



UNIVERSITA DEGLI STUDI DI SALERNO

Facoltà di Giurisprudenza

Tesi di laurea in Diritto del Lavoro

**Mantenimento dei diritti dei lavoratori nel
trasferimento d'azienda, tra diritto
comunitario e diritto interno**

Relatore:
Chiar.mo Prof.
Paolo Greco

Correlatore:
Chiar.mo Dott.
Michele Colucci

Laureando: Francesco Fusco
Mat. 11/100606

INDICE

CAPITOLO I

Esternalizzazione e trasferimento d'azienda: i temi del dibattito

- 1.1- Impresa, azienda e ramo d'azienda: L'interpretazione
espansiva della C. G. E. 9
- 1.2- La sentenza "Suezen": nuovi orientamenti
interpretativi 15
- 1.3- La fattispecie del trasferimento d'azienda nel
diritto interno 22
- 1.4- Il trasferimento del ramo d'azienda. Premessa 32
- 1.5- Ramo d'azienda e "autonomia funzionale" 39

1.6-	Il d.lgs. 276/2003: nuova nozione di ramo d'azienda ...	51
1.7-	Una “nuova” autonomia individuale	54
1.8-	L'antitesi con il diritto comunitario	65

CAPITOLO II

Consenso del lavoratore o diritto d'opposizione

2.1-	Premessa	71
2.2-	La continuazione del rapporto di lavoro e la Corte di Giustizia	72
2.3-	Il valore del “consenso” nell'ordinamento interno	81
2.4-	Tra diritto d'opposizione e continuità del rapporto	85
2.5-	La modifica delle condizioni di lavoro	89

2.6- Ancora sul consenso del lavoratore alla luce del codice civile	97
---	----

CAPITOLO III

Trasferimento d'azienda: quali garanzie

3.1- L'inderogabilità della tutela	102
3.2- I diritti del lavoratore ceduto	106
3.3- La tutela collettiva attraverso l'informazione e la consultazione	116
3.4- Uno sguardo ai trattamenti collettivi	122
3.5- Il trasferimento d'azienda come alternativa ai licenziamenti?	130
3.6- Crediti da lavoro e regime di solidarietà ex art. 2112 c.c.	136

CAPITOLO IV

L'esternalizzazione e le sue forme

4.1-	Nuovi scenari nel mondo del lavoro	144
4.2-	Il trasferimento del ramo d'azienda tramite appalto ..	149
4.3-	Internalizzazione del lavoro e regime di solidarietà ..	153
4.4-	Successione nell'appalto di opere e servizi	158

Conclusioni :

Prospettive di competitività e human resurce	164
--	-----

Riferimenti Bibliografici	167
---------------------------------	-----

CAPITOLO I

Esternalizzazione e trasferimento d'azienda: i temi del dibattito.

La continua e incessante evoluzione normativa, sul piano nazionale e nell'ambito comunitario, è il risultato delle rapide modifiche che coinvolgono i modelli produttivi, le forme d'organizzazione e gli stessi rapporti sociali.

Il fenomeno dell'esternalizzazione, come risultato dei processi di riorganizzazione e ristrutturazione, sta modificando il panorama aziendale non solo italiano ma anche europeo, dando nuove dimensioni agli assetti, alle strutture di produzione e incidendo significativamente sulla posizione giuridica del lavoratore dipendente.

Questi cambiamenti ,riassunti con la formula della riorganizzazione aziendale, determinano la necessità per le aziende ad adeguarsi alla rapida evoluzione delle tecnologie, e per i lavoratori ad essere aperti e preparati alla possibilità di frequenti mutamenti nel loro iter professionale.

Queste profonde modificazioni strutturali, nel mondo delle imprese, comportano l'espunzione, dal ciclo produttivo diretto, di attività che l'imprenditore reputa più conveniente affidare a strutture esterne all'impresa o in ogni modo diverse da essa, con notevole riduzione al minimo del "nucleo duro" direttamente gestito dall'impresa (*core business*).¹

Emerge dalla realtà il fenomeno del c.d. decentramento produttivo, il quale si pone all'attenzione del giurista, chiamato a definire e verificare l'ammissibilità e i limiti della frammentazione del ciclo produttivo le cui modalità sono ravvisate nella delocalizzazione produttiva in *outsourcing*, vale a dire mediante ricorso a fornitori esterni, e in *downsizing*, ossia in una rilevante riduzione delle

¹ G. Farinelli "L'impresa fra esternalizzazione e processi di smaterializzazione: ricadute sul rapporto di lavoro" , Dir. lav., 2003, p. 52. R. De Luca Tamajo "Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione", in Riv. it. dir. lav., n. 1, 2003, p. 169.

dimensioni produttive interne. A tale fenomeno si affianca la c.d. “internalizzazione”, processo con il quale, proprio mediante l'utilizzazione dell'appalto di servizi, beni-servizi e attività esternalizzati sono nuovamente acquisiti dall'impresa originaria. Questo processo è anche conosciuto come “terziarizzazione intra moenia” ovvero “fabbrica multisocietaria”.

I processi d'esternalizzazione d'attività non appartenenti al “*core business*” pongono notevoli problemi d'adattamento alla disciplina del trasferimento d'azienda, poiché è la configurazione stessa dell'azienda ad esser posta in discussione, dibattendo se vi sia ancora una nozione unica e comune al diritto commerciale e al diritto del lavoro, o se debbano adottarsene due distinte. L'individuazione dell'esatta nozione di trasferimento d'azienda e il campo d'applicazione della stessa normativa, la rilevanza del consenso del lavoratore coinvolto nella cessione, rientrano tra gli aspetti maggiormente sottoposti a tensioni interpretative, sia a livello interno sia a livello comunitario, per la persistente esigenza di assicurare un regime di tutela a favore dei lavoratori coinvolti nella cessione.

- ◆ **Impresa, azienda e ramo d'azienda: L'interpretazione espansiva della Corte di Giustizia.**

L'oggetto del trasferimento ha costituito il vero punto focale degli sviluppi della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea, la quale a partire dalla direttiva 77/187/CEE², ha sempre adottato un'interpretazione fortemente espansiva tesa a valorizzare le finalità di tutela a favore dei lavoratori, privilegiando la continuazione dell'attività lavorativa piuttosto che la permanenza degli elementi strutturali³.

La copiosità delle pronunce giurisprudenziali, finalizzate a delimitare l'ambito d'applicazione della disciplina sul trasferimento d'azienda, deriva dalla mancanza nella direttiva del 1977 di un'esatta definizione di "trasferimento d'impresa". Nel testo, infatti, il legislatore comunitario ha ampiamente affermato l'obiettivo della disciplina, tendente ad assicurare protezione ai lavoratori coinvolti nei

² Direttiva CEE 77/187 14 febbraio 1977, GUCE n. L 61, 5 marzo 1977.

³ Sulla rivisitazione del concetto di azienda, F. Mazziotti "Nozioni di diritto del lavoro, sindacale e della previdenza", Ed. scie., Napoli, ult. ed..

procedimenti traslativi d'impresa, ma non ha delimitato le fattispecie ricadenti sotto la disciplina stessa.⁴

Questo “vuoto”, colmato solo con la successiva direttiva 98/50 del 1998⁵, (normativa con cui il legislatore comunitario ha fornito finalmente una definizione di trasferimento d'azienda) , ha dato spazio all'attività dei giudici della Corte di Giustizia i quali hanno elaborato una ricchissima giurisprudenza in materia.

La Corte di Giustizia fin dalla sentenza “Spijkers”⁶ si è mostrata consapevole dell'impossibilità di formulare una precisa definizione d'impresa, funzionale alla definizione della nozione di trasferimento d'azienda, ed ha preferito introdurre il concetto di “entità economica”, strumento interpretativo di carattere comunitario per delineare “l'unità minima d'impresa”.

La sentenza, pur adottando un criterio interpretativo ampio, ha dato un rilevante apporto ai fini della delimitazione della fattispecie: non possono, secondo le argomentazioni dei giudici comunitari, rientrare nella disciplina dettata dalla direttiva le ipotesi d'alienazione di

⁴ G. Quadri, “I limiti all'applicabilità dell'art. 2112 c.c ai processi di esternalizzazione” Dir. merc. lav. ,2003 p. 335.

⁵ Direttiva CE 50/98 29 maggio 1998, GUCE n. L 201, 17 luglio 1998.

⁶ Corte di Giustizia 18 marzo 1986, causa C - 24/85, Racc. 1986, p. 1119; Foro it., 1989, n. 4.

singoli beni che non siano organizzati per una finalità di tipo economico; e in secondo luogo, tale complesso organizzato, deve essere utilizzato presso il cessionario dell'attività economica iniziata dal precedente imprenditore.

Nella giurisprudenza della Corte, quindi, criterio decisivo ai fini del trasferimento d'azienda è il requisito del "mantenimento dell'identità dell'entità economica trasferita". Questo perché la direttiva, pur perseguendo finalità di tutela sociale, non mira semplicemente alla conservazione dei posti di lavoro, ma alla salvaguardia dei diritti dei lavoratori nell'ipotesi in cui l'attività sia proseguita senza mutamenti dal cessionario; solo in questo caso egli si presume esser in grado di impiegare i lavoratori alle medesime condizioni del cedente e gli si può imporre il mantenimento dei posti di lavoro.⁷

Nell'ipotesi in cui, invece, il cessionario muti l'attività o non prosegua nell'esercizio della stessa, non si può parlare di trasferimento d'identità economica, ma solo di una cessione d'elementi patrimoniali con l'esclusione del passaggio dei rapporti di lavoro.

⁷ P. Pelissero "L'entità economica come oggetto del trasferimento d'azienda: sviluppi recenti della giurisprudenza comunitaria e possibili riflessi sugli orientamenti nazionali" Dir. rel. ind. n. . 1,1998.

Per verificare se l'entità economica conserva la propria identità i Giudici della Corte⁸ prendono in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione, fra le quali rientrano, in particolare, il tipo d'impresa o di stabilimento in questione, la cessione o meno degli elementi materiali, quali gli edifici ed i beni mobili, il valore degli elementi immateriali al momento della cessione, la riassunzione o meno della maggior parte del personale, da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela, nonché il grado d'analogia delle attività esercitate prima o dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione⁹; al giudice nazionale spetta, invece, (vedi sentenza "Spijkers", punto 14)¹⁰ la valutazione complessiva delle circostanze di fatto indicate, al fine di verificare la configurazione del trasferimento d'azienda nel caso concreto.

Questo criterio ermeneutico adottato dalla Corte apre all'affermazione, nella giurisprudenza comunitaria, di un progressivo "processo di rarefazione" degli elementi patrimoniali aziendali,

⁸ Corte di Giustizia 18 marzo 1986, causa C - 24/85, Racc. 1986, p. 1119, (punto13); Foro it. , 1989, n. 4.

⁹ R. Cosio, "La cessione del ramo d'impresa: dal caso Ansaldo alla legge 30 del 2003", www.csdn.it/csdn/pre_print/pre_print_menu_sotto.htm.

¹⁰ Corte di Giustizia 18 marzo 1986, causa C - 24/85, Racc. 1986, p. 1119; Foro it. , 1989, n. 4.

trasformando in indispensabili quelli dimostrativi che l'attività ceduta è analoga all'attività svolta prima della cessione¹¹, quasi ad identificare il concetto di "entità economica" con quello di "attività economica".

Nella sentenza "Schimdt"¹² tale indirizzo è portato alle sue estreme conseguenze, la Corte di Giustizia afferma, infatti, che il criterio decisivo per stabilire se si configuri o meno un trasferimento d'impresa o di una parte d'impresa, ai sensi della direttiva, consiste nel valutare se "l'entità economica" conservi la propria "identità economica", il che risulta dal concreto proseguimento o dalla ripresa, da parte del nuovo imprenditore, delle medesime attività economiche o attività analoghe a prescindere dalla cessione d'elementi patrimoniali al loro esercizio.

La sentenza incide certamente nel senso della centralità del criterio dell'effettiva continuazione dell'attività, il quale assume valore autonomo rispetto agli ulteriori elementi indicati nella precedente sentenza "Spijkers"¹³.

¹¹ P. Lambertucci, "La configurazione dell'azienda nel diritto comunitario e nel diritto interno, ai fini del suo trasferimento, in Arg. dir. lav. 1997, p. 130.

¹² Corte di Giustizia. 14 aprile 1994, causa C - 392/92, Racc. 1994, p. I-1311; Riv. It. dir. lav, n. 2, 1995.

¹³ Corte di Giustizia 18 marzo 1986, causa C - 24/85, Racc. 1986, p. 1119; Foro it., 1989, n. 4.

Sulla stessa linea interpretativa si pone la sentenza “Mercks”¹⁴, laddove i giudici ritengono sufficiente, ai fini del trasferimento, non la cessione d’elementi patrimoniali ma la continuazione dell’attività da parte del cessionario. La semplice analogia fra l’attività dell’impresa cedente e quella cessionaria rende possibile la configurazione del trasferimento d’impresa, non essendo decisivo il trapasso dei mezzi “materiali e immateriali” necessari al suo esercizio.

¹⁴ Corte di Giustizia 7 marzo 1996, causa C - 171/94, causa C - 172/94, Racc. 1996, p I-1253; Dir. lav. , 1996, n. 2 , p. 287.

◆ La sentenza “Suezen”: nuovi orientamenti interpretativi.

Le decisioni dei giudici di Lussemburgo contrastano con le opposte opinioni manifestate da vari giudici nazionali: critiche sono le posizioni d'area tedesca contraria ad una c.d. centralizzazione del diritto del lavoro dovuta ai ripetuti interventi dei giudici comunitari rei di affievolire l'esistenza di un sistema di diritto nazionale. Il dato maggiormente contrastato è il disfavore verso l'allargamento delle maglie della fattispecie del trasferimento operato dalla Corte di Giustizia; infatti, un'interpretazione estensiva dell'ambito d'efficacia della fattispecie permette di allargare l'ambito di tutela a favore dei lavoratori ma, rende più costosi e difficili i fenomeni d'esternalizzazione, fattori fondamentali di sviluppo per la produzione.¹⁵

Diviene, allora, d'indubbia importanza, nell'evoluzione della giurisprudenza comunitaria, la lettura della sentenza “Suezen”¹⁶.

¹⁵ M. Korner, “Corte di Giustizia europea, Corti nazionali, trasferimento d'azienda. L'esperienza tedesca”, *Gior. dir. rel. ind.* 1997, p. 129.

¹⁶ Corte di Giustizia 11 marzo 1997, causa C-13/95, *Racc.* 1997, p. I-1259; *Foro It.*, 1998.

I giudici della Corte, infatti, tendono a porre un limite al fenomeno dell'allargamento eccessivo della fattispecie del trasferimento d'azienda, conseguenza di una *reductio ad unum* dei criteri utilizzabili da parte dei giudici nazionali, avvicinandosi ad una definizione dell'oggetto del trasferimento.

La Corte abbandona l'approccio seguito in "Schmidt"¹⁷, tendente a privilegiare i criteri della continuazione dell'attività a scapito della valutazione complessiva delle circostanze di fatto; e sottolinea la necessità d'individuare l'entità economica non dalla similarità dell'attività ceduta, ma da una valutazione sistematico-complessiva d'indici da cui desumere l'esistenza di un'entità economica organizzata (mezzi di gestione, organizzazione del lavoro, personale). E' impossibile, quindi, ridurre l'entità economica all'attività svolta dal cedente poiché questa deve consistere in un insieme organizzato di persone e d'elementi.

