allo Stato amministrazione, imposto dalla norma interpretativa, rientrasse certo tra le finalità perseguite dal legislatore con l'introduzione di quest'ultima norma. c) Per altro verso, l'esigenza per il legislatore di " governare una operazione di riassetto organizzativo", da un lato, non sembra integrare le "imperiose ragioni d'interesse generale", richiesta dalla Corte europea come condizione per superare il divieto d'ingerenza; per altro lato, di quell'esigenza - e tanto meno di altre ragioni, imperiose o meno - non è traccia alcuna nel procedimento legislativo che ha messo capo alla ricordata L. n. 266 del 2005, art. 1, comma 218; che anzi tale comma, che non figura nell'originario disegno di legge presentato dal governo, risulta inserito dalla relatrice S. nella seduta della 5ª Commissione (emendamento 1.4547 - comma 149 quater), rimane invariato per decadenza del subemendamento Crosetto 1.4547/10, e viene votato nei successivi passaggi, caratterizzati dal voto di fiducia al Governo, senz'alcuna indicazione delle ragioni, imperiose o meno, che lo sorreggono. d) Né infine, ad escludere la violazione dell'art. 6, comma 1 CEDU da parte della disposizione in esame, può valere il rilievo che la Corte di giustizia europea abbia sempre riaffermata la libertà del legislatore di emanare norme interpretative che incidano, in materia civile, su diritti attribuiti dalle leggi in vigore, perché qui non è in discussione questa libertà ma piuttosto quella d'intervenire, a mezzo di leggi retroattive, sui giudizi pendenti dei quali sia parte lo Stato amministrazione. Com'è stato lucidamente precisato da questa stessa Corte nell'ordinanza n. 402/2006, il senso della giurisprudenza della Corte europea in materia è che "la parità delle parti dinanzi al giudice implica la necessità che il potere legislativo non si intrometta nell'amministrazione della giustizia allo scopo d'influire sulla risoluzione della controversia o di una determinata categoria di controversie". Scopo, si è già precisato supra, che la stessa Corte europea sembra desumere dall'incidenza oggettiva che la norma denunciata ha sull'esito di controversie pendenti e dalla qualità di parte dello Stato - amministrazione in tali controversie".

La Suprema Corte di Cassazione in tale ordinanza, per giustificare la rilevanza della questione rimessa alla Corte Costituzionale, sostiene che la legge interpretativa non può essere disapplicata in quanto la fattispecie in esame non è riconducibile al campo di applicazione delle direttive comunitarie in materia di trasferimento d'azienda (direttiva 77/187/Cee, modificata dalla direttiva 98/50/Ce).

La Corte Costituzionale anche in questo secondo caso ha risolto la questione riconoscendo la legittimità costituzionale della norma.

Si tratta della recente sentenza n. 311/2009, depositata il 26.11.2009, nella quale la Corte dichiara che il divieto d'ingerenza del legislatore sul contenzioso in cui lo Stato è parte in causa non è assoluto dal momento che in alcune occasioni la Corte di Strasburgo ha ritenuto non contrari all'art. 6 della Convenzione europea particolari interventi retroattivi dei legislatori nazionali come per esempio in occasione della riunificazione tedesca o di imperfezioni tecniche della normativa interpretata.

3) QUADRO GIURISPRUDENZIALE DI RIFERIMENTO.

Inizialmente, prima dell'emanazione del citato art. 1 comma 218 della legge n. 266/2005, sulla questione oggetto del presente giudizio, dibattuta in numerose cause analoghe in tutto il territorio nazionale, la Corte di Cassazione si era sempre pronunciata a favore dei lavoratori.

Così Cassazione nn. 3224 e 3225 del 17.2.2005, n. 3356 del 18.2.2005, n. 722 del 4.3.2005 n. 7747 del 14.4.2005, n. 18652-18657 del 23.9.2005, n. 18829 del 27.09.2005.

La Suprema Corte aveva in effetti costantemente ritenuto che il trasferimento allo Stato dei servizi ausiliari degli Istituti e Scuole Statali di ogni ordine e grado, con conseguente passaggio nei ruoli statali dei bidelli

delle Scuole fino ad allora retribuiti da Comuni e Province, rientrasse nella fattispecie di trasferimento di attività con connesso trasferimento dei rapporti di lavoro, e quindi con diritto alla qualifica corrispondente a quella posseduta con l'anzianità già maturata.

Ciò sulla base dell'avvenuta disciplina del trasferimento ai sensi dell'art. 34 del d. lgs. n. 29 del 1993, come sostituito dall'art. 19 del d. lgs. n. 80 del 1998 (vigente all'epoca dei fatti e ora confermato dall'art. 31 del d. lgs. n. 165/2001), il quale dispone la continuità giuridica, ad ogni effetto, del rapporto di lavoro del personale e che transita alle dipendenze di un diverso soggetto, con l'applicazione del nuovo CCNL e la conservazione di tutti i diritti, secondo le regole dettate dall'art. 2112 del c.c.

Ed in effetti ai sensi di tale norma codicistica: *"in caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano."*

Il Codice Civile, appunto all'art. 2112 c.c., definisce trasferimento di azienda qualsiasi operazione che comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica, con o senza fine di lucro, organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi.

Nell'interpretazione di tale norma sono acquisiti quali punti fermi che:

- la tipologia negoziale mediante la quale il trasferimento è attuato è irrilevante;
- la disciplina legale del trasferimento di azienda si applica anche al trasferimento di parte (ramo) dell'azienda;
- il rapporto di lavoro è legato all'azienda e necessariamente passa con il trasferimento, essendo non necessario o legittimo che il cedente debba recedere unilateralmente dal rapporto di lavoro non costituendo il trasferimento di azienda, di per sé, motivo di licenziamento, a seguito del trasferimento d'azienda il rapporto di lavoro dei dipendenti della cedente prosegue con la cessionaria.

Tale disciplina del rapporto di lavoro in caso di trasferimento d'azienda deriva dagli interventi armonizzatori del diritto comunitario (Dir. 77/187/CEE e Dir. 98/50/CE trasfusi nella direttiva 2001/23/CE).

Dalla Cassazione - ossia dalle suddette sentenze n. 3225/2005, 3356/2005, 4722/2005, 7747/2005, 10652-18657/2005, 18829/2005 - l'art. 8 della legge 124/1999 veniva letto come attuativo di un trasferimento nei termini di cui all'art. 2112 c.c.

Depone in effetti a favore di tale lettura l'espressa testuale qualifica, al cit. art. 3 del D.L. 184/1999 dell'operazione come trasferimento ex art. 34 del d. lgs. n. 29 del 1993 (attuale art. 31 del d. lgs. n. 165/2001), il quale dispone la continuità giuridica, ad ogni effetto, del rapporto di lavoro del personale che transita alle dipendenze di un diverso soggetto, con l'applicazione del nuovo CCNL e la conservazione di tutti i diritti, secondo le regole dettate dall'art. 2112 del c.c.

Secondo la Cassazione tale lettura risulta effettivamente avallata, oltre che dal testuale richiamo all'art. 34 d. lgs. 29/1993, anche dal contenuto sostanziale della disciplina contenuta nel medesimo decreto Interministeriale 184/1999 laddove all'art. 3 prevede il riconoscimento dell'anzianità maturata presso gli Enti di provenienza ai fini sia giuridici che economici, nonché in termini di incidenza sulle rispettive gestioni previdenziali.

Lo stesso Ministro della Pubblica Istruzione, nel Decreto Interministeriale 23 luglio 1999, n. 184, dà atto "che in alcune realtà l'Ente locale ha assunto l'onere di FORNITURA di PERSONALE ATA alle scuole mediante la stipula di CONTRATTI DI APPALTO; considerato, conseguentemente, che lo Stato al fine di assicurare il servizio nelle scuole deve subentrare nelle tre funzioni precedentemente indicate (posti coperti da personale di ruolo, supplenti e contratti)", per cui dispone che il Ministero dell'Istruzione subentra sia nei contratti

stipulati dai Comuni con aziende private, sia nella titolarità dei rapporti di lavoro del personale ATA unitariamente considerato.

Il connotato economico del trasferimento risulta del resto confermato anche dal comma 3 dell'art. 8 della L. n. 124/99 il quale, nel prevedere "la progressiva riduzione dei trasferimenti statali a favore degli enti locali in misura pari alle spese comunque sostenute dagli stessi enti nell'anno finanziario precedente a quello dell'effettivo trasferimento del personale" (così il comma 5) per garantire la "fornitura di tale personale da parte dei comuni e delle province" (così il comma 1), dimostra che oggetto del trasferimento non era il personale bensì piuttosto i servizi forniti nelle scuole statali dagli Enti Locali con il proprio personale e con le imprese d'appalto.

Sempre il Ministero dell'Istruzione nella Circolare Ministeriale n. 245 del 15/10/1999, ha espressamente riconosciuto che "1) L'abrogazione della preesistente normativa che faceva carico agli Enti Locali di fornire il personale ATA alle scuole statali, nonché la quantificazione degli oneri "comune" sostenuti dagli Enti Locali, quale elemento di calcolo per la riduzione dei trasferimenti statali agli Enti medesimi, comprovano che il legislatore abbia voluto trasferire allo stato non solo personale, ma anche funzioni ATA assicurate, a termini di legislazione corrente, anche con modalità diverse dal reclutamento di dipendenti, quali ad esempio, i contratti-appalto o progetti LSU/LPU stabilizzati e, quindi, trasformati in forme convenzionali".

La determinazione dell'anzianità di cui gode la dipendente si ripercuote sul trattamento economico fondamentale in quanto il trattamento economico mentre nel Comparto scuola dipende solo dall'anzianità del lavoratore nel Comparto Enti locali è determinato anche sulla base di progressioni economiche e altre voci accessorie, ossia l'indennità di qualifica (pari a £. 10.410), il led, l'indennità di mensa di cui all'art. 12 del d.P.R. n. 347/83, l'indennità turno di cui all'art. 13 del d.P.R. n. 268/87, l'indennità di rischio di £. 20.010, l'indennità di reperibilità, la produttività collettiva ordinaria, l'incentivo presenza, l'indennità ex art. 38 del CCNL, l'incentivo medio individuale, previste dagli artt. 11, comma 12, 13, comma 7, e 34, comma 1, lett. f) g) ed h) del DPR 268/1987, dall'art. 28 del DPR 347/1983, dall'art. 49 del DPR 333/1990 nonché le ulteriori indennità previste dagli accordi decentrati (fra cui l'indennità vestiario) tutte indennità previste dal trattamento retributivo degli enti locali, ma non da quello dello Stato.

In tale ottica l'accordo Aran 20.7.00 - con cui il principio del riconoscimento della "anzianità maturata" ai fini economici e giuridici è stato sostituito con il meccanismo della "temporizzazione" - è stato considerato dalla Cassazione (sempre nelle suddette sentenze nn. 3225/2005, 3356/2005, 4722/2005, 7747/2005, 18652-18657/2005, 18829/2005) illegittimo, incompatibile e contrastante con la lettera dell'art. 8 della L. n. 124/99 laddove espressamente sancisce l'obbligo di riconoscere l'anzianità maturata ai fini sia giuridici che economici.

Nel frattempo, come già detto, l'ARAN con comunicazione del 12/9/2003 n. 6456 a questo Tribunale riconosceva che l'Accordo 20 luglio 2000 "non è atto di natura contrattuale ai sensi dei richiamati decreti legislativi, ma è finalizzato esclusivamente a consentire un primo inquadramento di tale personale nel comparto Scuola. Ciò è dimostrato dalla circostanza che per il suo recepimento si è reso necessario un ulteriore decreto interministeriale in data 5 aprile 2001".

Su tale quadro giurisprudenziale complessivo è intervenuto l'art. 1, comma 218, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, che, nel dichiarato intento di interpretare le disposizioni contenute nell'art. 8 della L. n. 124 del 1999, ha di fatto reintrodotta il principio della temporizzazione, ritenuto costantemente dalla Cassazione contrastante con la lettera della legge n. 124/99.

La norma – come visto al paragrafo precedente – è sopravvissuta ad un duplice vaglio di legittimità costituzionale, il primo come da ordinanza n. 212 del 9 giugno 2008 ed il secondo come da sentenza n. 311/2009.

4) DIRITTO COMUNITARIO - GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA e DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL' UOMO.

A) Trasferimento d' impresa.