Allora, a ben vedere, i criteri importanti ai fini della fattispecie del trasferimento si riducono alla cessione degli elementi attivi e alla

¹⁷ Corte di Giustizia. 14 aprile 1994 , causa C - 392/92 , Racc. 1994, p. I-1311; Riv. It. dir. lav, n. 2 ,1995

riassunzione del personale. Solo che ai fini della cessione, per assicurare il mantenimento dell'identità dell'entità economica, gli elementi patrimoniali (materiali o immateriali) trasferiti devono essere "significativi"; di converso se l'entità economica, per l'attività svolta, è in grado di esistere senza elementi patrimoniali (materiali o immateriali) "significativi" e, quindi, s'identifica con il gruppo di lavoratori addetti ad una determinata attività, la Corte ritiene sussistere il mantenimento dell'identità dell'entità economica a condizione che la sua gestione sia stata ripresa o realmente proseguita, reimpiegando una parte essenziale, per numero e competenze, dei lavoratori ceduti. Può quindi identificarsi, in determinati settori fondati essenzialmente sulla manodopera o sull'elevata competenza tecnica, quale entità economica, anche un gruppo di lavoratori che assolva stabilmente un'attività economica, rendendo applicabile la disciplina sul trasferimento d'impresa, pur difettando la cessione d'elementi patrimoniali ed equiparando, in tal modo, il lavoratore specializzato ad un bene immateriale oggetto di cessione.¹⁸

¹⁸ G. Quadri, *op. cit.* .

Le successive pronunce delle Corti di Giustizia, la sentenza “Hernandez Vidal”¹⁹ e la sentenza “Hildago”²⁰, ribadiscono la necessità che oggetto della cessione sia un’entità economica organizzata in modo stabile e quindi un complesso organizzato di persone e d’elementi che consentono l’esercizio di un’attività economica, finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo; precisando che il rilievo degli elementi patrimoniali, materiali o immateriali, va valutato in relazione al tipo d’attività o settore economico, in funzione dei metodi di produzione dell’impresa, potendo ridursi notevolmente per quelle attività che si fondano essenzialmente sulla manodopera, per le quali anche un gruppo di lavoratori che assolva stabilmente un’attività comune può corrispondere ad un’entità economica.

L’evoluzione della giurisprudenza comunitaria è particolarmente interessante: al dato costante di una non definizione formale d’impresa si affianca la tendenza a dematerializzare il concetto d’azienda stessa. La mancanza di una nozione certa per molti aspetti

¹⁹ Corte di Giustizia 10 dicembre 1998, causa C -127/96, Racc. 1998, p. I-8179; Dir. lav. n. 2 , 1999, p. 121.

²⁰ Corte di Giustizia 10 dicembre 1998, causa C -173/96, Racc. 1998, p. I-8237; Dir. lav. n. 2 , 1999, p. 121.

può esser un vantaggio, in termini di tutela, per gli stessi lavoratori perché maggiori sono le possibilità di adattare la disciplina alle esigenze del caso concreto, si pensi, infatti, alle ipotesi di cessioni di “ramo d’azienda” o “parti d’impresa”; ma l’eccessivo allargamento della nozione, intesa come semplice organizzazione di lavoro, basata solo su di un insieme di lavoratori in assenza d’elementi materiali, asseconda un processo di “alleggerimento” della fattispecie d’applicazione; esso mercifica il lavoratore al pari di una neutrale componente del ciclo produttivo o di un fattore di produzione²¹ e diminuisce il potenziale di tutela approntato dal legislatore comunitario.

Risulta arduo delineare un quadro certo e costante della situazione per le mutevoli esigenze da salvaguardare: da un lato la necessità di tutelare i lavoratori coinvolti nei processi di ristrutturazione aziendale, e dall’altro i cambiamenti degli asset economici aziendali, improntati ad una massima flessibilità in nome della concorrenza e competitività sul mercato. Sempre più necessaria è l’esigenza di cristallizzare i

²¹ S. Spatafora “La nozione d’impresa nel diritto comunitario” Giust. civ., 1990, p. 283.

risultati raggiunti dall'evoluzione della giurisprudenza, al fine di rendere maggiormente certa la disciplina del trasferimento.

L'opera del legislatore comunitario si compie attraverso l'emanazione della direttiva CE n. 50 del 1998: cardine ai fini del trasferimento è il concetto di "entità economica", che da "parametro" normativo della Corte si trasforma in "dato" normativo, accompagnato dall'inevitabile caratteristica del mantenimento della sua identità nelle more della cessione. Il legislatore comunitario, quindi, rende ineliminabile ai fini del trasferimento il riferimento "all'entità" finalizzata allo svolgimento di un'attività economica, principale o accessoria, purché essa sia connotata da un insieme organizzato di mezzi di produzione.

Il passo compiuto è di fondamentale importanza: più chiari sono i confini d'applicazione della disciplina, all'ordinario trasferimento d'azienda si affianca il trasferimento del ramo d'azienda; ma la direttiva europea regolando gli effetti del trasferimento sui diritti dei lavoratori, si occupa non più semplicemente di beni utilizzati o utilizzabili, per gestire l'impresa, ma d'impresa "tout court",

consolidando lo spostamento concettuale dai beni all'attività²², e assecondando il processo d'alleggerimento della nozione di trasferimento d'azienda nell'ottica di una migliore tutela per il lavoratore.

Attualmente la situazione contemporanea offre un panorama normativo solo formalmente diverso, il legislatore comunitario ha abrogato le norme precedenti in materia emanando la Direttiva 2001/23/CE²³ la quale ricalca fedelmente il testo della vecchia normativa e assolve, quindi, ad esigenze di "codificazione".

In pratica il legislatore comunitario ha avvertito l'esigenza di ribadire e consolidare la giurisprudenza e la dottrina maturate sull'argomento, dandone una lettura sistematica e organicamente considerata in un unico testo normativo, confermando e ribadendo le scelte già palesate in passato.

²² R. Franci "Ultimi ritocchi alla disciplina del trasferimento d'azienda" Lav. prev. og. , n. 12, 2003, p. 1893.

²³ Direttiva 2001/23/CE 12 marzo 2001 , GUCE n. L 82 , 22 marzo 2001.

◆ La fattispecie del trasferimento d'azienda nel diritto interno.

Piuttosto univoco sembra essere l'indirizzo seguito dalla giurisprudenza comunitaria riguardo al problema dell'ambito d'applicazione della disciplina sul trasferimento d'azienda, alquanto discordanti risultano, invece, gli atteggiamenti della dottrina e della giurisprudenza interna sulla medesima problematica; e come per il diritto comunitario anche per il diritto interno la soluzione dipende dalla nozione di trasferimento d'azienda.

Tradizionalmente lontana dagli orientamenti comunitari, la giurisprudenza e la dottrina interna hanno intrapreso un percorso evolutivo di notevole spessore, passando da una definizione incentrata sul testo dell'art. 2555 c.c., che valorizza l'elemento patrimoniale, ad una nozione d'azienda a misura del diritto del lavoro.

Una prima impostazione, avallata da dottrina e giurisprudenza, muove dalla lettura dell'art. 2555 c.c. al fine di identificare l'oggetto del trasferimento d'azienda ereditando una nozione fortemente connotata da elementi commerciali.

Secondo la definizione codicistica, l'azienda è il complesso di beni (materiali e immateriali) che include anche i servizi, organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa.

Su tali basi la giurisprudenza di legittimità propende per l'applicazione dell'art. 2112 c.c., qualora “ferma restando l'organizzazione del complesso dei beni destinati all'esercizio dell'impresa, vi sia soltanto sostituzione della persona del suo titolare”²⁴, ovvero la mera successione nella titolarità del complesso aziendale.²⁵

Ai fini del trasferimento è sufficiente la cessione di un insieme di beni coordinati per l'esercizio di un'attività d'impresa, non è necessario che tal esercizio sia attuale ma semplicemente astrattamente idoneo ad esserlo.

Pur volendo accedere alla dottrina maggioritaria per cui è necessario prendere le mosse dalla lettura dell'art. 2555 c.c., sembra emergere chiaramente l'esigenza di adottare una nozione d'azienda che vada di là dal suo semplice aspetto materiale, inteso come complesso di beni.

²⁴ Cass. sentenza 2 ottobre 1999, n. 10962.

²⁵ A. Lepore “ Il trasferimento d'azienda tra diritto interno e disciplina comunitaria”, Mass. giur. lav. , 2001, n. 3. E' il mutamento della titolarità di un'attività economica organizzata ad avere un aspetto preminente e prevalente. M. Biagi (continuato da M. Tiraboschi), “Istituzioni di diritto del lavoro”, Giuffrè, Milano, 2003, p. 483

L'obiettivo del legislatore in materia di trasferimento d'azienda è predisporre una normativa che assicuri al lavoratore una tutela applicabile nel maggior numero di casi possibili.

Acquista un notevole interesse, anche alla luce dell'evoluzione della realtà economica, l'opzione interpretativa che abbandona gli angusti spazi della definizione d'azienda contenuta nell'art. 2555 c.c., e promuove una definizione meno commerciale d'azienda, più consona a salvaguardare le esigenze di tutela dei lavoratori . L'introduzione di una nozione d'azienda e di parte di essa, specificamente tarate in funzione della norma lavoristica, amplia notevolmente la sfera della tutela perché consente il definitivo abbandono del riferimento all'art. 2555 c.c.²⁶, e con esso il

²⁶ Prima del D. lgs n. 18 del 2001 era opinione diffusa che, non esistendo una nozione d'azienda specifica per il diritto del lavoro, questa dovesse esser ricavata dall'art. 2555 c.c. La norma lavoristica, infatti, riferendosi senza ulteriori precisazioni all'azienda non poteva che rimandare alla definizione che di essa dà il codice civile. G. Grandi "Trasferimento d'azienda", Enc. giur. Treccani, XXXI, 1995. Il nuovo testo dell'art. 2112 c.c. introduce una definizione dell'oggetto del trasferimento giuridicamente autosufficiente, che non necessita d'integrazioni da parte d'altre norme codicistiche. D'altronde se il legislatore avesse voluto legare il concetto d'azienda rilevante ai fini dell'applicazione delle tutele lavoristiche alla norma dell'art. 2555 c.c. avrebbe espressamente operato tale rinvio o, quantomeno, non avrebbe regolato espressamente la materia. S. Ciucciovino "La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il D. lgs . 18/2001", a cura di R. De Luca Tamajo, "I processi d'esternalizzazione - opportunità e vincoli giuridici", Napoli, 2001, p. 21.

superamento dell'indirizzo restrittivo sposato in passato dai giudici nazionali.²⁷

Se, infatti, sotto l'influenza dell'elaborazione commercialistica, gli interpreti avevano ricostruito la fattispecie traslativa senza poter prescindere dall'esistenza del complesso di beni cui allude espressamente l'art. 2555 c.c., con il D. Lgs. n. 18/2001²⁸ si accoglie una "nozione" leggera d'azienda conforme a quella elaborata dalla Corte europea²⁹.

²⁷ Secondo la più recensente giurisprudenza della Corte di Cassazione "configura un trasferimento d'azienda (ex art. 2112 c.c.) la cessione di un insieme di elementi costituenti un complesso organico e funzionalmente adeguati a conseguire lo scopo in vista del quale il loro coordinamento è stato posto in essere, sempre che sia stata ceduta un'entità economica ancora esistente la cui gestione sia stata effettivamente proseguita o ripresa dal titolare con le stesse o analoghe finalità economiche. Si è in presenza di trasferimento di azienda anche nelle ipotesi in cui siano cedute singole unità produttive della medesima azienda, dotate di autonomia organizzativa e funzionale proprie, anche se a seguito della cessione, queste restino assorbite nell'impresa cessionaria, integrate o riorganizzate nella più ampia struttura di quest'ultima, dovendosi accertare quale sia stato, secondo la volontà dei contraenti l'oggetto del contratto e cioè se i beni ceduti siano stati considerati nella loro autonomia individualità o non piuttosto nella loro funzione unitaria e strumentale". Cass. sent. n. 26196, 15 dicembre 2005.

²⁸ D. Lgs 2 febbraio 2001, n. 18 "Attuazione della direttiva 98/50/CE relativa al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti", *G. U.* n. 43 del 21 febbraio 2001; Successivamente modificato dal D. Lgs n. 276/2003 in attuazione della Direttiva 2001/23/CE.

²⁹ In particolare, il legislatore sembra conformarsi all'orientamento giurisprudenziale sviluppato dalla Corte di Giustizia a partire dalla sentenza Suez (Corte Giust. 11 marzo 1997, causa C-13/95) secondo cui non è necessario il trasferimento d'elementi patrimoniali ai fini dell'applicazione della disciplina di tutela dei lavoratori.

Nella giurisprudenza comunitaria è consolidato l'orientamento secondo cui è configurabile un trasferimento d'azienda ogni qualvolta vi sia successione in un'entità economica, intesa come organizzazione funzionale di beni e rapporti giuridici finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo.

Tale organizzazione funzionale può, addirittura, consistere nel complesso organizzato d'energie lavorative di un gruppo di dipendenti purché questo sia idoneo ad assurgere a strumento d'impresa, in quanto il rilievo degli elementi patrimoniali va valutato in relazione al tipo d'attività o in funzione dei metodi di produzione.

In pratica la Corte europea ha preso atto che, in determinati settori, l'entità economica esiste ed opera anche senza elementi patrimoniali materiali o immateriali significativi, poiché questi ultimi sono spesso ridotti alla loro espressione più semplice e l'attività si basa essenzialmente sull'impiego di mano d'opera.

Di conseguenza anche un complesso di lavoratori subordinati, specificamente e stabilmente adibiti all'espletamento di un compito comune, può, in mancanza d'altri fattori di produzione, corrispondere ad un'entità economica.

Ed è questa l'accezione accolta dalla nuova formulazione dell'art. 2112 c.c. laddove identifica un trasferimento d'azienda in ogni mutamento nella titolarità di "un'attività economica organizzata"³⁰. Di conseguenza, tale disposizione, oltre a governare le frequenti ipotesi di cessione di un complesso di beni e strutture, si estende anche al trasferimento d'attività in cui i beni materiali rappresentano, rispetto all'apporto professionale dei dipendenti organizzati, una componente esigua.

Il mutamento significativo di prospettiva, dall'azienda intesa come complesso di beni all'attività organizzata, non può non avere conseguenze a livello ermeneutico e giustifica l'opinione che ad esso

³⁰ In dottrina si è rilevato che l'utilizzo, da parte del legislatore nazionale del termine "attività" in luogo di "entità" sarebbe indicativo dell'intenzione di adottare una nozione più ampia di quella comunitaria. Più precisamente si è sostenuto che "se non si vuol accreditare una svista del legislatore" il riferimento all'attività vorrebbe escludere "proprio la rilevanza di ciò che, invece, caratterizza la nozione d'entità, ossia la sussistenza di un insieme di mezzi". A. Maresca, "Le novità del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda", in Arg. dir. lav. , 2001, p. 587. Tale tesi , tuttavia, non è pienamente condivisibile in quanto il quinto comma dell'art. 2112 c.c. non trova applicazione nella successione di una mera "attività", intesa come l'insieme delle prestazioni di un certo numero di lavoratori, dovendo invece trattarsi di "un'attività economica organizzata", che per esser tale, necessita di una struttura d'impresa. E' dunque il requisito dell'organizzazione che connota la sussistenza di un'azienda o di un suo ramo ai fini dell'applicazione dell'art. 2112 c.c. Ciò non esclude la configurabilità di un trasferimento d'azienda anche nel caso in cui un imprenditore subentri in un'attività precedentemente svolta da altri acquisendo, a tal fine, la disponibilità del solo personale utilizzato dal primo imprenditore, a condizione però, che il personale, individuato e organizzato, esprima una propria capacità produttiva di beni o servizi economicamente valutabile. M. Marazza, "Impresa ed organizzazione nella nuova nozione d'azienda trasferita", in Arg. dir. lav., 2001, p. 599.

corrisponda una lettura “smaterializzata” dell’oggetto del trasferimento. E’ l’organizzazione dei mezzi di produzione, più che il loro spessore, l’elemento decisivo nel configurare l’oggetto del trasferimento ai sensi dell’art. 2112 c.c.; organizzazione che può investire anche solo beni immateriali come il “know how” dei dipendenti³¹.

In questa prospettiva è possibile stabilire quando il passaggio di titolarità di un complesso di beni (astrattamente idonei a costituire un insieme organizzato utilizzabile per svolgere un’attività) configuri effettivamente un trasferimento d’azienda; ciò accadrà allorché detto complesso sia di fatto utilizzato, anche se con modalità non identiche, nell’ambito di un’attività e in diretto rapporto con essa ; e invece, non accadrà se gli stessi beni sono utilizzati al di fuori di un rapporto funzionale con le finalità proprie dell’attività svolta dal cessionario. A ben guardare l’organizzazione è il vero elemento determinante qualificabile come azienda nell’accezione dell’art.2112, dal momento che non è possibile trasferire una mera attività, la quale esiste solo in

³¹ Sempre più frequentemente, soprattutto in riferimento alle realtà produttive caratterizzate da una scarsa presenza di profili strutturali e dalla prevalenza dell’organizzazione dei dipendenti, si è ammesso in dottrina e in giurisprudenza che oggetto del trasferimento possa esser costituito anche solo da rapporti immateriali quali uno specifico Know how. P. Ichino, “Il contratto di lavoro”, Giuffrè, Milano 2003 , p. 452.

quanto, e nel momento in cui, sia esercitata: il titolare di un'attività può trasferire ad altro soggetto esclusivamente la possibilità di svolgere la medesima attività, attraverso l'organizzazione da lui predisposta, organizzazione che non comprende necessariamente l'utilizzazione di beni materiali.³²

L'avvicinamento del legislatore nazionale nei confronti della giurisprudenza comunitaria è confermato da alcune pronunce della Corte di Cassazione³³.

I giudici della Suprema Corte hanno evidenziato l'affermazione certa ed inequivocabile di “una nozione di trasferimento d'impresa con più attenuati caratteri di materializzazione, che consideri attività economica suscettibile di figurare come oggetto di trasferimento anche i soli lavoratori, i quali per aver acquistato un complesso di nozioni e d'esperienza, siano capaci di svolgere autonomamente

³² G. Rivolta, “Il trasferimento volontario d'azienda nell'ultimo libro di Domenico Petitti”, in Riv. it. dir. civ., 1973, n. 1, p. 43. L'autore, tuttavia, sembra restringere il concetto d'organizzazione ai rapporti contrattuali, compresi quelli di lavoro, inerenti all'attività d'impresa e individua il trasferimento con il loro trapasso ad altro soggetto. Opinione criticata da chi rileva come il trasferimento d'azienda possa verificarsi anche escludendo i rapporti contrattuali, la cui successione, peraltro, è conseguenza e non presupposto del trasferimento. R. Romei, “Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda”, Giuffrè, 1993.

³³ Cass. 22 luglio 2002, sent. n. 10701, Cass. 23 luglio 2002, sent. n. 10706, Mass. giur. lav., 2002, p. 770.

(anche senza il supporto di beni immobili) le proprie funzioni presso il nuovo datore di lavoro.

Ha così ingresso nell'ordinamento interno, come in quello comunitario, una nozione "smaterializzata" d'azienda³⁴ e di ramo d'azienda³⁵.

Ma ad una giurisprudenza aperta e in completa sintonia con gli sviluppi comunitari, si contrappone una visione riflessiva frutto dell'elaborazione operata dalla stessa Corte di Cassazione. La suprema corte muove, infatti, dalla preoccupazione che una nozione "allargata di trasferimento d'azienda" potrebbe legittimare operazioni d'esternalizzazione di servizi, anche se consistenti nella pura e semplice espulsione di personale".

³⁴ L'adozione di una "nozione leggera" d'azienda accolta dal legislatore si pone "nella direzione di una profonda rivalutazione dell'elemento personale quale elemento caratterizzante, e perciò inscindibile, dell'entità organizzata dell'attività d'impresa". C. Cester, "Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina", in *Lav. giur.* 2001, n. 6, p. 505.

³⁵ La Suprema Corte ha precisato come "in alcuni casi l'autonomia organizzativa ed economica possa configurarsi anche in presenza di sola manodopera e quindi di soli lavoratori, che per esser addetti ad un ramo d'impresa, e per aver acquisito un complesso di nozioni ed esperienze, siano capaci di svolgere le loro funzioni presso il nuovo datore, potendosi la suddetta autonomia concretare non solo attraverso la natura e le caratteristiche della concreta attività spiegata, ma anche in ragione d'altri indicativi elementi come la direzione, l'organizzazione del personale, il suo specifico inquadramento e i metodi di gestione", Cass. 4 dicembre 2002, sent. n. 17207, *Mass. giur. lav.* 2002.

Di conseguenza, ritiene indispensabile, ai fini dell'applicazione dell'art. 2112 c.c., il trasferimento anche della "materialità dell'azienda", ossia del complesso organizzato di beni. Tale affermazione, per quanto frutto di una preoccupazione vera e condivisibile, è in netto contrasto rispetto alla prevalente giurisprudenza comunitaria e al testo normativo emanato dal legislatore interno.

È l'organizzazione, e non i beni, ad aggiungere un *quid pluris* al valore intrinseco delle singole prestazioni individualmente considerate ed è la verifica dell'organizzazione ad allontanare " il rischio che la nozione d'attività economica possa essere dilatata ad libitum legittimando operazioni selvagge d'esternalizzazione lesive agli interessi dei lavoratori"³⁶.

³⁶ S. Ciucciovino, "La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il D. Lgs. 18/2001", *op. cit.*.

◆ Il trasferimento del ramo d'azienda

• Premessa.

Nonostante le problematiche connesse con l'individuazione dell'azienda nel suo complesso, la dottrina si è concentrata principalmente sul trasferimento di ramo d'azienda. In questa particolare ipotesi viene in evidenza un dato specifico derivante dal mutamento solo parziale di titolarità nell'esercizio dell'attività imprenditoriale, con conseguente necessità di delineare esattamente la porzione d'attività trasferita e stabilire quali rapporti di lavoro continuino col cessionario, in virtù della loro relazione con il ramo trasferito.

La questione è particolarmente rilevante dal momento che l'effetto traslativo sui rapporti di lavoro si realizza in modo automatico, senza necessità d'alcun consenso da parte dei lavoratori interessati, ogni volta che gli apporti di natura personale dati dai singoli lavoratori costituiscano parte integrante dell'organizzazione ceduta.

Assume quindi spiccato interesse distinguere un vero trasferimento di ramo d'azienda da una semplice esternalizzazione di servizi; in tal caso, infatti, il passaggio dei rapporti di lavoro ricollegabili ai servizi

non più rientranti nell'attività dell'impresa potrebbe avvenire soltanto attraverso lo strumento della cessione del contratto, il quale , richiede il consenso del soggetto ceduto.

Il problema del consenso del lavoratore al trasferimento è già aspetto successivo, primaria è, infatti, la necessità di elaborare criteri certi per individuare le ipotesi di trasferimento di ramo azienda.

Nell'attuale sistema normativo, interessato da una complessa riforma del mercato del lavoro, il fenomeno va letto in una prospettiva ampia, poiché coinvolge tematiche che, attengono alla compatibilità dell'uso disinvolto di forme negoziali destinate alle esternalizzazione, con la disciplina inderogabile posta a tutela dei rapporti di lavoro. Ciò, in particolare, quando si verifica, previa dismissione della gestione in proprio di una parte della attività, una dissociazione tra chi è titolare del contratto di lavoro e chi di fatto non rinuncia mai ad una forma di controllo su di esso, per via dell'appropriazione dell'utilità finale della prestazione, senza però assumerne la responsabilità.

Emergono, anche sotto il profilo giuridico, collegamenti tra due aree tematiche fino ad oggi evidenti solo su di un piano economico, in quanto ad una ridefinizione della nozione di trasferimento di parte d'azienda si accompagna una più penetrante revisione della disciplina

degli appalti. In un'ottica che, almeno negli obiettivi, sembrerebbe orientata verso il recupero di un'equilibrata combinazione tra disciplina lavoristica e nuove organizzazioni dell'impresa, al fine di eliminare quella discrasia che si registra tra fenomeni economici e discipline normative.

L'analisi giuridica del fenomeno, pertanto, si è concentrata su due aspetti centrali e tra loro intimamente connessi: che cosa debba intendersi per esternalizzazione e, segnatamente, che cosa effettivamente possa esternalizzarsi, con specifico riferimento ai limiti attuativi connessi alla natura lecita o illecita dell'oggetto di un trasferimento di ramo d'azienda; e se la normativa attuale, così come da ultimo modificata³⁷, sia ancora in grado di svolgere una funzione regolativa, nella duplice direzione per un verso di meccanismo frenante di forme d'esternalizzazione fittizie o simulate, e per altro verso d'effettiva tutela dei rapporti di lavoro già esternalizzati.

Interessante è puntare l'attenzione sulla definizione di trasferimento di ramo d'azienda fornita dal legislatore italiano, correlata dagli

³⁷ D. Lgs. 10 settembre 2003 n. 276, "Attuazione delle deleghe in materia d'occupazione e mercato del lavoro"; L. n. 30, 14 febbraio 2003, G. U. n. 47 26 Febbraio 2003.

apporti della dottrina e della giurisprudenza, alla luce delle direttive e delle decisioni dei giudici a livello comunitario.

Qualsiasi intervento legislativo sulla nozione di trasferimento di ramo d'azienda, ai fini di una delimitazione più o meno rigorosa dell'ambito d'operatività dell'art. 2112 c.c., infatti, incide direttamente ed indirettamente sul piano delle tutele dei lavoratori.

E' facile comprendere come un'interpretazione della definizione del ramo d'azienda in chiave estensiva ed acritica, tale da investire esternalizzazioni non genuine, autorizzi fenomeni espulsivi dei lavoratori, esponendoli al rischio di un licenziamento collettivo mascherato (cioè privo delle garanzie che gli sono tipiche), e quindi al trasferimento automatico dei rapporti di lavoro in capo al cessionario, in assenza del loro consenso (in deroga alla ordinaria disciplina in tema di cessione del contratto art. 1406 c.c.).

Sotto tale profilo, l'art. 32 del D. Lgs. 276/2003 opera una ridefinizione dell'istituto del trasferimento del ramo d'azienda, qualificato come "un'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento". Rispetto alla nozione precedente, il legislatore elimina il requisito della

preesistenza dell'autonomia funzionale e il mantenimento della identità nel trasferimento, sostituendo questa formula con l'identificazione dell'articolazione funzionalmente autonoma da parte dei due contraenti del negozio di cessione, e nella limitazione temporale, di tale individuazione, al momento del trasferimento. Secondo uno dei primi commenti alla norma "il dato storico della preesistente autonomia tecnico funzionale del ramo d'azienda è sostituito dalla rappresentazione soggettiva di un'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, al momento del suo trasferimento"³⁸.

Benché una nozione legislativa di ramo d'azienda (unitamente alla disciplina del suo trasferimento) sia stata introdotta per la prima volta nell'ordinamento italiano dal D. Lgs. 18/2001, si riteneva da tempo che la disciplina di cui all'art. 2112 c.c. trovasse applicazione anche nelle ipotesi in cui fosse stata trasferita non tutta l'azienda, ma solo una sua parte. L'articolo 2112 c.c., infatti, aveva mostrato una singolare idoneità ad assicurare un doppio ordine di tutele: sotto un

³⁸ C. Cester, "Il trasferimento d'azienda e di parte d'azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?", comm. D. lgs 10 settembre 2003 n. 276, a cura di F. Carinci, Milano, 2004, p. 239.

primo profilo, il mantenimento in vita dei rapporti di lavoro con il cessionario avrebbe eliminato il rischio della loro risoluzione, per via della eventuale impossibilità di utilizzarli nella restante azienda non coinvolta dal trasferimento parziale; inoltre, il meccanismo della responsabilità solidale costituiva un utile strumento per evitare che il lavoratore trasferito fosse pregiudicato da una probabile insolvenza dell'impresa cessionaria.

La progressiva emersione dei fenomeni d'esternalizzazione d'impresa ha tuttavia mostrato come un'estensione automatica di tale disciplina all'ipotesi più circoscritta del trasferimento di una parte dell'azienda determinasse una significativa alterazione dell'assetto d'interessi sotteso alla disciplina del codice civile del 1942.

Invero, è stato osservato come il principio dell'automatico passaggio dei rapporti di lavoro dal cedente al cessionario, rappresenti un'opportuna tutela per gli interessi dei lavoratori addetti all'impresa trasferenda, in quanto viceversa essi si troverebbero esposti al sicuro rischio di un licenziamento. Mentre, nel caso di lavoratori addetti a quella parte dell'azienda che sia oggetto di una cessione parziale, un'alternativa esiste e l'insensibilità del rapporto di lavoro alle vicende circolatorie dell'azienda perdere il suo significato originale,

divenendo uno strumento per il perseguimento d'interessi più spiccatamente datoriali, volti a sottrarsi ai costi e alle complicazioni di un licenziamento collettivo³⁹.

La rigidità della disciplina e l'impossibilità a far valere il dissenso ad esser trasferito con il ramo ceduto non consente un adeguato controllo sulle sorti del rapporto di lavoro, determinando una attenuazione effettiva della tutela ed una deviazione dai fini primari della normativa.⁴⁰

³⁹ A. Andreoni, "Impresa modulare e trasferimenti d'azienda. Le novità del D. lgs 276/2003, www.inps.it/Doc/Pubblicazioni/IP/5-6_2004.pdf.

⁴⁰ A. Perulli, "Tecniche di tutela nei fenomeni d'esternalizzazione", *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 477, ciò che è cambiato, piuttosto, è il diverso interesse dell'impresa preso in considerazione dalla norma. Ed infatti, se prima attraverso la disciplina in esame, l'impresa perseguiva il ricordato interesse alla conservazione dell'integrità del complesso aziendale, comprensivo anche della forza lavoro ad esso addetta, oggi i meccanismi di tutela garantiti dalla stessa disciplina assecondano gli emergenti intenti di frammentazione del processo produttivo.

◆ Ramo d'azienda e "autonomia funzionale".