Il trasferimento di impresa è disciplinato dalla direttiva 77/187/CEE (trasfusa, unitamente alla Dir. 98/50/CE, nella direttiva 2001/23/CE) concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimento.

La relativa applicazione è soggetta a due condizioni preliminari: il trasferimento deve comportare un cambiamento di datore di lavoro e deve riguardare un'impresa, uno stabilimento o una parte di stabilimento.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea indica quale criterio per determinare se si sia effettivamente in presenza di un vero e proprio trasferimento di ramo d'azienda la verifica se l'operazione sia accompagnata dal trasferimento di un' entità economica unitaria da un' impresa all' altra.

Tra i riscontri ritenuti particolarmente significativi per tale verifica sono ricompresi, da un lato, il passaggio diretto alla nuova impresa del personale già in forze presso la Società cedente, dall' altro l' utilizzazione da parte della nuova impresa, pur in assenza di riassunzione di quota sostanziale, in termini di quantità e di competenze, del personale destinato dal predecessore alla stessa attività, di *"rilevanti elementi patrimoniali"* quali edifici, beni mobili, elementi immateriali, prima utilizzati dall' impresa cedente (v. rispettivamente sentenza Mercks del 7 marzo 1996 n. 171/94 e sentenza Abler del 20 novembre 2003 n. 340/01 in Corr. Giur., 2004, n. 2).

La Corte di Giustizia ritiene dunque il passaggio diretto alla nuova impresa del personale già in forze presso la Società cedente come uno dei riscontri tipici del trasferimento d' azienda.

La medesima Corte di Giustizia nella sentenza 24 gennaio 2002, C 51/2000 ha testualmente rimarcato, ai punti 24,25 e 26 che *"la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela, nonché il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione di tali attività. Tali elementi costituiscono tuttavia soltanto aspetti parziali della valutazione complessiva cui si deve procedere e non possono, perciò, essere considerati isolatamente (v. in particolare le citate sentenze Spijkers, punto 13, e Süzen, punto 14). 25. Nelle sentenze 14 aprile 1994, causa C-392/92, Schmidt (Racc. pag. I-1311), 11 marzo 1997, Süzen, già citata, e 10 dicembre 1998, cause riunite C-127/96, C-229/96 e C-74/97, Hernández Vidal e a. (Racc. pag. I-8179), la Corte si è pronunciata sulla questione del trasferimento di un'entità economica nel settore delle pulizie. Essa ha dichiarato che l'importanza da attribuire rispettivamente ai singoli criteri attinenti alla sussistenza di un trasferimento ai sensi della direttiva varia necessariamente in funzione dell'attività esercitata, o addirittura in funzione dei metodi di produzione o di gestione utilizzati nell'impresa nello stabilimento o nella parte di stabilimento in questione. Quando, in particolare, un'entità economica sia in grado, in determinati settori, di operare senza elementi patrimoniali, materiali o immateriali, significativi, la conservazione della sua identità, al di là dell'operazione di cui essa è oggetto, non può, per ipotesi, dipendere dalla cessione di tali elementi (sentenza Süzen, citata, punto 18). 26. Pertanto, in determinati settori in cui l'attività si fonda essenzialmente sulla mano d'opera, un gruppo di lavoratori che assolve*

stabilmente un'attività comune può corrispondere ad un'entità economica. Una siffatta entità può conservare quindi la sua identità al di là del trasferimento quando il nuovo imprenditore non si limiti a proseguire l'attività stessa, ma riassuma anche una parte essenziale, in termini di numero e di competenza, del personale specificamente destinato dal predecessore a tali compiti (sentenza Sözen, citata, punto 21). Per quanto riguarda un'impresa di pulizie, un gruppo organizzato di dipendenti specificamente e stabilmente assegnati a un compito comune può, in mancanza di altri fattori produttivi, corrispondere ad un'entità economica (sentenza Hernández Vidal e a., citata, punto 27)"

Nella recente sentenza 13 settembre 2007, causa C 458/05 Mohamed Jouini la medesima Corte d'altro canto, ai punti 32-36 afferma: "La nozione di entità economica richiama quindi un complesso organizzato di persone e di elementi che consenta l'esercizio di un'attività economica finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo (sentenze 10 dicembre 1998, cause riunite C-127/96, C-229/96 e C-74/97, Hernández Vidal e a., Racc. pag. I-8179, punto 26, nonché Güney-Görres e Demir, cit., punto 32), e che sia adeguatamente strutturata ed autonoma (sentenza Hernández Vidal e a., cit., punto 27). 32 Un'entità del genere non deve comportare necessariamente elementi patrimoniali, materiali o immateriali, significativi. Infatti, in taluni settori economici tali elementi sono spesso ridotti alla loro più semplice espressione e l'attività si fonda essenzialmente sulla manodopera. ...35 A tale proposito, occorre sottolineare che l'attività delle agenzie di lavoro interinale è caratterizzata dalla messa a disposizione temporanea di lavoratori al servizio di imprese utilizzatrici affinché essi vi esercitino funzioni diverse a seconda delle esigenze e delle direttive di tali imprese. Lo svolgimento di siffatta attività richiede, in particolare, un complesso di conoscenze e una struttura amministrativa che consentano di organizzare tale messa a disposizione dei lavoratori, nonché un insieme di lavoratori interinali che possano integrarsi nelle imprese utilizzatrici e svolgere per loro le funzioni richieste. Altri mezzi di produzione significativi, invece, non sono indispensabili per la realizzazione dell'attività economica in questione. 36 La circostanza, sottolineata dal giudice del rinvio, che i lavoratori interinali siano integrati nella struttura organizzativa del cliente al servizio del quale sono messi a disposizione non può, di per sé, impedire di constatare l'esistenza di un trasferimento di entità economica. Tali lavoratori, infatti, rimangono comunque, in sostanza, elementi fondamentali, senza i quali l'agenzia di lavoro interinale sarebbe impossibilitata a svolgere la sua attività economica. Inoltre, la circostanza che essi siano, come peraltro prevede l'art. 1, punto 2), della direttiva 91/383, richiamato all'art. 2, n. 2, secondo comma, lett. c), della direttiva 2001/23, legati al cedente da un rapporto di lavoro e che il cedente li retribuisca direttamente conferma il loro collegamento all'impresa gestita dal detto cedente e, di conseguenza, il loro contributo all'esistenza di un'entità economica presso quest'ultimo."