Fino all'introduzione di una definizione legale di ramo d'azienda nel quinto comma dell'art. 2112 c.c. la tutela dei lavoratori, di fronte ad esternalizzazioni animate da meri intenti espulsivi di personale in eccedenza, è stata condotta per via interpretativa attraverso una rigorosa delimitazione della nozione di ramo d'azienda, imperniata sul requisito della materialità dell'oggetto del trasferimento. In tali ricostruzioni, infatti, un ruolo fondamentale ha rivestito il collegamento tra l'art. 2112 c.c. ("trasferimento dell'azienda") e l'art. 2555 c.c. ("nozione" d'azienda), per cui si è ritenuto di potere ricondurre nell'ambito della fattispecie ex art. 2112 c.c. solo quelle vicende d'esternalizzazione che avessero un'adeguata presenza d'elementi materiali da trasferire, unitamente ai lavoratori da cedere. Mentre, in assenza di un substrato materiale dell'azienda, nel contratto di lavoro non sarebbe automaticamente succeduto il cessionario, dovendosi acquisire a tale scopo il consenso dei lavoratori ad esso addetti, secondo le regole dell'art. 1406 c.c. Tale approdo interpretativo è stato scalzato tanto dalla prassi applicativa, che ha favorito l'emersione di nuove realtà produttive

caratterizzate da una spiccata dematerializzazione (processo d'alleggerimento della nozione d'azienda), quanto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea che ha adottato un "criterio di carattere metodologico", accertando l'esistenza di un trasferimento d'azienda attraverso un'analisi complessiva delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione economica .

La "parte dell'azienda" da trasferire per rientrare nell'ambito d'applicazione dell'art. 2112 c.c., deve essere "un'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità"⁴¹.

I requisiti della preesistenza e della conservazione dell'autonomia funzionale, quindi, hanno riproposto anche per il ramo d'azienda le stesse caratteristiche dell'azienda complessivamente considerata.

Rispetto all'intera azienda esternalizzante, il ramo da cedere deve essere una "articolazione funzionalmente autonoma".

⁴¹ Art. 2112 c.c. 5. com. , modificato dalla novella introdotta dal D. Lgs. n. 18/2001.

Secondo i più recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità⁴², il ramo d'azienda è funzionalmente autonomo quando è “idoneo all'esercizio in maniera autonoma dell'impresa”, senza “rappresentare, al contrario, il prodotto dello smembramento di frazioni non autosufficienti e non coordinate tra loro, né una mera espulsione di ciò che si riveli essere pura eccedenza di personale”⁴³.

Si deve trattare, cioè, di una “piccola azienda”, secondo una fortunata definizione suggerita dalla Corte di Cassazione e ripresa spesso dalla dottrina⁴⁴.

⁴² Corte di Giustizia 11 marzo 1997, causa C – 13/95, Racc. 1997, p. I- 1259; Corte di Giustizia 16 dicembre 1992, causa C – 132/91, Racc. 1992, p. I - 6577; Corte di Giustizia 12 novembre 1998, causa C – 399/96, Racc. 1998, p. I- 6965.

⁴³ Il ramo d'azienda deve costituire un complesso di beni idoneo all'esercizio in maniera autonoma dell'impresa, dotato di una compiuta attitudine alla produzione; si deve trattare, dunque, di singole unità produttive dell'azienda suscettibili di costituire idoneo strumento d'impresa. La parte dell'azienda deve esser dotata di “autonomia organizzativa funzionalmente idonea ad espletare l'attività di produzione”, Cass. 18 Maggio 1995, sent. n. 5483.

⁴⁴ Cass, 4 dicembre 2002, sent. n.17207, Cass. sent. n.151055, Foro it., I, 2003 p. 104, p. 110. M. Marazza “Impresa ed organizzazione nella nuova nozione d'azienda trasferita”, Arg. dir. lav., 2001, p. 616; pur considerando le finalità della legge, sembra da preferire un'interpretazione dell'autonomia funzionale incentrata sulla capacità del reparto di produrre un bene o un servizio suscettibile di esser

Alcuni dubbi interpretativi sono stati, piuttosto, sollevati in merito alla sussistenza di un'autonomia del ramo anche da un punto di vista contabile, gestionale, amministrativo o finanziario, per via della normale integrazione con il resto dell'azienda⁴⁵ che ne rende difficile un riscontro concreto⁴⁶.

messo sul mercato senza necessità, che nella fase realizzativa produttiva, intervengano elementi estranei.

⁴⁵ “La questione è stabilire se il ramo di azienda da trasferire si identifichi con una frazione dell'apparato produttivo idoneo a svolgere una parte o l'intera produzione del bene o del servizio dell'impresa (uno stabilimento, un reparto autonomo), oppure se la "parte di azienda" includa anche una mera funzione interna che non abbia correlazione diretta con l'attività finalizzata alla realizzazione di prodotti destinati al mercato (il servizio paghe e contributi, il marketing, il controllo di gestione e così via). È ovvio che l'accoglimento di quest'ultima opzione comporterebbe una potenziale maggiore capacità di segmentazione dell'impresa e, quindi, incrementerebbe possibili fenomeni elusivi.

In tal senso depone la formulazione letterale dell'articolo 2112 c.c. a stabilire che l'attività economica organizzata può essere anche quella effettuata da servizi gestionali dell'impresa. Inoltre la direttiva europea afferma che l'entità economica oggetto del trasferimento può svolgere un'attività "sia essa essenziale o accessoria" ed il riferimento alla accessorialità, che include quindi anche le funzioni non principali legate alla realizzazione del prodotto finale, conferma la interpretazione descritta. Tuttavia si potrebbe anche sostenere una diversa tesi. Si potrebbe affermare, infatti, che la norma italiana si distingue da quella europea proprio perché non contiene alcun riferimento al carattere anche accessorio dell'attività. La legge italiana, in sostanza, avrebbe voluto restringere la nozione di parte di azienda, escludendo le attività interne e consentendo soltanto il trasferimento di una frazione dell'impresa che abbia una connessione diretta con il mercato esterno. È vero che, in questo modo si creerebbe un contrasto tra disciplina nazionale e quella (prevalente) di fonte comunitaria. Tuttavia la direttiva 2001/23/CE consente agli Stati nazionali di introdurre disposizioni legislative più favorevoli. Si potrebbe ritenere, pertanto, che l'Italia abbia inteso restringere la nozione di parte di azienda trasferibile ed abbia quindi voluto derogare la normativa in senso migliorativo a favore dei lavoratori italiani, con l'intento di ridurre le ipotesi di segmentazione dell'impresa. Questa tesi, peraltro, si scontra con la volontà “deregolativa” chiaramente perseguita dal legislatore nazionale e potrebbe essere confutata ritenendo che il restringimento della nozione di ramo d'azienda non costituisce necessariamente una disposizione di miglior favore, perché tanto più ampia è la fattispecie di azienda trasferibile, tanto maggiore è la tutela garantita ai lavoratori”, V. Speciale “Appalti e trasferimento d'azienda”, WP Cent. stud. dir. lav. eu.

Secondo l'orientamento dominante, confortato dalla posizione prevalente della giurisprudenza, il ramo d'azienda deve essere in grado di funzionare in modo autonomo al punto da potere essere separabile dall'intero complesso aziendale, sia sul piano produttivo, sia su quello gestionale ed organizzativo⁴⁷. Non deve, peraltro, necessitare nella fase realizzativa o produttiva di significativi interventi d'elementi estranei, riuscendo a produrre autonomamente un bene da inserire nel mercato.⁴⁸

“Massimo D’Antona”, 2006, n. 84, p. 13, <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/default.htm#2006> .

In senso contrario U. Carabelli , V. Leccese “Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali”, in WP Cent. stud. dir. lav. eu., 2005, n. 64, www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/default.htm#2005 “l’estensione della nozione di trasferimento, che apparentemente potrebbe costituire un miglioramento della tutela individuale, possa rivelarsi, nel caso concreto, svantaggiosa per i lavoratori, facilitando spregiudicate operazioni imprenditoriali di esternalizzazione.”

⁴⁶ R. De Luca Tamajo, “Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d’azienda e rapporti di fornitura” in Aa. Vv. , “I Processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici”, a cura di R. De Luca Tamajo, Napoli, Esi, 2002 ; l’autore nel definire la “autonomia funzionale” come “coesione funzionale ed organizzativa delle attività cedute” sottolinea come dalla norma non si evince “la necessità d’autonomia gestionale o amministrativa, né un’indipendenza economico-commerciale”.

⁴⁷“ Il concetto di autonomia funzionale, in senso ampio e generico, non può non ricomprendere i profili organizzativi e di gestione” In tal senso Cester “Trasferimento d’azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina”, in Lav. giur. 2001,n. 6 , p. 505. Contro M. L. Valluri “Studio sull’oggetto del trasferimento ai fini dell’applicazione del nuovo art. 2112 c.c.”, Lav. dir. , 2002 , p. 638, “il carattere dell’autonomia è posto in relazione esclusiva con quello della funzionalità, mentre non riguarderebbe l’aspetto economico ed organizzativo”.

⁴⁸ Cass. 4 dicembre 2002 , sent. n. 17207, Cass. sent. n. 151055, Foro it. , I, 2003 p. 104 , p. 110.

Quanto al requisito della “conservazione”, è noto come si sia trattato di un elemento di derivazione comunitaria, che la dottrina ha vincolato al momento del trasferimento “in vista e nel corso del trasferimento”⁴⁹, ma non anche al periodo successivo⁵⁰.

Obiettivo principale della prescrizione sembra, infatti, quello di assicurare la coesione dell’insieme degli elementi alienati, affinché possano costituire un complesso unitario, idoneo allo svolgimento di un’attività d’impresa.

Non vi è tuttavia unità di vedute riguardo al tipo d’intervento che sarebbe consentito al cessionario dopo la cessione.

Secondo l’opinione prevalente, con la prescrizione del requisito della conservazione, collegato a quello della preesistenza, il legislatore del 2001 mette in dubbio la sopravvivenza di quell’orientamento giurisprudenziale per il quale è sufficiente, ai fini dell’applicazione dell’art. 2112 c.c., che nel complesso dei beni trasferiti permanga un

⁴⁹ G. Quadri “ I limiti all’applicabilità dell’articolo 2112 c.c.” *Dir. merc. lav.* , 2003, p. 325.

⁵⁰ R. De Luca Tamajo “Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d’azienda e rapporti di fornitura” *op. cit.* ; la norma dovrebbe esser interpretata nel senso che il requisito della conservazione dell’identità debba sussistere solo all’atto del trasferimento. G. Santoro Passarelli , “Sulla nozione di trasferimento d’azienda ex art. 2112 c.c.” *Foro it.* , 2000,I, p. 1962; Il cessionario potrà utilizzare il complesso trasferito non per lo svolgimento di qualsiasi attività, ma solo per l’esercizio di attività già svolte nell’impresa o nel ramo d’azienda ceduto, altrimenti non avrebbe senso affermare che l’oggetto del trasferimento deve consistere in un’entità economica che conserva la propria identità.

residuo d'organizzazione capace di dimostrare l'attitudine all'esercizio dell'impresa, anche per via dell'integrazione successiva ad opera del cessionario⁵¹. Dopo la novella del 2001, pertanto, il cessionario acquistava l'organizzazione produttiva così com'era nella struttura del cedente, senza apportarvi modifiche durante il trasferimento, ad eccezione, ma solo in un momento successivo, di quelle necessarie per una sua migliore integrazione nel nuovo complesso aziendale, non potendosi di fatto evincere dal dettato normativo l'esistenza di un vincolo d'immutabilità dell'entità ceduta⁵².

Contrariamente al dato della conservazione, il requisito della preesistenza non è mai stato previsto espressamente dalla direttiva comunitaria. Si tratterebbe, in altri termini, di una caratteristica del ramo d'azienda introdotta per la prima volta dal D. Lgs. 18/2001⁵³.

⁵¹ M. Nicolosi, "Le esternalizzazioni di attività produttive tra trasferimento di ramo d'azienda e appalto", www.di-elle.it/approfondimenti_frameset.htm.

⁵² Cass. 3 maggio 2000, sent. n. 5550, Riv. giur. lav., 2001, I, p. 67, M. Madera "Brevi osservazioni in tema di trasferimento d'azienda, cessione di singoli beni aziendali e corresponsione del trattamento di fine rapporto", la cessione di azienda è configurabile anche nel caso in cui il ramo autonomo oggetto della cessione "non conservi poi la sua caratteristica di entità distinta rispetto all'azienda acquirente, ma sia, invece, destinato a fondersi nel nuovo e diverso contesto organizzativo dell'impresa cessionaria"; "Non costituisce circostanza ostativa all'applicabilità dell'art. 2112 c.c. il fatto che i beni già organizzati per l'esercizio di un'attività produttiva non restino autonomi e separati in capo all'impresa cessionaria, ma siano integrati e riorganizzati nella più ampia struttura di quest'ultima".

⁵³ M. Nicolosi, *op. cit.*.

In verità, è stato osservato che la necessaria preesistenza dell'organizzazione del ramo ceduto era già insita nell'ordinamento italiano, se interpretato in maniera conforme al diritto comunitario. Invero, “il riferimento nelle fonti comunitarie alla conservazione dell'identità di un'entità economica presuppone che questa deve già sussistere come tale prima del trasferimento”⁵⁴.

Ed infatti, “il concetto di conservazione richiede che l'elemento da conservare esista già, e non sia invece costituito proprio in occasione del trasferimento”⁵⁵.

Indubbiamente, la previsione del requisito della preesistenza nel quinto comma dell'art. 2112 c.c. ha rappresentato un decisivo momento di svolta nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale, sorto sotto il vigore della disciplina previgente al D. Lgs. 18/2001, in ordine ad alcune vicende d'esternalizzazione realizzate attraverso il trasferimento d'attività accessorie e di servizi.

⁵⁴ R. Franci, “Ultimi ritocchi alla disciplina del trasferimento d'azienda”, *Lav. prev. og.*, 2003, n. 12, p. 1893; già la direttiva 98/50/CE, modificando l'articolo 1 della precedente Direttiva 77/187/CE, aveva definito l'azienda come “un'entità economica conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati la fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria” sottintendendo che tale definizione concerneva anche una “parte d'impresa”.

⁵⁵ M. Marinelli “Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori”, Torino, 2002.

Un primo orientamento aveva applicato la disciplina del trasferimento d'azienda, benché le attività cedute, già svolte presso l'impresa cedente, in realtà non fossero mai state rese in favore di terzi, e presentassero, altresì, una spiccata eterogeneità. Ai fini della sussistenza della fattispecie si era infatti ritenuta sufficiente un'autonomia solo potenziale⁵⁶, ben potendo le parti in occasione della stipulazione del contratto di cessione dare vita ad una nuova e diversa entità economica organizzata, attraverso l'individuazione d'attività che fino ad allora non avevano presentato alcun grado d'autonomia⁵⁷.

Secondo un'interpretazione più rigorosa, invece, il trasferimento di ramo d'azienda sussisteva solo quando aveva ad oggetto un complesso di beni produttivi, già organizzati dall'imprenditore per lo

⁵⁶ Tribunale di Milano sent. 11 marzo 2000, Arg. dir. lav. , 2000, p. 433 , è sufficiente ad integrare la fattispecie del trasferimento di ramo d'azienda “ il trapasso di determinati beni e servizi anche distinti dall'attività principale e tra loro eterogenei purché sia ravvisabile un'autonomia funzionale almeno potenziale presso il cedente, intesa come idoneità ad assumere un autonomo ed apprezzabile valore di mercato nel momento della separazione , non richiedendosi una preesistente autonomia organizzativa ed economica”.

⁵⁷ Pret. Torino sent. 22 luglio 1999, Giur. Piem., 1999, p. 526; “per l'applicabilità dell'art. 2112 c.c., non occorre la preesistenza di una realtà aziendale concretamente operante nello stesso contesto produttivo, poiché è sufficiente l'esistenza di un'azienda potenzialmente idonea ad esercitare l'attività imprenditoriale oggetto di cessione, anche se costituita ad hoc per l'acquisizione del ramo d'azienda”.

svolgimento di un'attività economica, che fosse esistente ed autonoma in epoca anteriore alla cessione⁵⁸.

Evidente è la finalità antifraudolenta data la necessità di un nucleo dotato d'autonomia operativa e finanziaria, per il buon esito del trasferimento, e la conseguente irrilevanza della volontà definitiva delle parti datoriali⁵⁹. Tutto ad evitare che l'applicazione di una disciplina inderogabile di tutela delle condizioni del lavoratore fosse subordinata alla mera volontà delle parti, cedente e cessionario, che avrebbero potuto, fuori da qualsiasi controllo sindacale o giudiziale, individuare un segmento dell'attività produttiva, in realtà non autonomo dal punto di vista funzionale, determinando l'espulsione dei lavoratori ad esso addetti. Un'oggettiva autonomia funzionale del ramo da cedere consente una minore discrezionalità alle parti del

⁵⁸ Tribunale di Genova sent. 7 settembre 1999, Arg. dir. lav. , 2000, p. 422, "il legame obiettivo che salda fra loro i fattori produttivi e , nel caso del ramo d'azienda, li rende autonomi rispetto al complesso aziendale deve essere immanente alla struttura cui afferisce e deve preesistere al trasferimento stesso e non essere conseguenza del negozio traslativo, né può essere sostituito dalla mera volontà dell'imprenditore di costituire determinati beni e rapporti giuridici in ramo d'azienda ai meri fini della loro cessione".

⁵⁹ Tribunale di Genova sent. 4 novembre 1999, Arg. dir. lav. , 2000, p. 422, "l'organizzazione e l'autonomia , requisiti dell'oggetto del trasferimento, debbono necessariamente preesistere al trasferimento stesso e non possono rappresentare una conseguenza". "Ai fini di una corretta valutazione sulla configurabilità della fattispecie del trasferimento di ramo d'azienda dovrà stabilirsi se i beni e i rapporti di lavoro , oggetto di trasferimento, fossero prima del trasferimento stesso, caratterizzati da un'autonoma ed unitaria organizzazione, tecnica e/o finanziaria".

contratto di cessione, e riconduce l'applicazione della disciplina inderogabile entro un ambito più circoscritto⁶⁰.

La novella del 2001⁶¹, tenendo conto del dibattito, ha optato per il riconoscimento delle ragioni del secondo orientamento, considerando la preesistenza dell'articolazione funzionalmente autonoma come "l'elemento costitutivo" della fattispecie del trasferimento di parte dell'azienda; confermando il perseguimento di una legislazione maggiormente attenta a tutelare la posizione del lavoratore coinvolto in un trasferimento d'azienda, soprattutto con riguardo ai crescenti fenomeni d'esternalizzazione⁶².

Nello stesso ordine d'idee anche la più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione riconosce valenza antielusiva alla disciplina in quanto, attraverso una corretta verifica del requisito della

⁶⁰ C. Cester, "Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina", *Lav. giur.*, 2001, n. 6, p. 505; M. Marazza, "Impresa ed organizzazione nella nuova nozione di azienda trasferita", *Arg. dir. lav.*, 2001. La disposizione impedisce alle parti di individuare il ramo d'azienda oggetto della cessione al momento della stipulazione del negozio, privando, in tal modo, il cedente della possibilità di costituire e rendere autonoma, solo in vista del trasferimento, un'articolazione aziendale, al fine di liberarsi, in via indiretta, dei dipendenti in esubero; in effetti venendo a mancare il requisito della preesistenza non troverà applicazione l'art. 2112 c.c. .

⁶¹ D. lgs 2 febbraio 2001, n. 18 "Attuazione della direttiva 98/50/CE relativa al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti", *G. U.* n. 43 del 21 febbraio 2001.

⁶² S. Ciucciovino, "La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il D. Lgs. 18/2001" p. 98, *op. cit.* .

preesistenza, si evita la costituzione da parte dell'imprenditore di rami d'azienda solo in funzione del trasferimento, mediante "un'operazione strumentale, indirizzata all'espulsione indiretta di lavoratori eccedenti"⁶³.

⁶³ Cass. 4 dicembre 2002 , sent. n. 17207, Cass. sent. n.151055, Foro it. , I, 2003 p. 104 , p. 110.

◆ Il D. Lgs. 276/2003: nuova nozione di ramo d'azienda.

L'emanazione del D. Lgs. 276/2003⁶⁴ delinea nuovi scenari per l'individuazione del ramo d'azienda, e contrariamente a quanto stabiliva il D. Lgs. 18/2001⁶⁵, il legislatore opta per la soppressione dei requisiti della preesistenza e della conservazione dell'autonomia funzionale della parte dell'azienda coinvolta nel trasferimento.

Il cambio di rotta è avvenuto in forza dell'opinione critica, sfavorevole al d.lgs 18/2001, pronta a giudicare la soluzione adottata come “incongrua, di problematica applicazione e poco in linea con le finalità garantistiche alle quali dovrebbe rispondere”⁶⁶.

Più il segmento d'attività ceduta si avvicina al *core business* aziendale, più i nessi d'interdipendenza con altre attività aziendali rendono praticamente difficile l'individuazione di una sua compiuta autonomia funzionale.

⁶⁴ D. Lgs. 10 settembre 2003 n. 276 in ottemperanza alla Direttiva 2001/23/CE del 12 marzo 2001, G. U. n. L82 del 22 marzo 2001.

⁶⁵ Decreto legislativo 2 febbraio 2001 n. 18, G. U. n. 43 del 21 febbraio 2001.

⁶⁶ G. Quadri, *op. cit.* .

Non solo, ma l'attività ceduta, spesso, presenta presso il cedente uno stretto legame con una serie di supporti di tipo amministrativo, commerciale e contabile sminuendo la natura autosufficiente.

Nel caso, poi, d'attività particolarmente eterogenee tra loro, non è escluso che in seguito ad un "accorpamento trasversale" in occasione della cessione, esse manifestino una riscoperta unitarietà ed autonomia che nell'organizzazione del cedente non possedevano.

Anche in ipotesi più tradizionali d'attività accessorie o strumentali, la "stretta connessione finalistica o l'inscindibile nesso di complementarità", rispetto al contesto produttivo principale, costringe l'interprete ad escludere la preesistenza dell'autonomia funzionale.

In tutte queste ipotesi, l'attenuata o inesistente preesistenza della autonomia funzionale dell'attività da trasferire escluderebbe, dall'ambito d'applicazione dell'art. 2112 c.c., tutta una serie di fattispecie circolatorie di rami d'azienda sostanzialmente genuine. Esclusione, peraltro, non giustificabile in prospettiva garantistica, giacché il ricorso alla preesistente autonomia funzionale del ramo che si intende cedere non pare idoneo ad attenuare il rischio di un uso distorto dell'istituto.

Questo infatti può anche essere perseguito mediante una preconstituita delimitazione del ramo da cedere, o anche attraverso una progressiva confluenza di personale sgradito nella struttura economica da esternalizzare⁶⁷. Ciò che conta non è tanto la verifica *ex ante* dell'autonomia funzionale del ramo⁶⁸, quanto l'accertamento, anche in un momento successivo, dell'intento fraudolento dell'operazione realizzata, volta a perseguire un obiettivo interpositorio, attraverso l'espulsione di personale che, di fatto, continua a soggiacere al potere direttivo e organizzativo del cedente⁶⁹.

⁶⁷ V. Nuzzo, "Il trasferimento di azienda : l'ultima riscrittura della disciplina lavoristica", *Mass. giur. lav.* ,2002; L'art. 2103 c.c. attribuisce al datore di lavoro il potere di trasferire il lavoratore da un'unità produttiva ad un'altra, senza bisogno del consenso dl lavoratore, quando sussistano comprovate ragioni tecniche, organizzative o produttive.

⁶⁸ R. De Luca Tamajo, "La nuova disciplina del trasferimento d'azienda nel quadro dei processi di esternalizzazione produttiva" *Forme e Regole del Decentramento Produttivo*, Atti del seminario di Roma 9 luglio 2001; Risultando problematica l'individuazione di una compiuta autonomia funzionale si finirebbe per accollare alla magistratura una delicata indagine su profili organizzativi.

⁶⁹ M. Marinelli, "Decentramento produttivo e tutela dei lavoratoti", Torino, 2002; Una rigida individuazione del ramo d'azienda , ancorata all'esistenza di un complesso di beni , già organizzati per lo svolgimento di un'attività, esclude che sia sufficiente l'individuazione di un complesso di beni , mai in precedenza connotato

◆ Una “nuova” autonomia individuale.

Caduti i requisiti della preesistenza e dell'autonomia funzionale del ramo d'azienda, per mano del D. Lgs. 276/2003⁷⁰, si apre un sostanziale varco all'autodeterminazione delle parti contraenti. Infatti l'inciso “identificata come tale dal cedente e dal cessionario”, novità assoluta nel panorama legislativo in materia di trasferimento d'azienda, anche a livello comunitario, strumentalizza la realizzazione del trasferimento al mero accordo intercorrente tra cedente e cessionario, svincolando la procedura, in nome della massima flessibilità, da ogni requisito di natura oggettiva.

Parte della dottrina ha incentrato l'attenzione sulla portata semantica del termine “identificata”, sottolineando come il legislatore abbia voluto descrivere una fase di “mera definizione e delimitazione dell'entità oggetto della cessione”.

Operazione che, in verità, è stata da sempre di competenza del cedente e del cessionario, anche se l'entità ceduta non potrà mai

dal requisito dell'organizzazione, al momento della cessione, eliminando il rischio di un uso distorto dell'art. 2112 c.c..

⁷⁰ D. Lgs. 10 settembre 2003 n. 276 in ottemperanza alla Direttiva 2001/23/CE del 12/03/2001, G. U. n. L82 del 22/03/2001.

risultare priva dei requisiti d'autonomia funzionale e d'organizzazione di mezzi, che rappresentano ancora oggi requisiti imprescindibili per l'applicabilità del regime circolatorio⁷¹.

Ai fini del trasferimento del ramo d'azienda, quindi, non sarà sufficiente l'individuazione ad opera delle parti di un qualsiasi ramo: solo l'articolazione aziendale che si presenta, al momento della cessione, indipendentemente da un potere costitutivo delle parti, come un'oggettiva articolazione funzionalmente autonoma, finalizzata all'esercizio di un'attività economica, potrà essere oggetto di trasferimento⁷².

Tesi concettuale rilevante, atteso che una ricognizione per via negoziale dell'entità da cedere si traduce al massimo in una "presunzione di prova" che, al pari del *nomen juris* ai fini dell'accertamento della subordinazione, non esclude, comunque,

⁷¹ M. De Felice, "Il trasferimento d'azienda e il trasferimento di ramo d'azienda nel Decreto legislativo attuativo della legge 30/2003" www.ecn.org/coord.rsu/doc/altri2003/2003_1016trasferimento.htm

⁷² R. De Luca Tamajo, "La disciplina del trasferimento di ramo d'azienda dal codice civile al decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003", Aa.Vv., Mercato del lavoro. Riforma e vincoli del sistema. V. Nuzzo "L'oggetto del trasferimento: entità materiale, organizzazione o mera attività?", Aa.Vv., Mercato del lavoro. Riforma e vincoli del sistema.

l'ammissibilità della prova contraria, in merito all'effettiva insussistenza di un'autonomia tecnico funzionale del ramo ceduto⁷³.

Un'interpretazione restrittiva del termine "identificata" è convincente perché, collegata agli altri requisiti imprescindibili della definizione di ramo d'azienda, riesce in qualche modo a ridimensionarne la valenza costitutiva.

L'eliminazione del requisito della preesistenza si traduce in un ampliamento della sfera di libertà delle imprese nella identificazione del ramo da cedere, poiché rispetto al passato, esse saranno più disinvolute nel "riconoscere" un collegamento funzionale tra i diversi fattori della produzione del segmento da trasferire.

Ma la dottrina ha osservato come questa libertà si compone di un elemento volontaristico, che non potrebbe essere totalmente discrezionale. La volontà dell'impresa cedente, perfino quella animata da una mera intenzione fraudolenta, deve comunque passare attraverso la stipula di un contratto, ed esso è frutto di sintesi tra la volontà del cedente e quella del cessionario, nella quale non è affatto

⁷³ A. Andreoni, *op. cit.*; anche nel rapporto di lavoro subordinato, l'oggetto è pur sempre tipizzato dall'ordinamento, e le parti contrattuali sono costrette a muoversi entro gli ambiti legislativamente imposti. Il "controllo di razionalità giuridica" impone di verificare la conformità dell'operazione economica del trasferimento al "canone normativo insito nella fattispecie".

detto che quest'ultimo persegue un interesse diverso da quello dei lavoratori all'accertamento della preesistenza e alla conservazione dell'autonomia funzionale del ramo d'azienda⁷⁴.

La tesi, tuttavia, non considera la possibilità di una collusione fraudolenta tra i due contraenti⁷⁵, mostrando un limite, poiché è proprio nei confronti della possibile collusione dei contraenti che si è sviluppata la funzione antielusiva della nozione giuridica di ramo d'azienda.

Anche se sul piano degli effetti la nuova disciplina può determinare un'estensione del principio di insensibilità delle vicende circolatorie rispetto ai rapporti di lavoro, anche ad ipotesi in cui il ramo presenti un'attitudine solo potenziale presso l'organizzazione del cedente, almeno in linea generale, è possibile riconoscere nella nuova disciplina la capacità di contrastare l'indiretta espulsione di manodopera eccedente⁷⁶.

⁷⁴ V. Bavaro, "Il trasferimento d'azienda", Aa.Vv. ,Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003, a cura di P. Curzio 2004, potrebbe astrattamente isolarsi uno specifico interesse dell'imprenditore cessionario alla protezione del lavoro attraverso la protezione dell'attività economica in circolazione.

⁷⁵ V. Bavaro, *op. cit.*; l'accertamento dell'autonomia funzionale di un'articolazione aziendale, va condotto indipendentemente da una "valutazione probabilistica che parte dall'accordo tra cedente e cessionario per proiettare gli esiti di tale accertamento nella futura utilizzazione del bene ceduto".

⁷⁶ V. Luciani , "Trasferimento d'azienda e tutela dei lavoratori: il bilancio d'interessi nell'evoluzione dell'art. 2112 c.c.", Aa.Vv. ,Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema.

La “indiscriminata liberalizzazione” dei processi di esternalizzazione, infatti, è impedita da un’attenta applicazione del persistente requisito dell’organizzazione. Quest’ultimo impone sempre che lavoratori e beni aziendali siano “tenuti insieme da un nesso obiettivo e necessario”⁷⁷.

Sicché ad un eventuale controllo in fase giudiziale, è inevitabile il riscontro della reale sussistenza di un effettivo nesso di collegamento tra lavoratore e ramo ceduto. Ciò costituisce un concreto ostacolo a prassi aziendali che si risolvono in una fittizia predisposizione di un ramo, adibendovi *ad hoc* lavoratori sgraditi, ai soli fini di una loro estromissione.

L’inesistenza di un obiettivo collegamento tra la prestazione del lavoratore ed il ramo ceduto, l’incoerenza e l’eterogeneità tra la sua professionalità e l’organizzazione del ramo dimostrano la strumentalità di una tale operazione⁷⁸.

L’autonomia funzionale è un concetto organizzativo prima ancora che giuridico⁷⁹. A contrastare esternalizzazioni che riguardino non

⁷⁷ M. Nicolosi, *op. cit.* .