La Corte di giustizia nella sentenza Redmond Stichting ha inoltre chiarito che la nozione «cessione contrattuale» deve essere interpretata nel senso che «questa nozione viene ad applicarsi nell'ipotesi in cui un'autorità pubblica decida di porre fine alla concessione di sovvenzioni ad una persona giuridica, provocando così la cessazione completa e definitiva delle attività di quest'ultima per trasferirle ad un'altra persona giuridica che persegue un fine analogo» (così la sentenza nella causa C-29/91 punto 21).

Da tale ultima giurisprudenza si desume che anche un trasferimento disposto per legge ricade nell'ambito dell'applicazione della direttiva poiché criterio decisivo per individuare una cessione contrattuale non è l'esistenza di un accordo contrattuale fra cedente e cessionario, bensì di un cambiamento della persona responsabile dell'esercizio dell'impresa (cfr. le sentenze 15 giugno 1988, causa 101/87, Bork International e 7 marzo 1996, cause riunite C-171/94 e C-172/94 Merckx e Neuhuys, punto 28).

In tema di trasferimento tra pubbliche amministrazioni la Corte di Giustizia precisa che osta all' applicazione della direttiva unicamente il caso di attività rientranti nell' esercizio di pubblici poteri.

Così la sentenza 14 settembre 2000, Collino e Chiappero contro Telecom Italia SpA. Causa C-343/98, secondo cui: " il fatto che il servizio trasferito sia stato concesso da un ente di diritto pubblico, quale un comune, non può escludere l'applicazione della direttiva in quanto l'attività considerata non rientra nell'esercizio dei pubblici poteri (sentenza 10 dicembre 1998, cause riunite C-173/96 e C-247/96, Hiralgo e a., Racc. pag. I-8237, punto 24)."

In senso conforme Corte di Giustizia sentenze 19 maggio 1992 resa in causa c - 29/91, 14 settembre 2000, resa in causa c - 343/98, 25 gennaio 2001 resa in causa C-172/99 nonché sentenza Beckmann del 4 giugno 2002 causa C-164/00, punto 27 relativa ad un trasferimento dal settore pubblico a quello privato nel Regno Unito, segnatamente dal National Health Service (amministrazione nazionale della sanità) ad una società privata, nella quale la Corte precisa che «nonostante l'appartenenza [del National Health Service] al settore pubblico, rientrano nell'ambito di applicazione della normativa nazionale in materia di diritto del lavoro e [...] possono pertanto beneficiare delle disposizioni della direttiva»).

In materia di applicazione della direttiva 77/187 al pubblico dipendente rispetto allo specifico problema del riconoscimento dell' anzianità di servizio la Corte di Giustizia insegna che: "le autorità competenti incaricate di applicare e di interpretare il diritto nazionale relativo al pubblico impiego sono tenute a farlo in tutta la misura possibile alla luce dello scopo della direttiva 77/187. Sarebbe contrario allo spirito di questa direttiva trattare il dipendente che proviene dal cedente non tenendo conto della sua anzianità se le norme nazionali che disciplinano la situazione dei dipendenti dello Stato prendono in considerazione l'anzianità del dipendente dello Stato per il calcolo della sua retribuzione" (v. Corte di Giustizia 11 Novembre 2004, C 425/02).

B) Principi della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento, della uguaglianza delle armi del processo, del diritto ad un tribunale indipendente e, più in generale, ad un equo processo.

Trattasi di principi garantiti dall'art. 6, n. 2, del Trattato sull'Unione Europea (al quale fa rinvio l'art. 46 del trattato sull'Unione) in combinato disposto con l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali - Cedu, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e con gli artt. 46, 47 e 52, n. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000.

Tali principi fanno attualmente parte dell'ordinamento giuridico comunitario e devono essere rispettati dagli Stati membri per effetto del loro recepimento da parte del Trattato di Lisbona, ratificato da parte dell'Italia con la legge n. 130/2008 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009.

La Corte di Giustizia ha chiarito che "il principio della certezza del diritto esige, segnatamente, che le norme giuridiche siano chiare, precise e prevedibili nei loro effetti, in particolare qualora esse possano comportare conseguenze sfavorevoli in capo ai singoli e alle imprese".

Così Corte di Giustizia CE, sentenza 7 giugno 2005, causa C-17/03 e, in termini, tra le tante, Corte di Giustizia CE, sentenze 13.3.2008, C-383/06, 384/06 e 385/06; 9.10.2001, C-80/99, 81/99 e 82/99; 21.9.1983 C-205/82 e 215/82; 27.9.1979, C-230/78.

La medesima Corte ha inoltre consacrato quale principio generale comunitario il diritto di ogni persona ad un processo equo, ispirato ai diritti fondamentali che fanno parte integrante dei principi generali del diritto comunitario dei quali la Corte garantisce l'osservanza ispirandosi alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri e alle indicazioni fornite in particolare dalla Cedu (sentenze 17 dicembre 1998, causa C-185/95 P, Baustahlgewebe contro Commissione, Racc. p. I-8417, punti 20 e 21; 11 gennaio 2000, cause riunite C-

174/98 P e C-189/98 P, Paesi Bassi e Van der Wal/Commissione, Racc. p. I-1, punto 17, e 2 maggio 2006, causa C-341/04, Eurofood IFSC, Racc. p. I-3813, punto 65; sentenza Eurofood IFSC, cit., punto 65) (v., in tal senso, Corte Giust. Ce del 25 gennaio 2007 C-411/04; sentenza 11 marzo 2006, causa C-384/04, Federation of Technological Industries e a., Racc. pag. I-4191, punto 29)

La Corte Europea dei diritti dell'uomo ha, a sua volta, costantemente ritenuto che "71. Il problema che nella specie si pone è quello di un processo giusto e, secondo la Corte, vi è responsabilità dello Stato sia nella sua qualità di legislatore, laddove altera il processo o influisce sulla conclusione giudiziaria della controversia, sia nella sua espressione di potere giudiziario, laddove influisce sull'equità del procedimento nel quadro delle controversie di diritto privato in particolare. 72. La Corte rammenta che nell'ambito di controversie di carattere privato, il principio dell'eguaglianza delle armi implica l'obbligo di offrire a ciascuna delle parti in causa la possibilità di presentare le sue ragioni in condizioni non svantaggiate rispetto a quelle di cui gode il suo avversario 74. Di conseguenza, l'approvazione della legge 19 gennaio 2000 ha disciplinato la sostanza della controversia ed ha reso vano il proseguimento dei procedimenti giudiziari. In queste condizioni, la Corte ritiene che non si possa parlare di parità delle armi tra le due parti della causa, in quanto lo Stato ha dato ragione ad una delle due, adottando la legge predetta". (Corte Europea arrêts *Arnolin et autres et 24 autres affaires c. France*, nos 20127/03, 31795/03, 35937/03, 2185/04, 4208/04, 12654/04, 15466/04, 15612/04, 27549/04, 27552/04, 27554/04, 27560/04, 27566/04, 27572/04, 27586/04, 27588/04, 27593/04, 27599/04, 27602/04, 27605/04, 27611/04, 27615/04, 27632/04, 34409/04 et 12176/05 del 9 aprile 2007, e *Aubert et autres et 8 autres affaires c. France*, nn. 31501/03, 31870/03, 13045/04, 13076/04, 14838/04, 17558/04, 30488/04, 45576/04 et 20389/05 del 9 aprile 2007, *Maurice c. Francia* [GC], n. 11810/03 del 6 ottobre 2005, §§ 90 e 93, CEDH 2005-IX, *Lecarpentier ed altro c. Francia*, n. 67847/01, §§ 48, 51 e 52, 14 febbraio 2006, *affaire SCM Scanner de l'ouest lyonnais et autres c. France*, del 21 settembre 2007, § 28.)

La Corte Europea ha inoltre chiarito che "33. Di conseguenza, l'adozione della legge del 12 aprile 1996 ha, in realtà, deciso l'esito del contenzioso, rendendo inutile la prosecuzione delle procedure giudiziarie. 34. In queste circostanze, la Corte ritiene che non si possa parlare di parità delle armi tra i due soggetti privati, avendo lo Stato dato ragione a uno di loro con l'adozione della legge in questione. 35. In ogni caso, per ragioni di completezza, la Corte rimarca che se lo Stato non è stato parte del procedimento in senso stretto, è palmare, da quanto esposto dal ricorrente, era comunque interessato in qualità azionista indiretto della banca, che era opposta al ricorrente, come dimostrato dai documenti forniti da quest'ultimo. Inoltre, è pacifico che lo Stato era presente nel settore bancario, all'epoca dei fatti, se ha nazionalizzato le banche o gli investimenti, diretti o non, come qui, in capitale delle banche. Quindi, anche supponendo che lo Stato non aveva alcun interesse nel procedimento stesso, non potrebbe comunque definirsi "neutrale" circa l'esito del contenzioso. Infine, la Corte sottolinea che, anche se un intervento legislativo non ha come obiettivo influenzare l'esito della controversia, gli effetti della nuova legge possono implicare una constatazione della violazione dell'articolo 6 § 1 (cfr. *Crîșan contro la Romania*, n. 42930/98, 27.5.2003, § 27). 36. Per quanto riguarda gli "imperiosi motivi di interesse pubblico", dedotti dal governo e ribaditi dalla Corte costituzionale, nella sua decisione del 9.4.1996, sarebbero connessi alla necessità di salvaguardare la stabilità finanziaria del sistema bancario e l'attività l'economia in generale. In merito alla decisione della Corte costituzionale, questa Corte ricorda che la stessa non è sufficiente per sancire la conformità dell'articolo 87 della legge 12 aprile 1996, con le disposizioni della Convenzione (cfr. *Zielinski e Pradal e Gonzalez e altri cit.*, § 59). Tuttavia, si rileva che la Corte costituzionale, adeguandosi alla

giurisprudenza della Corte, richiede ora un interesse generale "sufficiente" (si veda in particolare la decisione n. 2004-509 DC del gennaio 13, 2005). 37. La Corte ricorda inoltre che in linea di principio una mera esigenza finanziaria non può giustificare un tale intervento legislativo (v., Zielinski e Pradal e Gonzalez e a., cit., § 59). In ogni caso, nella fattispecie in esame, non vi è alcuna prova per sostenere la tesi secondo cui l'impatto è stato di tale importanza da compromettere l'equilibrio del settore bancario e le attività economiche in generale." (così Corte Cedu Cabourdin c. Francia, n. 60796/00, §§ 28-30, 11 aprile 2006, e in senso conforme: Corte EDU. e Joubert C. Francia n. 30345/05 del 23 luglio 2009, § 61 e ss.). L'art. 6 (F) del Trattato di Maastricht (al quale fa rinvio l'art. 46 del medesimo trattato sull'Unione) sancisce espressamente che «1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasturgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. 2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

Dunque sicuramente l'art. 6 della CEDU, e gli artt. 46, 47 e 52, n. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 sanciscono principi fondamentali del diritto comunitario.

Si veda in tal senso da ultimo: Corte Giust. Ce, 27 giugno 2006, causa C-540, Corte Giust. Ce, 13 marzo 2007, Unibet Ltd C. Justitiekanslern causa C-432/05, Salzglitter Mannesmann GmbH contro Commissione delle Comunità europee del 25 gennaio 2007 C-411/04, e Advocaten Voor De Wereld del 26 giugno 2007 - procedimento C - 305/05, per cui "il diritto a un equo processo, come si desume, in particolare, dall'art. 6 della Cedu, costituisce un diritto fondamentale che l'Unione europea rispetta in quanto principio generale in forza dell'art. 6, n. 2, Ue").

Uno di tali principi fondamentali è il divieto per gli Stati membri di intervenire con leggi retroattive idonee ad interferire con le azioni giudiziarie intraprese nei propri confronti (V. Corte Europea dei diritti dell'uomo, *affaires Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce* del 9 dicembre 1994, *Papageorgiou c. Grèce* del 22 ottobre 1997, *Zielinski et Pradal & Gonzalez et autres c. France*, del 28 ottobre 1999 e *Forrer-Niedenthal c. Allemagne*, del 20 febbraio 2003, *Crîșan c. Roumanie*, n° 42930/98, del 27 maggio 2003 e *Lecarpentier c. France*, n° 67847/01, del 14 febbraio 2006).

5) QUESTIONI PREGIUDIZIALI EX ART. 234 TRATTATO CE.