⁷⁸ V. Luciani, *op. cit.* .

⁷⁹ R. Romei, “Azienda, Impresa, Trasferimento” *Dir. lav. rel. ind.* , 2003, p. 56. Il dato della preesistenza del ramo d’azienda alla vicenda traslativa è stato costantemente interpretato come un predicato aggiuntivo e limitativo del trasferimento. La sua soppressione per via legislativa è stata considerata una

attività, ma gruppi di lavoratori, è non tanto il requisito dalla preesistenza, quanto quello dell'organizzazione; l'esistenza di collegamenti tra beni e lavoratori, o anche tra soli lavoratori, tali da consentire l'esercizio di un'attività economica destinata alla produzione e allo scambio di beni di servizi, indipendentemente dalla circostanza che essi siano stati unificati solo al momento del trasferimento. In tal modo il requisito dell'organizzazione non può mai essere il frutto di un'autonoma deliberazione delle parti, ma sarà sempre un requisito oggettivamente valutabile⁸⁰.

Organizzazione ed autonomia funzionale postulano sempre un accertamento obiettivo della loro sussistenza, anche tramite un controllo *ex post* sull'attività economica svolta, a seguito del trasferimento, dal cessionario.

In effetti, anche se il cessionario gode di uno spazio operativo "minimo" per l'implementazione organizzativa del ramo inserito nella

pericolosa espansione del rischio di usi fraudolenti del trasferimento d'azienda. Ad opposte conclusioni si giunge se si considera la preesistenza come "elemento esplicativo di una caratteristica tipica e interna al trasferimento di un'attività economica funzionale alla produzione di beni e servizi". Quindi il riconoscimento legislativo del 2001 della preesistenza non avrebbe portata innovativa, poiché si limiterebbe semplicemente a riconoscere legislativamente qualcosa che è già insito nell'essenza del complesso aziendale.

⁸⁰ R. Santagata, "Trasferimento del ramo d'azienda tra disciplina comunitaria e diritto interno", Aa.Vv. Mercato del Lavoro. Riforma e vincoli di sistema.

propria struttura produttiva, è sempre necessaria un'indagine presso l'attività del cessionario al fine di verificare la concreta operatività del requisito dell'autonomia funzionale, la cui effettività è stata indebolita dalla soppressione della sua preesistenza⁸¹.

La mancata previsione del requisito della preesistenza e della conservazione dell'identità, attira le principali obiezioni circa l'asserita compatibilità della nuova versione del articolo 2112 c.c.⁸² con la normativa comunitaria⁸³. La soppressione del requisito della conservazione dell'identità crea un potenziale conflitto con la direttiva europea, la quale presuppone che l'entità economica conservi la propria identità nel trasferimento e preesista al trasferimento stesso⁸⁴. L'esclusione dalla nuova formulazione del requisito della preesistenza e della continuazione profila una "arbitraria attenuazione degli standard minimi di tutela nei casi in cui

⁸¹ M. Mainardi, "Azienda e Ramo d'azienda: il trasferimento nel D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276", Dir. mer. lav. , 2003, p. 700.

⁸² Art. 2112 c.c. così modificato dalla novella introdotta dal D. Lgs. 2 febbraio 2001 n. 18 e susseguentemente dal D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276.

⁸³ Direttiva 2001/23/CE 12 marzo 2001 , G. U. n. L82 22 marzo 2001.

⁸⁴ La Corte di giustizia ha sempre ribadito l'esigenza di valutare che sia trasferita un'entità economica ancora esistente, e "che la sua gestione sia stata effettivamente proseguita o ripresa dal nuovo titolare, con le stesse attività economiche o con attività analoghe" ;Corte di Giustizia 11 marzo 1997, causa C-13/95 "Suezen", Foro It.,1998, n. 4.

fossero trasferite articolazioni prive di un carattere di stabilità⁸⁵, e la violazione di una specifica clausola di non regresso e di miglior favore prevista nella Direttiva 2001/23/CE⁸⁶.

Altresi l'esclusione del requisito della conservazione per il solo ramo d'azienda, mantenuto invece per l'intera azienda, solleva perplessità in ordine a possibili conflitti con l'art. 3 della Costituzione. Mentre il trasferimento dell'intera azienda deve inevitabilmente esser qualificato dai requisiti della preesistenza e conservazione dell'attività economica, il legislatore, viceversa, non li considera necessari per il ramo d'azienda⁸⁷. Una differenziazione illogica ed arbitraria che causa un'irragionevole disparità di trattamento, atteso che tra le due fattispecie, definite dalla stessa normativa, vi può essere al più un rapporto quantitativo⁸⁸.

⁸⁵ R. Santagata, "Trasferimento del ramo d'azienda tra disciplina comunitaria e diritto interno", Aa.Vv. Mercato del Lavoro. Riforma e vincoli di sistema. La stabilità del ramo d'azienda connessa al requisito comunitario della conservazione dell'identità economica, misurata nel tempo precedente e successivo al trasferimento, è stata tradizionalmente intesa come necessaria garanzia per i lavoratori di fronte a processi di frammentazione dei complessi aziendali al solo scopo di annullare le norme di tutela previste.

⁸⁶ M. Mainardi, *op. cit.*; L'articolo 8 della Direttiva 2001/23/CE precisa che essa "non pregiudica la facoltà degli Stati Membri di applicare o introdurre disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli ai lavoratori". E' possibile, a contrario, affermare l'esistenza di un vincolo preclusivo implicito ad una normativa meno garantistica per i lavoratori.

⁸⁷ A. Andreoni, *op. cit.*

⁸⁸ Cass. 23 ottobre 2002, sentenza n. 14961, Dir. giur., 2002.

Anche l'attribuzione del potere di individuare il ramo d'azienda, e in definitiva del potere di determinare o meno l'applicazione dell'art. 2112 c.c., alla libera disponibilità degli imprenditori cedente e cessionario (neppure nella disponibilità di tutte le parti ma solo di quella datoriale), contrasta inevitabilmente con una lettura costituzionalmente orientata della norma.

Il nuovo assetto normativo, infatti, consente alla sola parte datoriale la disponibilità dei diritti inderogabili dei lavoratori coinvolti nel trasferimento del ramo d'impresa. Al tal proposito va sottolineato come la Corte Costituzionale ritiene "indisponibile" ,anche per il legislatore, la definizione del lavoro subordinato⁸⁹, visto che quest'ultimo "non può autorizzare le parti a escludere, direttamente o indirettamente, con la loro dichiarazione contrattuale, l'applicabilità della disciplina inderogabile prevista a tutela dei lavoratori a rapporti che abbiano contenuto e modalità di esecuzione propri del rapporto di lavoro subordinato"⁹⁰.

⁸⁹ Corte Costituzionale 29 marzo 1993, sent. n. 121, Foro it. ,1993, I, p. 2434. "Non sarebbe comunque consentito al legislatore negare la qualificazione giuridica di rapporti di lavoro subordinato a rapporti che oggettivamente abbiano tale natura , ove da ciò derivi l'inapplicabilità delle norme inderogabili previste dall'ordinamento".

⁹⁰ Corte Costituzionale 31 marzo 1994, sent. n. 115, Foro it. ,1994, I, p. 2657.

Quindi se è costituzionalmente illegittima una norma che attribuisce alla disponibilità delle parti l'esclusione dell'applicabilità della disciplina inderogabile prevista per i rapporti di lavoro subordinato, parimenti è incostituzionale una norma che attribuisce solo ad una delle parti sostanziali (quella datoriale) la disponibilità dei diritti inderogabili dei lavoratori connessi del trasferimento di una parte di impresa.

Ulteriore discrasia del nuovo articolo 2112 c.c. è definire il ramo d'azienda come "articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata", il che equivale a sancire il carattere "oggettivo" del requisito in argomento ,con conseguente possibilità di verificarne l'obiettiva sussistenza;e contestualmente affermare che l'identificazione del ramo d'azienda è rimessa alla volontà del cedente e del cessionario "al momento del suo trasferimento", smentendo l'oggettività del requisito, ed esaltando il ruolo alla volontà delle parti.

Il contrasto rileva l'incostituzionalità della disposizione per violazione dell'art. 3 della Cost. poiché i Giudici della Consulta⁹¹ sostengono che il "canone di coerenza" tra le norme dell'ordinamento

⁹¹ Corte Costituzionale 30 novembre 1982, sent. n. 204, Foro it. ,1982, I, p. 2981.

non consente di affermare e negare (in uno stesso periodo) il carattere oggettivo di un requisito del modello normativo, in virtù del principio di uguaglianza di trattamento tra eguali posizioni.

◆ L'antitesi con il diritto comunitario.

Le modifiche introdotte dall'articolo 32, D. Lgs. 276/2003⁹², cancellando i requisiti della “preesistenza” e della “conservazione”, limitano indiscutibilmente il dato dell'autonomia funzionale. La loro soppressione determina il ritorno al vuoto normativo che, prima della novella del 2001, aveva autorizzato interpretazioni estensive dell'art. 2112 c.c., con conseguente compressione dei diritti dei lavoratori.

A subire le conseguenze dei cambiamenti apportati dal D. Lgs. 276/2003 è anche il raccordo tra la legislazione interna e quella comunitaria, ad esser danneggiata è la finalità principale del legislatore europeo, che sin dall'emanazione della Direttiva 77/187/CEE⁹³, punta all'armonizzazione delle normative degli stati membri.

Infatti, un'applicazione rigida del testo della norma autorizza l'individuazione per via negoziale di frazioni non autosufficienti e non coordinate tra loro, per il semplice fatto di esser suscettibili di

⁹² D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276; Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, legge 14 febbraio 2003 n. 30.

⁹³ Direttiva CEE 77/187 14 febbraio 1977, GUCE n. L 61, 5 marzo 1977.

valutazione economica, a prescindere dalla funzione che sino al momento della cessione hanno svolto. Quest'interpretazione della nozione di ramo d'azienda è inevitabilmente contraria alla stabilità strutturale voluta a livello comunitario attraverso il connotato della conservazione dell'identità.

Una stabilità strutturale che nel caso del ramo d'azienda difficilmente è riscontrabile prima della cessione rispetto al corpo dell'intera azienda; solo il distacco e cioè l'attribuzione di un suo autonomo valore economico per accordo tra le parti, conferisce autonomia al segmento d'azienda. La preesistenza, quindi, ha il compito di evitare che le parti, attribuendo ad un frammento della produzione valore economico, possano trasferire contratti di lavoro asseritamente collegati ad una struttura economica mai esistita prima.

Sul punto, quindi, vanno sicuramente condivise quelle letture del requisito legislativo della preesistenza in chiave limitativa del campo d'applicazione dell'art. 2112 c.c., contro fittizi assemblaggi di segmenti organizzativi tra loro eterogenei, considerati unitariamente al solo scopo del trasferimento⁹⁴. Ma il legislatore italiano, oltre ad aver eliminato il requisito della preesistenza dell'autonomia

⁹⁴ R. Romei, "Azienda, Impresa, Trasferimento" Dir. lav. e relazioni ind , 2003.

funzionale, riconosce la possibilità che le parti identifichino l'entità da cedere, indipendentemente da una sua comprovata attitudine produttiva.

In particolare modo, quest'ultima modifica comporta una profonda discrasia, sul piano sistematico, tra i due istituti del trasferimento d'azienda e del trasferimento del ramo d'azienda. Difformità non prevista nella definizione delle due fattispecie a livello comunitario, atteso che anche l'ultima direttiva 2001/23⁹⁵ estende la disciplina del trasferimento d'impresa al trasferimento di "parti d'impresa", riprendendo quindi la stessa nozione dell'intera impresa, intesa com'entità economica che conserva la propria identità. Difformità non voluta della stessa Corte di giustizia europea, dal momento che è sempre rimasto costante l'orientamento tendente ad escludere l'applicazione di una disciplina inderogabile a tutela dei lavoratori rimessa all'accordo tra cedente e cessionario⁹⁶.

La diversa definizione tra l'intera azienda, attività economica organizzata preesistente al trasferimento e che conserva nel

⁹⁵ Direttiva 2001/23/CE 12 marzo 2000, GUCE n. L 082, 22 marzo 2001.

⁹⁶ La Corte di giustizia ha sempre ribadito l'esigenza di valutare che sia trasferita un'entità economica ancora esistente, e "che la sua gestione sia stata effettivamente proseguita o ripresa dal nuovo titolare, con le stesse attività economiche o con attività analoghe", Corte di Giustizia 11 marzo 1997, causa C -13/95 , Racc. 1997, p. I- 1259 .

trasferimento la propria identità, e il suo ramo, la cui consistenza è affidata alla “individuazione” delle parti⁹⁷, rappresenta un indiscutibile elemento che rivela la mancata capacità del legislatore di disciplinare in maniera unitaria l’istituto del trasferimento d’azienda e di ramo d’azienda.

Nella stessa sede normativa, l’art. 2112 c.c. , sono, infatti, disciplinati due diversi istituti: il trasferimento d’azienda e le esternalizzazioni d’impresa⁹⁸.

Una nuova fattispecie giuridica, per un verso disciplinata secondo le logiche del trasferimento dell’intera azienda, per l’altra dotata di norme specifiche inerenti alla fase d’internalizzazione realizzata con un contratto d’appalto; fattispecie sicuramente innovativa, ma non sempre idonea a tutelare gli interessi dei lavoratori e a garantire i contratti di lavoro.

⁹⁷ L. Franceschinis, “L’art. 2112 c.c. dopo il D. Lgs. 276/2003”, *Dir. lav.* , 2003. La introduzione della volontà del cedente e del cessionario quale criterio di individuazione del ramo di azienda configura anzitutto un evidente eccesso di esercizio della delega, in quanto la norma delegante non lo prevedeva e si limitava a richiedere che il ramo di azienda, inteso come articolazione autonoma di un’entità economica organizzata, fosse sussistente nel momento del trasferimento.

⁹⁸ M. Nicolosi, *op. cit.* .

La persistente attenzione che negli ultimi anni il legislatore italiano ha manifestato nei confronti delle tecniche di segmentazione delle imprese si è tradotta in una liberalizzazione delle esternalizzazioni⁹⁹. Liberalizzazione più consona alla logica commerciale, che mal si coniuga con gli obiettivi dichiarati con l'emanazione del d. lgs. 276/2003, tesi al mantenimento dei diritti dei lavoratori¹⁰⁰.

⁹⁹ L. Franceschinis, *op. cit.* .E' netta la prevalenza di un'ideologia liberista , meglio definibile come aziendale o padronale, certamente non conforme alla Carta Costituzionale.

¹⁰⁰ M. Nicolosi, *op. cit.* .

Capitolo II

Consenso del lavoratore o diritto d'opposizione.

Premessa.

La persistente necessità di assicurare tutela ai lavoratori coinvolti nel trasferimento, è riscontrabile nell'animoso dibattito ingaggiato della Corte Europea ed i giudici nazionali sulla possibilità di riconoscere al lavoratore un "diritto d'opposizione" al trasferimento. Le "parti" sono dialetticamente contrapposte: da un lato la mancata previsione del legislatore italiano e la contrarietà della dottrina a riconoscere la possibilità che il lavoratore si opponga al trasferimento del rapporto di lavoro e dall'altro i giudici comunitari a sostenere la tesi del "necessario consenso" del lavoratore al trasferimento¹⁰¹. A tutta ora, è una "guerra" senza vinti e senza vincitori, entrambe le "parti" pur muovendosi nell'intento di tutelare il lavoratore coinvolto nel trasferimento, anche se con "strumenti giuridici" diversi, non riescono a disciplinare completamente il fenomeno.

La delicata questione del consenso del lavoratore ceduto induce a riflettere sul fondamento giuridico del consenso manifestato, sul valore dell'autonomia individuale del lavoratore, sugli interessi

¹⁰¹ Corte di Giustizia 16 dicembre 1992, cause riunite C-132/91, C-138/91, 139/91, Racc. 1992, p. I-6577 (Caso Katsikas); Corte di Giustizia 7 marzo 1996, cause riunite C-171/94, C -172/94, Racc. 1996 , p. I -1253 (Caso Merckx).

coinvolti e sulle ripercussioni nel rapporto di lavoro. Interrogativi che non sempre ricevono adeguata risposta.

- ◆ La continuazione del rapporto di lavoro e l'interpretazione della Corte di Giustizia.

Massima espressione della tutela individuale e novità più rilevante in tema di trasferimento d'azienda, verso la quale si dirige il diritto comunitario, è la previsione della possibilità per il lavoratore, le cui condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica, di opporsi al trasferimento.

I giudici comunitari, nella loro opera interpretativa, riallacciano il diritto d'opposizione direttamente all'art. 3.1 della direttiva 2001/23¹⁰² che non osta a che un lavoratore decida di opporsi al

¹⁰² Direttiva 2001/23/CE 12 marzo 2000, GUCE n. L 082, 22 marzo 2001.

trasferimento del suo rapporto di lavoro; egli, infatti, deve essere assolutamente libero di scegliere il suo datore, in nome del rispetto dei suoi diritti fondamentali, e non può essere obbligato a lavorare per un datore che non ha liberamente scelto¹⁰³.

Il diritto d'opposizione affermato dalla Corte¹⁰⁴ lascia al lavoratore la possibilità di decidere di non continuare il rapporto con il nuovo datore, esigendo di rimanere alle dipendenze del cedente; in tal modo s'impedisce il passaggio automatico del rapporto all'imprenditore cessionario, il quale rimane estraneo al vincolo contrattuale, non "passato", tra il lavoratore dissenziente e il cedente.

In questa ottica la "Dichiarazione di Filadelfia"¹⁰⁵ sugli scopi e obiettivi dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro sancisce il principio fondamentale secondo cui il lavoratore non è una merce¹⁰⁶, non può essere trasferito da un datore di lavoro ad un altro senza il

¹⁰³ M. Magnani, F. Scarpelli, "Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni", in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 500; Corte di Giustizia 16 dicembre 1992, cause riunite C-132/91, C -138/91, C - 139/91, *Racc.* 1992, p. I -6577, Corte di Giustizia 24 gennaio 2002, causa C -51/00, *Racc.* 2002, p. I-969.

¹⁰⁴ Corte di Giustizia 11 luglio 1985, causa C-105/84, *Racc.* 1985, p. 2639; Corte di Giustizia 16 dicembre 1992, cause riunite C-132/91, C-138/91, C-139/91, *Racc.* 1992, p. I- 6577.

¹⁰⁵ Dichiarazione sugli scopi e sugli obiettivi dell'Organizzazione internazionale del Lavoro, 10 maggio 1944.

¹⁰⁶ P. O'Higgins, "Il lavoro non è una merce. Un contributo irlandese al diritto del lavoro", *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 1996, p. 304.

suo consenso ed equiparato ad uno degli elementi che compongono l'azienda oggetto del trasferimento.

Si valorizza, in tal modo, il carattere soggettivo del rapporto esistente tra lavoratore e azienda, più che con la persona dell'imprenditore.

L'impresa, infatti, nel suo substrato oggettivo d'azienda, intesa come organizzazione tecnica, patrimonio umano e professionale, rappresenta il parametro principale per determinare la posizione contrattuale delle parti (da qui si enucleano diritti e obblighi); è l'impresa con cui il lavoratore ha scelto liberamente di lavorare e mantenere nel tempo il suo rapporto contrattuale.

Questa idea d'impresa sancisce: il rifiuto della mercificazione del lavoro e del lavoratore, riconosce la libertà contrattuale, la libera scelta dell'attività lavorativa, concede spazio e rilevanza al diritto d'opposizione del lavoratore coinvolto nel trasferimento¹⁰⁷.

In questa ottica si comprende perché il consenso assume maggiore rilievo quando oggetto del trasferimento è una parte dell'azienda.

Nelle ipotesi di c.d. esternalizzazione non accompagnate dalla cessione di un complesso organizzativo autonomo, è inevitabile

¹⁰⁷ F. Scarpelli, "Esternalizzazioni e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce", Dir. relaz. ind., n. 3, 1999, p. 363

l'indebolimento delle condizioni di lavoro e delle prospettive di stabilità occupazionali, insito nella regola dell'assoluta inderogabilità del principio di successione del rapporto contrattuale e nell'irrelevanza del consenso del lavoratore.

La tendenza della Corte a riconoscere al lavoratore la possibilità di opporsi al trasferimento è emersa nel caso "A/S Danmols Inventar"¹⁰⁸. Secondo la sentenza è riconoscibile ai lavoratori la facoltà di decidere unilateralmente (o in virtù di un accordo liberamente stipulato) di non continuare il rapporto di lavoro in seguito al trasferimento.

Il rapporto di lavoro, in virtù della regola generale, passa al cessionario ma, poiché il lavoratore coinvolto esercita il suo potere di recesso, il rapporto non continua.

Più articolata e convincente è la ricostruzione prospettata dai giudici comunitari contenuta nella sentenza "Katsikas"¹⁰⁹, resa in esito ad una questione pregiudiziale sollevata in merito alla compatibilità del

¹⁰⁸ Corte di Giustizia 11 luglio 1985, causa C-105/84, Racc. 1985, p. I-2639.

¹⁰⁹ Corte di Giustizia 16 dicembre 1992, cause riunite C-132/91, C-138/91, C-139/91, Racc. 1992, p. I- 6577.

diritto d'opposizione, costantemente garantito dai giudici nazionali delle corti tedesche¹¹⁰, e la normativa comunitaria.

E' questa l'occasione che si paventa ai giudici comunitari per porre l'accento sull'impossibilità di mercificare il lavoratore e renderlo pedissequamente uguale ad un elemento materiale del ciclo produttivo; e allo stesso tempo dimostrare l'essenza soggettiva insita nel rapporto di lavoro e l'impossibilità di scavalcare il soggetto su cui direttamente si ripercuotono le conseguenze del trasferimento.

Il diritto d'opposizione o il consenso al trasferimento è l'elemento sintomatologico del rapporto di lavoro: distingue un semplice ciclo produttivo fondato su elementi materiali, da un segmento di produzione in cui oltre la materialità dei componenti è presente la "personalità del rapporto di lavoro". La "personalità" sicuramente rientra nei diritti fondamentali del lavoratore, poiché è specificazione

¹¹⁰ M. Fuchs "La disciplina del trasferimento d'azienda nel diritto tedesco", Quad.dir. lav., 2004. Fin dal 1974 la BAG (Corte Federale del Lavoro Tedesca) ha sostenuto l'esistenza del diritto del lavoratore ad opporsi con successo al passaggio del proprio contratto individuale di lavoro tra alienante ed acquirente. Infatti, l'opposizione del lavoratore impedisce il subentro dell'acquirente nel rapporto di lavoro esistente tra alienante e lavoratore. Alcune corti minori non concordando con quanto sostenuto dalla BAG, hanno inviato la questione alla Corte di Giustizia, chiedendo la valutazione della conformità al diritto comunitario. In tal modo la Corte di Giustizia ha chiarito che la direttiva n. 77/187/CE (oggi 2001/23/CE GUCE n. L082 marzo 2001) non esclude la possibilità, per il legislatore nazionale, di impedire il subentro dell'acquirente nel rapporto giuridico esistente tra alienante e lavoratore, in caso d'opposizione.

del diritto di scelta ,che spetta al lavoratore, in ordine: al datore di lavoro , al tipo di lavoro, all'eventuale volontà di continuare ad investire le proprie conoscenze tecnico-pratiche in una determinata organizzazione produttiva.

I giudici comunitari ammettono, pertanto, che il lavoratore possa esercitare, ove lo ritenga per sé conveniente, la facoltà di opporsi al trasferimento del suo rapporto, in un momento necessariamente antecedente al trasferimento dell'impresa.

Quanto alle modalità e alle conseguenze sul piano giuridico del rapporto di lavoro, la relativa disciplina è rimessa ai singoli Stati membri i quali sono affidatari, per una *vacatio* di ordine giurisprudenziale causata dai Giudici della Corte, delle sorti del rapporto di lavoro sul piano giuridico¹¹¹.

¹¹¹ M. Fuchs, *op. cit.*. Rilevante è l'intervento del legislatore tedesco che nel recepire la direttiva 2001/23/CE ha espressamente inserito nell'ordinamento interno il diritto d'opposizione del lavoratore. In base ad esso il lavoratore ha il diritto d'opporre al trasferimento d'azienda , in forma scritta, entro un mese dalla comunicazione. Manca, però, un'effettiva disciplina concernente le conseguenze dell'opposizione del lavoratore; per i Giudici della Corte, il legislatore nazionale può considerare il rapporto sciolto per volontà del lavoratore, o del datore di lavoro, o in prosecuzione con l'alienante. La dottrina e la giurisprudenza tedesca sono concordi nel riconoscere al lavoratore, che si oppone al trasferimento d'azienda, la prosecuzione del rapporto di lavoro con l'alienante, evitando in tal modo il passaggio del rapporto all'acquirente.

La conferma è nella sentenza “Merckx”¹¹², ove i giudici della corte plasmano il c.d. “diritto d’opposizione”, trasformandolo in facoltà di opposizione. La sentenza, pur riconoscendo l’esistenza del principio di libertà di scelta del lavoratore di decidere di non proseguire il rapporto con il cessionario, sancisce la competenza degli stati membri a stabilire la disciplina riservata al contratto di lavoro con il cedente.

L’evoluzione della giurisprudenza comunitaria trova compimento in una recente pronuncia della Corte di Giustizia: la sentenza “Temco”¹¹³.

I giudici comunitari offrono una lettura della Direttiva 2001/23/CE¹¹⁴ che conferma la piena compatibilità della normativa comunitaria con il diritto d’opposizione e dimostrando la non necessità di esercitare forzature ,a livello comunitario, per il riconoscere il “necessario consenso” del lavoratore al trasferimento.

Ai sensi dell’art. 3.1 della Direttiva 2001/23/CE il trasferimento determina il passaggio automatico ,dal cedente al cessionario ,dei diritti e obblighi derivanti dai contratti di lavoro esistenti alla data del trasferimento d’impresa. Di conseguenza , l’attuazione dei diritti

¹¹² Corte di Giustizia 7 marzo 1996, cause riunite C -171/94, C-172/94, Racc., 1996, p. I- 1253.

¹¹³ Corte di Giustizia 24 gennaio 2002, causa C -51/00, Racc. , 2002, p. I- 969.

conferiti al lavoratore dalla Direttiva non può essere subordinata al consenso del cedente o del cessionario o del lavoratore stesso, in quanto la tutela prevista dall'ordinamento comunitario è imperativa e inderogabile¹¹⁵. Ma affinché il trasferimento del contratto di lavoro si imponga al lavoratore come al datore di lavoro, la Corte ritiene che il lavoratore abbia la facoltà di opporsi al trasferimento. La Direttiva, quindi, non osta a che il lavoratore si opponga al trasferimento del rapporto di lavoro al cessionario; il testo della norma, infatti, delinea chiaramente l'esistenza del principio del "necessario consenso" al fine di perfezionare il trasferimento.

Poco plausibile, allora, è la scelta del legislatore comunitario di demandare agli Stati membri il compito di stilare una normativa in base alla quale determinare le sorti del lavoratore che si sia opposto al trasferimento.

In tal modo il riconoscimento del principio del "necessario consenso" perde valore perché facilmente aggirabile da parte di ogni Stato membro poco incline ad assicurare una tutela reale al lavoratore.

¹¹⁴ Direttiva 2001/23/CE 12 marzo 2000, GUCE n. L 082, 22 marzo 2001.

¹¹⁵ Corte di Giustizia 24 gennaio 2002, causa C - 51/00, Dir. Lav. 2002, p. 57. La sentenza ribadisce e rafforza il principio costantemente affermato dalla Corte di Giustizia, dal 1992 in avanti, della rilevanza del consenso, o meglio del dissenso del lavoratore al trasferimento del suo rapporto di lavoro al cessionario.

Infatti , i vari Stati possono, in base alla normativa nazionale a cui rinvia la Direttiva, optare per la continuazione del contratto con il cedente oppure ritenere il contratto di lavoro risolto nell'impresa cedente (sia su domanda del dipendente che del datore), esautorando il principio comunitario di ogni valenza. In effetti riconoscendo la possibilità al lavoratore di opporsi al trasferimento, ma consentendo agli Stati membri di determinare le conseguenti ricadute sul rapporto di lavoro, si determina la perdita della “forza” contrattuale del lavoratore e cade ogni forma di tutela concreta¹¹⁶.

Ad una più attenta valutazione del fenomeno non sfugge la mancata armonizzazione delle legislazioni nazionali tanto in voga a livello comunitario, sussistendo ,infatti ,situazioni in cui i lavoratori comunitari ricevono una diseguale “tutela” pur in condizioni, di partenza, perfettamente paritetiche.

¹¹⁶ M. Aimo “ Le garanzie individuali dei lavoratori”, Riv. giuri. lav. prev. soc. , n. 4, 1999, p. 839.

◆ Il valore del “consenso” nell’ordinamento interno.

“Con riferimento alla posizione del lavoratore, il trasferimento d’azienda può configurarsi come successione legale di contratto che, per non richiedere il consenso del contraente ceduto (il lavoratore trasferito), non può essere assimilato alla cessione negoziale per la quale il suddetto consenso opera come elemento costitutivo della fattispecie negoziale. Al riguardo è agevole la considerazione che la causa, e più precisamente la funzione socio-economica cui deve assolvere il trasferimento d’azienda, osta a che a detto trasferimento possa applicarsi la disciplina dettata dall’art. 1406 c.c., risultando di palmare evidenza come gli adempimenti richiesti da tale disciplina e la necessità del consenso del contraente ceduto concretizzano un complesso di disposizioni che, per la propria articolazione e la propria rigidità, si presentano come poco permeabili alle esigenze dei processi di ristrutturazione aziendale, di riconversione industriale e di delocalizzazione delle imprese”¹¹⁷. È chiaro il segnale lanciato dai

¹¹⁷ Cass. 23 luglio 2002, sent. n. 10761, Mass. giur. lav. , 2002, p. 770.

Giudici della Suprema Corte: la tutela del lavoratore trova un limite invalicabile costituito dalle “superiori” esigenze economiche dei processi di ristrutturazione aziendale, di riconversione industriale, nonché di delocalizzazione delle imprese; la “causa socio economica” posta alla base trasferimento aziendale, infatti, mal si concilia, con il disposto di cui dell’art. 1406 c.c. che richiede necessariamente il consenso del contraente ceduto (lavoratore).