La ricorrente in sede di discussione finale all'udienza 16.12.2009 ha ribadito il contrasto della normativa italiana - segnatamente del comma 2 dell'articolo 8 della 124/1999 come interpretato ai sensi dell'art. 1 comma 218 della legge 266/2005 - con la direttiva 77/187/Ce ed i principi generali del vigente diritto comunitario della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento, della uguaglianza delle armi del processo, del diritto ad un tribunale indipendente e, più in generale, ad un equo processo,

Il presupposto del primo profilo di contrasto è dunque che la fattispecie in esame sia riconducibile al campo di applicazione delle direttive comunitarie in materia di trasferimento d'azienda (direttiva 77/187/Cee, modificata dalla direttiva 98/50/Ce).

Precedenti controversie successive all'entrata in vigore dell'art 1 comma 218 legge 266/2005 sono state in effetti decise da questo Giudice mediante disapplicazione di tale norma per contrasto con tali direttive, ma la questione necessita di essere chiarita tramite remissione alla Corte di Giustizia in quanto in senso diverso si sono espresse sia la Corte Costituzionale che la Cassazione nella citata ordinanza n. 22260 del 3.6.2008/4.9.2008.

Necessita di essere inoltre chiarito se tale disciplina interna sia comunque lesiva dei principi comunitari di certezza del diritto, tutela del legittimo affidamento, uguaglianza delle armi del processo, diritto ad un tribunale indipendente e, più in generale, ad un equo processo, garantiti dall'art. 6, n. 2, del Trattato sull'Unione Europea (al quale fa rinvio l'art. 46 del trattato sull'Unione) in combinato disposto con l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e con gli artt. 46, 47 e 52, n. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, principi che fanno parte dell'ordinamento giuridico comunitario e che devono essere rispettati dagli Stati membri per effetto del loro recepimento da parte del Trattato di Lisbona, ratificato da parte dell'Italia con la legge n. 130/2008 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009.

Su entrambi i profili di contrasto, rilevante per la decisione della causa, appare necessario acquisire elementi di interpretazione attinenti al diritto comunitario che consentano di pronunciarsi su tale compatibilità.

Sussistono quindi i presupposti per la remissione alla Corte di Giustizia ex art. 234 del Trattato CE.

1) 1)ª questione: applicabilità delle direttive comunitarie in materia di trasferimento d'azienda (direttiva 77/187/Cee, modificata dalla direttiva 98/50/Ce).

Il primo aspetto da chiarire è dunque se la fattispecie in esame sia riconducibile al campo di applicazione delle direttive comunitarie in materia di trasferimento d'azienda (direttiva 77/187/Cee, modificata dalla direttiva 98/50/Ce).

La questione è innanzitutto rilevante ai fini di causa in quanto in caso di ritenuta applicabilità delle direttive la norma interna, ossia l'art 1 comma 218 legge 266/2005, dovrebbe essere disapplicata, con conseguente fondatezza della pretesa attorea, ossia con l'obbligo del nuovo datore di lavoro ex art. 8 comma 2 legge 124/1999 di calcolare l'importo del trattamento economico e dell'indennità di buonuscita tenendo conto dell'anzianità maturata prima del trasferimento.

La questione si presta nel contempo ad un chiarimento interpretativo a livello comunitario in quanto plurimi argomenti depongono in senso contrario rispetto alla valutazione di inapplicabilità della direttiva sostenuta, come detto, sia dalla Corte Costituzionale che da ultimo anche dalla Cassazione nell'ordinanza 22260/2008. Depone in primo luogo per l'applicabilità già il fatto in sé che l'insieme dei lavoratori (bidelli) incaricati della pulizia e sorveglianza delle scuole integra un'entità economica che ha conservato la sua identità pur dopo il trasferimento e che è stata ininterrottamente proseguita senza alcuna modifica organizzativa dal cessionario. In fatto è pacifico che la ricorrente già prima del trasferimento svolgeva le mansioni di bidella presso gli istituti scolastici e che tali mansioni sono rimaste inalterate dopo il passaggio alle dipendenze del Ministero dell'Istruzione con la sola differenza che la retribuzione viene ora direttamente erogata dal Ministero, mentre prima veniva corrisposta dagli enti locali dietro rimborso da parte dello Stato.

Certe dunque l'identità e la continuità delle mansioni, il trasferimento ha pacificamente comportato solo la modifica del soggetto erogatore della retribuzione.

Che il trasferimento dei servizi ausiliari delle scuole, consistenti nel mettere a disposizione delle Scuole taluni lavoratori dietro retribuzione, costituisca un'entità economica operativa senza dover ricorrere ad altri mezzi di produzione significativi del cedente risulta del resto confermata dalla circostanza che gli Enti locali in alcuni casi provvedevano all'effettuazione di tali servizi ausiliari mediante stipula di contratti di appalto con imprese private, contratti di cui pure si è disposta la cessione in favore del Ministero.

Ed in effetti l'art. 9 del Decreto Interministeriale 23 luglio 1999, n. 184 (in GU 21 gennaio 2000, n. 16), attuativo della L. n. 124/99 ha infatti espressamente sancito che *"Lo Stato subentrerà nei contratti stipulati dagli Enti Locali alla data del 24.5.1999, ed eventualmente rinnovati in data successiva, per la parte con la quale sono state assicurate le funzioni ATA per le scuole statali, in luogo dell'assunzione di personale dipendente. Ai fini predetti, le autorità scolastiche periferiche e gli Enti Locali competenti stipuleranno, entro il 31.12.1999, apposite convenzioni che individuino le modalità di subentro nei contratti i quali, ferma la rispondenza ai requisiti di cui al comma precedente, potranno essere frazionati in corrispondenza di singole istituzioni scolastiche"*.

Depono, d'altro canto, per l'applicabilità della direttiva la natura delle attività trasferite posto che oggetto del trasferimento sono i servizi di pulizia e, più in generale, prestazioni di servizi ausiliari delle scuole statali i quali costituiscono chiaramente attività di natura economica poiché non implicano certo l'esercizio di pubblici poteri.

Poste tali emergenze in fatto, la direttiva appare su piano oggettivo applicabile in quanto - come visto al paragrafo precedente - secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia:

- il passaggio diretto in blocco alla nuova impresa del personale già in forze presso la società cedente costituisce di per sé, anche in assenza di ulteriori elementi, riscontro significativo del trasferimento;
- la «cessione contrattuale» ricorre anche nell'ipotesi in cui un'autorità pubblica decida di porre fine alla concessione di sovvenzioni ad una persona giuridica, provocando così la cessazione completa e definitiva delle attività di quest'ultima per trasferirle ad un'altra persona giuridica che persegue un fine analogo;
- anche un trasferimento disposto per legge ricade nell'ambito dell'applicazione della direttiva poiché criterio decisivo per individuare una cessione contrattuale non è l'esistenza di un accordo contrattuale fra cedente e cessionario, bensì di un cambiamento della persona responsabile dell'esercizio dell'impresa;
- la direttiva è applicabile anche al trasferimento disposto tra due pubbliche amministrazioni a meno che l'attività considerata non rientri nell'esercizio di pubblici poteri.

La ricorrente ricade, inoltre, nell'ambito d'applicazione della direttiva anche *ratione personae* atteso che secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia la direttiva si applica a tutti i lavoratori tutelati dal licenziamento in base al diritto nazionale.

Di tale tutela gode certamente anche il personale ATA in quanto il legislatore italiano con gli artt. 2 e 55 del d.l.vo del 3 febbraio 1993, n. 29, ora trasfusi nel d.l.vo n. 165 del 2001, ha disposto la privatizzazione dei rapporti di pubblico impiego sancendo l'estensione della disciplina contenuta nel capo I, titolo II del libro V del codice civile e nelle leggi sul rapporto di lavoro privato nell'impresa ai lavoratori alle dipendenze degli Enti Locali e del Ministero dell'Istruzione.

Inoltre diritto italiano non consente, nelle ipotesi di trasferimento di imprese, servizi o di attività, di modificare il rapporto di lavoro in senso sfavorevole per i lavoratori, in particolare per quanto riguarda la loro tutela contro il licenziamento e la conservazione dei diritti acquisiti.

Infatti, l'art. 19 del d.lgs. n.80 del 1998 prima dell'adozione della L. n. 124/99 aveva già riformato il testo dell'art. 34 del d. lgs. n. 29 del 1993 stabilendo che: «nel caso di trasferimento o conferimento di attività, svolte da pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture, ad altri soggetti, pubblici o privati, al personale che passa alle dipendenze di tali soggetti si applica l'art. 2112 del codice civile e si osservano le procedure di informazione e di consultazione di cui all'art. 47, commi da 1 a 4, della legge 29 dicembre 1990, n. 428.» con conseguente surroga del cessionario al cedente nei diritti e negli obblighi risultanti dal rapporto di lavoro.

Ciò posto, risulta utile un chiarimento della Corte di Giustizia sulla seguente questione: se la direttiva Cee del Consiglio n. 77/187 e/o la direttiva 12 marzo 2001, 2001/23/CE. o la diversa normativa comunitaria ritenuta applicabile debbano essere interpretate nel senso di una loro applicabilità ad una fattispecie di trasferimento di personale addetto a servizi ausiliari di pulizia e manutenzione degli edifici scolastici pubblici da enti pubblici locali (comuni e province) allo Stato laddove il trasferimento ha comportato il subentro non solo nell'attività e nei rapporti con tutto il personale (bidelli) addetto, ma anche nei contratti di appalto stipulati con imprese private per garantire i medesimi servizi.

Risultano inoltre utili i seguenti connessi chiarimenti:

- se l'art. 3, n. 1, primo comma, della direttiva 77/187 (trasfusa, unitamente alla Dir. 98/50/CE, nella direttiva 2001/23/CE) deve essere interpretato nel senso che la continuità del rapporto di lavoro implica che, per il calcolo dei diritti di natura pecuniaria collegati presso il cessionario all'anzianità dei lavoratori (quali aumenti di stipendio e la determinazione dell'ammontare della buonuscita), il cessionario è tenuto a prendere in considerazione tutti gli anni effettuati dal personale trasferito tanto alle sue dipendenze quanto a quelle del cedente;
- se l'art. 3 della direttiva 77/187 e/o la direttiva del Consiglio 29 giugno 1998, 98/50/CE e 12 marzo 2001, 2001/23/CE, devono essere interpretate nel senso che tra i diritti del lavoratore che si trasferiscono al concessionario rientrano anche posizioni di vantaggio conseguite dal lavoratore presso il cedente quale l'anzianità di servizio se a questa risultano essere collegati, nella contrattazione collettiva vigente presso il cessionario, diritti di carattere economico.

2)ª questione: violazione dei principi di certezza del diritto, legittimo affidamento, uguaglianza delle armi del processo, diritto ad un tribunale indipendente e ad un equo processo.

Come già detto e ripetuto, il Legislatore con la legge n. 266 del 2005 ha interpretato autenticamente l'art. 8 della legge n. 124/99 nel senso del riconoscimento del diritto al computo non dell'anzianità maturata, bensì di un'anzianità fittizia, risultante dalla trasformazione del cosiddetto "maturato economico" in anzianità di ruolo.

La disposizione è stata emanata a fronte di un'interpretazione diametralmente opposta affermata dalla Cassazione (e a monte da numerosi giudici di merito) con orientamento assolutamente consolidato.

In effetti l'art 8 comma 2 legge 124/1999 veniva letto come attuativo di un trasferimento nei termini di cui all' art. 2112 c.c. e l' accordo Aran 20.7.2000 ritenuto illegittimo in quanto contrastante con la lettera del medesimo art. 8 laddove espressamente sancisce l'obbligo di riconoscere l'anzianità maturata ai fini sia giuridici che economici.

Dunque lo Stato Italiano, diretta parte in causa in persona del Ministero dell' Istruzione nell' ampio contenzioso in materia, nel 2005 ha legiferato introducendo un' interpretazione della norma applicabile a sé favorevole e appunto difforme da quella sostenuta con orientamento costante della Corte di Cassazione.

La questione da chiarire è se tale intervento legislativo si ponga in contrasto, oltre che con le direttive in materia di trasferimento di azienda, anche con i principi della parità delle armi, della certezza del diritto e del diritto ad un giusto processo, consacrati nell'art. 6 della Convenzione Europea dei diritti dell' Uomo - CEDU e negli artt. 46 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, che fanno parte dell'ordinamento giuridico comunitario e che devono essere rispettati dagli Stati membri per effetto del loro recepimento da parte del Trattato di Lisbona, ratificato da parte dell'Italia con la legge n. 130/2008 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009.

Tale contrasto pare sussistente in quanto:

- la legge 266/2005 è la legge finanziaria per il 2006, inserita oltretutto con un "super-emendamento" governativo ed approvata ricorrendo al voto di fiducia.

Dunque la disposizione in questione, riguardante il personale Ata, è inserita nel corpo di una fonte normativa destinata a tutt'altro scopo, il che pare in contrasto con l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo;

- la norma interpretativa è inoltre intervenuta dopo cinque anni dall'entrata in vigore della norma interpretata, quando sul necessario computo dell'anzianità maturata già sussisteva un "diritto vivente", derivato dal carattere univoco e consolidato dell'orientamento in materia della Cassazione, ossia dell'autorità giudiziaria titolare della funzione di nomofilachia ex art. 65 del R.D. 30 gennaio 1941, n. 12.

La norma stessa è oltretutto soltanto formalmente interpretativa, ma nella sostanza innovativa in quanto il tenore letterale dell'interpretato articolo 8 non comprende fra le sue possibili letture l'interpretazione fornita;

- la norma vale, infine, a regolare una fattispecie in cui lo stesso Stato Italiano che l'ha emanata è parte in causa.

Lo Stato Italiano con l'intervento del 2005 ha dunque influito nell'amministrazione della giustizia determinando, rispetto a tutta una categoria di controversie nelle quali è parte, un risultato a sé favorevole.

La disposizione in questione pare dunque in contrasto con i principi di parità delle armi, di certezza del diritto e con il diritto ad un equo processo.

Ciò posto, risulta utile un chiarimento della Corte di Giustizia sulla seguente questione: se i principi generali del vigente diritto comunitario della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento, della uguaglianza delle armi del processo, dell'effettiva tutela giurisdizionale, ad un tribunale indipendente e, più in generale, ad un equo processo, garantiti dall'art. 6, n. 2, del Trattato sull'Unione Europea (così come modificato dall'art. 1.8 del trattato di Lisbona e al quale fa rinvio l'art. 46 del trattato sull'Unione) – in combinato disposto con l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e con gli artt. 46, 47 e 52, n. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, come recepiti dal Trattato di Lisbona, debbano essere interpretati nel senso di ostare all'emanazione da parte dello Stato italiano, dopo un arco temporale apprezzabile (5 anni), di una norma di interpretazione autentica difforme rispetto al dettato da interpretare e contrastante con l'interpretazione costante e consolidata dell'organo titolare della funzione nomofilattica, norma oltretutto rilevante per la decisione di controversie in cui lo stesso Stato italiano è coinvolto come parte.

P.Q.M.

Il Giudice del Lavoro di Venezia, al fine di acquisire elementi di interpretazione attinenti al diritto comunitario utili per la decisione delle indicate compatibilità, rilevanti ai fini di causa, chiede alla Corte di Giustizia CE di pronunciarsi ai sensi dell'art. 234 del Trattato Ce sulle seguenti questioni:

1. se la direttiva Cee del Consiglio n. 77/187 e/o la direttiva 12 marzo 2001, 2001/23/CE, o la diversa normativa comunitaria ritenuta applicabile deve essere interpretata nel senso che quest'ultima può applicarsi ad una fattispecie di trasferimento di personale addetto a servizi ausiliari di pulizia e manutenzione degli edifici scolastici statali da enti pubblici locali (comuni e province) allo Stato laddove il trasferimento ha comportato il subentro non solo nell'attività e nei rapporti con tutto il personale (bidelli) addetto, ma anche nei contratti di appalto stipulati con imprese private per garantire i medesimi servizi;
2. se la continuità del rapporto di lavoro ex art. 3, n. 1, primo comma, della direttiva 77/187 (trasfusa, unitamente alla Dir. 98/50/CE, nella direttiva 2001/23/CE) deve essere interpretata nel senso di una quantificazione dei trattamenti economici collegati presso il cessionario all'anzianità di servizio che tenga conto di tutti gli anni effettuati dal personale trasferito, anche di quelli svolti alle dipendenze del cedente;
3. se l'art. 3 della direttiva 77/187 e/o la direttiva del Consiglio 29 giugno 1998, 98/50/CE e 12 marzo 2001, 2001/23/CE, devono essere interpretate nel senso che tra i diritti del lavoratore che si trasferiscono al concessionario rientrano anche posizioni di vantaggio conseguite dal lavoratore presso il cedente quale l'anzianità di servizio se a questa risultano esser collegati, nella contrattazione collettiva vigente presso il cessionario, diritti di carattere economico;
4. se i principi generali del vigente diritto comunitario della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento, della uguaglianza delle armi del processo, dell'effettiva tutela giurisdizionale, ad un tribunale indipendente e, più in generale, ad un equo processo, garantiti dall'art. 8, n. 2, del Trattato sull'Unione Europea (così come modificato dall'art. 1.8 del trattato di Lisbona e al quale fa rinvio l'art. 46 del trattato sull'Unione) - in combinato disposto con l'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e con gli artt. 46, 47 e 52, n. 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, come recepiti dal Trattato di Lisbona, debbano essere interpretati nel senso di ostare all'emanazione da parte dello Stato italiano, dopo un arco temporale apprezzabile (5 anni), di una norma di interpretazione autentica difforme rispetto al dettato da interpretare e contrastante con l'interpretazione costante e consolidata dell'organo titolare della funzione nomofilattica, norma oltretutto rilevante per la decisione di controversie in cui lo stesso Stato Italiano è coinvolto come parte.

Si dispone la sospensione del giudizio e ordina che la presente ordinanza, previa comunicazione alle parti, sia trasmessa unitamente agli atti processuali alla Cancelleria della Corte di Giustizia CE.
Venezia, 4 gennaio 2010.

Il Giudice
dr.ssa Margherita Bortolasc



IL CANCELLIERE B3
(Pasqua Blacose)

Pasqua Blacose

TRIBUNALE ORDINARIO DI VENEZIA
DEPOSITATO OGGI

4 GEN. 2010



IL CANCELLIERE B3
(Pasqua Blacose)

Pasqua Blacose