Questa pronuncia segna un “cambio”¹¹⁸ nella concezione della tutela riconosciuta al lavoratore in caso di trasferimento d’azienda, poiché la Corte esclude *in toto* l’efficacia del consenso del lavoratore ceduto e vincola quest’ultimo ad accettare, *sic et simpliciter*, un rapporto lavorativo con un nuovo datore mai scelto. I giudici sottolineano la funzione garantistica dell’art. 2112 c.c. destinato ad esaltarsi in un contesto di massima flessibilità del mondo del lavoro per fungere quale scelta alternativa di licenziamenti motivabili per giustificato motivo oggettivo e procedure di mobilità. Anche se, la ratio posta alla

¹¹⁸ Pret. Milano, sent. 14 maggio 1999 n. 1102; E’ necessario il consenso del lavoratore, in caso di trasferimento di ramo d’azienda, sul passaggio al nuovo datore di lavoro. F. Scarpelli, “Esternalizzazioni e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce”, *op. cit.* .

base delle procedure del trasferimento d'azienda è diametralmente opposta alle logiche presenti nelle ipotesi di licenziamento dove ragioni di crisi economico - produttive costringono il datore di lavoro a ridurre i dipendenti occupati. Nel caso del trasferimento d'azienda, infatti, il mutamento del titolare del complesso aziendale è indipendente da situazioni di crisi . Appare chiaro che il concetto di “flessibilità” del mercato del lavoro e la lettura garantistica offerta dai giudici dell'articolo 2112 c.c. si traducono nel disconoscimento del valore del consenso del lavoratore a favore della libertà di impresa. Ma libera iniziativa economica e libertà del singolo non sono valori concorrenti; perseguire lo sviluppo economico , garantire massime possibilità di iniziativa economica, non può significare sacrificio del singolo (lavoratore); svilendo il valore del consenso non si rende certo omaggio all'art. 41 della Costituzione che garantisce la libertà di iniziativa economica e contemporaneamente tutela la dignità umana e la libertà del singolo¹¹⁹.

¹¹⁹ Art. 41 co. 1., 2. Cost. :“L'iniziativa economica privata e' libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”.

Se, infatti, il lavoratore, al momento del proprio ingresso in azienda, sceglie liberamente di prestare la propria attività in favore di un determinato datore (che offra maggiori garanzie in termini di stabilità), non può essere negata, in un momento successivo, la facoltà di decidere le proprie sorti in caso di trasferimento d'azienda. Dalla sentenza emerge la perdurante condizione di contrasto, presente nell'ordinamento interno, che ruota nella contrapposta visione di chi sostiene la "necessità" del consenso del lavoratore al trasferimento e chi, invece, postula, per "ragioni d'impresa", l'oggettivazione del lavoratore con conseguente "riduzione" dei suoi diritti¹²⁰.

¹²⁰ « Il riconoscimento del diritto d'opposizione potrebbe incidere sullo stesso sé dell'operazione traslativa parziale, toccando, non solo il potere d'iniziativa dei potenziali protagonisti, ma anche gli interessi della collettività dei lavoratori e di parte di essi: si pensi all'ipotesi in cui il cedente, consapevole di non poter utilizzare altrimenti i lavoratori oppositori, rinunci al trasferimento e ricorra ad operazioni più dolorose per l'occupazione aziendale.» L. de Angelis "La tutela del lavoratore ceduto", Dialoghi della dottrina e della giurisprudenza, n. 2, 2004. G. Pera, "Movimenti del capitale e libertà dei lavoratori", Riv. it. dir. lav., 2000, I, p. 462.

◆ Tra diritto d'opposizione e continuità del rapporto.

Negli ultimi anni l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza italiana si è incentrata sull'ammissibilità del dissenso del lavoratore alla sostituzione soggettiva del datore di lavoro e alla prosecuzione del rapporto con il cessionario. Il dibattito assume ancora più importanza alla luce delle problematiche nuove insorte nei casi di separazione ed esternalizzazione, mediante trasferimento ex art. 2112 c.c., di rami d'azienda consistenti in attività accessorie al core business: casi in cui molto spesso le organizzazioni sindacali e i singoli lavoratori, avvertendo ,nella cessione dei rapporti, una fittizia riduzione del personale ,una riduzione delle prospettive occupazionali o professionali; ritengono necessaria la manifestazione di volontà del lavoratore a rimanere alle dipendenze del cedente¹²¹.

La questione del dissenso assume maggiore rilievo in relazione alla nozione di ramo d'azienda. Essa è stata proposta quale correttivo all'alterazione estrema dell'equilibrio di valori ed interessi insiti nella disciplina del trasferimento d'azienda, causati dall'orientamento che

¹²¹ F. Scarpelli "Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda: problemi vecchi e nuovi", WP Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona", n. 37,2004.

attenua fortemente i criteri di controllo della consistenza organizzativa dell'attività oggetto dei processi di esternalizzazione¹²².

Contraria la posizione della giurisprudenza e della dottrina, che alla teoria del consenso, privilegia una ricostruzione “rigida” del substrato organizzativo della nozione di ramo d'azienda, in mancanza della quale non è possibile per l'impresa fruire dello schema ex art. 2112 c.c. per la (necessaria) cessione dei contratti di lavoro¹²³.

Il ricorso alla fonte comunitaria è esiguo poiché la direttiva non si esprime direttamente in materia dando vita ad un vuoto normativo; più proficua è la giurisprudenza della Corte di Giustizia che afferma l'inderogabilità della continuità del rapporto di lavoro nei confronti di cedente e cessionario e riconosce il diritto al lavoratore di opporsi alla cessione.¹²⁴

Sul piano del diritto comunitario prevalgono le maggiori esigenze di ratio lavoristica (un *favor* verso il diritto e non l'obbligo di continuità) della disciplina del trasferimento d'azienda, giudicando di “secondo

¹²² A conferma di questa posizione Cass. sent. 25 ottobre 2002, n. 15105 (Caso Ansaldo) ; Scarpelli , *op. cit.* .

¹²³ Scarpelli, *op. cit.* .

¹²⁴ Corte di Giustizia 24 gennaio 2002, causa C-51/00, Racc., 2002,p.I-969; Corte di Giustizia 16 dicembre 1992, cause riunite C-132/91,C-138/91, C-139/91, Racc. 1992, p. I- 6577.

livello” il diritto delle imprese a pretendere il passaggio dei dipendenti (ratio commercialistica)¹²⁵.

Il principio affermato dalla Corte comunitaria si frantuma in quanto le conseguenze derivanti dall'opposizione proposta dal lavoratore sono lasciate alla libera determinazione del legislatore nazionale; non esiste, quindi, un obbligo, da parte del legislatore italiano, a prevedere il diritto a restare alle dipendenze del cedente¹²⁶. Il legislatore, infatti, non disciplina in alcun modo l'ipotesi del dissenso; così, escludendo l'applicabilità dei principi generali del contratto¹²⁷, poiché non compatibili con l'art. 2112 c.c., si riscontra una carenza nell'attuazione del diritto comunitario, rilevabile sul terreno dell'azione risarcitoria nei confronti dello Stato.

Con più favori, l'ordinamento interno riconosce il diritto del lavoratore di dimettersi nei tre mesi susseguenti al trasferimento. Dimissioni, in ipotesi di trasferimento, ricollegate ad una sostanziale modifica delle condizioni di lavoro e imputate a colpa del datore di

¹²⁵ Scarpelli, *op. cit.* .

¹²⁶ Corte di Giustizia 24 gennaio 2002, causa C-51/00, Racc., 2002, p. I- 969; “Il contratto o il rapporto di lavoro di un lavoratore alle dipendenze del cedente alla data del trasferimento dell'impresa può continuare con il cedente, allorché detto lavoratore si oppone al trasferimento al cessionario del suo contratto o del suo rapporto di lavoro”, ove la normativa dello Stato membro lo consenta.

¹²⁷ In tal modo si riconoscerebbe il diritto del lavoratore a rimanere alle dipendenze del cedente, Scarpelli, *op. cit.* .

lavoro.¹²⁸ L'istituto delle dimissioni per mutamento sostanziale delle condizioni di lavoro attribuisce al lavoratore una tutela molto debole rispetto al pregiudizio derivante dall'affidamento che il lavoratore aveva operato sull'inserimento in una certa organizzazione del lavoro, al momento dell'assunzione presso il cedente¹²⁹. Altresì il diritto di opposizione attiene agli effetti della cessione sui rapporti di lavoro, mentre l'istituto delle dimissioni presuppone l'avvenuto mutamento del datore di lavoro ergo l'avvenuta cessione del rapporto di lavoro¹³⁰.

¹²⁸ M. L. Valluri "Studio sull'oggetto del trasferimento ai fini dell'applicazione del nuovo art. 2112 c.c.", *Lav. dir.*, n.4, 2002 p. 629; A. Maresca "Le novità del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda", *Arg. dir. lav.*, n. 2, 2001, p. 587.

¹²⁹ Scarpelli, *op. cit.*

¹³⁰ C. De Marchis "Aspetti vecchi e nuovi del trasferimento d'azienda alla luce del decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 18, *Riv. giur. lav.*, n. 2, 2001.

◆ La modifica delle condizioni di lavoro.

La risposta del legislatore italiano ai contrasti sull'ammissibilità del consenso sfocia nella "figura" delle dimissioni per sostanziale modifica delle condizioni di lavoro. La norma interna ricalca, per buona parte, la Direttiva 2001/23/CE¹³¹ che consente la risoluzione del rapporto di lavoro ,per responsabilità del datore, se a seguito del trasferimento il lavoratore subisce una sostanziale modifica delle condizioni di lavoro¹³².

Ma il legislatore italiano riporta, senza alcuna specificazione, il concetto della sostanziale modifica delle condizioni di lavoro, assente nel nostro ordinamento, disciplinandolo con un semplice un rinvio all'istituto delle dimissioni per giusta causa¹³³. Inevitabili sono i problemi di interpretazione e di inserimento della norma nella sistematica dell'ordinamento interno poiché, a sua volta ,il concetto di "sostanziale modifica delle condizioni di lavoro" è mutuato

¹³¹ Direttiva 2001/23/CE 12 marzo 2000, GUCE n. L 082, 22 marzo 2001.

¹³² Art. 4.2 Direttiva 2001/23/CE: "Se dal contratto di lavoro o il rapporto di lavoro è risolto in quanto il trasferimento comporta a scapito del lavoratore una sostanziale modifica delle condizioni di lavoro, la risoluzione del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro è considerata come dovuto alla responsabilità del datore di lavoro." GCCE n. L 82 del 22 marzo 2001.

¹³³ Scarpelli , *op. cit.*

dall'ordinamento francese; frutto, quindi, di un'altra esperienza giuridica sviluppatasi autonomamente dal nostro ordinamento¹³⁴.

I punti critici riguardano: l'individuazione delle condizioni di lavoro ,il cui mutamento può legittimare le dimissioni, e la rilevanza delle modifiche.

Accreditata dottrina propende, per evitare definizioni atecniche o intuitive, ad enucleare indicazioni direttamente nel tessuto comunitario.

Probabilmente, l'opzione più corretta conduce ad assumere quale terreno prioritario di riferimento la Direttiva 91/533/CEE¹³⁵ concernente l'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle "condizioni" applicabili al contratto o al rapporto di lavoro e delle loro successive modifiche¹³⁶.

Di tale fonte dovranno essere presi in considerazione i rinvii ad aspetti del rapporto di lavoro che possono essere legittimamente

¹³⁴ M.V. Ballestrero, "Trasferimento d'azienda e trattamento dei lavoratori", Lav. dir., n. 2, 2002.

¹³⁵ Direttiva 1991/533/CEE 14 ottobre 1991, "Obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni di lavoro, di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto p rapporto di lavoro", GUCE n. L 288, 18 ottobre 1991.

¹³⁶ Scarpelli , *op. cit.*

oggetto di modifica successivamente al trasferimento¹³⁷, poiché per gli altri l'eventuale illegittima o unilaterale modifica potrà essere contestata dal lavoratore quale inadempimento, con ben maggiore effettività di tutela¹³⁸.

L'istituto delle dimissioni ex art. 2112 c.c., infatti, si pone su un piano diverso da quello della tutela dei diritti del lavoratore, per attingere a quello della tutela degli interessi e delle aspettative del medesimo, assegnando una sorta di compensazione per il mutamento significativo del contesto lavorativo. In dottrina prevale la tesi secondo la quale il legislatore configurando l'automatica continuazione del rapporto a causa del trasferimento, con le dimissioni consideri preminente la volontà del lavoratore, in quanto da rilievo alle modificazioni delle condizioni di lavoro che, indipendentemente dalla loro fonte (la legge o il contratto collettivo applicabile; atto unilaterale in sé legittimo del datore di lavoro),

¹³⁷ Corte di Giustizia 24 ottobre 2002, causa C-455/00, Racc. 2002, p. I-9231; Riv. it. dir. lav., 2003, p. 463.

¹³⁸ F. Scarpelli "Diritti d'informazione individuali e collettivi: l'incidenza sulla configurazione del contratto di lavoro", Riv. giur. lav., n. 2, 1999; Scarpelli, *op. cit.*.

possono determinare il dissenso del lavoratore alla continuazione del rapporto presso il cessionario¹³⁹.

La modifica delle condizioni di lavoro¹⁴⁰, per legittimare le dimissioni, deve avere natura sostanziale, la legge opera un rinvio all'interpretazione giurisprudenziale chiamata, così, a valutare, nel concreto contesto, la sussistenza delle modifiche capaci di incidere in maniera significativa sul perdurare del rapporto di lavoro.

La normativa lascia un discreto margine al ruolo dell'interprete nell'enucleare gli elementi del rapporto di lavoro che giustificano le dimissioni del lavoratore; di basilare importanza è, allora, l'opera del giudice chiamato ad apprezzare la rilevanza delle modifiche in ordine al tipo di lavoro svolto, al sistema di inquadramento, a considerare il profilo oggettivo del rapporto di lavoro; ma non senza tralasciare l'eventualità del plausibile rilievo delle condizioni soggettive, rilevanti per alcune categorie di "prestatori" (lavoratori altamente qualificati).

¹³⁹ M.V. Ballestrero "Trasferimento d'azienda e trattamento dei lavoratori", Lav. dir., n. 2, 2002. Scarpelli, *op. cit.* .

¹⁴⁰C. Cester "Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina", Lav. giur., n. 6, 2001, Tutti gli elementi che definiscono comprensivamente il modo di essere del lavoratore in una certa struttura produttiva vanno valutati per determinare la rilevanza delle modificazioni ricadenti sul rapporto di lavoro ai fini delle dimissioni.

Non meno critica è la soluzione adottata dal legislatore italiano in ordine agli effetti delle dimissioni che secondo la previsione della norma comunitaria¹⁴¹ sono da attribuire alla responsabilità del datore di lavoro.

Molto semplicisticamente l'ordinamento interno, al fine di recepire il disposto della norma europea, rinvia alla fattispecie del recesso per giusta causa¹⁴², precisando che il richiamo è inerente al diritto del prestatore di lavoro (a tempo indeterminato) a percepire l'indennità sostitutiva del preavviso prevista all'art. 2118 c.c.¹⁴³.

Da scartare è l'ipotesi secondo la quale il legislatore abbia previsto semplicemente, per il lavoratore dimissionario, l'indennità di mancato preavviso; in tal caso l'adattamento alla norma comunitaria si esaurirebbe nel riferimento diretto al testo dell'art. 2118 c.c. e ciò consentirebbe solo la determinazione del valore dell'indennità.

¹⁴¹ Art. 4.2 Direttiva 2001/23/CE : “La risoluzione del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro è considerata come dovuto alla responsabilità del datore di lavoro.”

¹⁴² In dottrina è consolidata l'opinione secondo cui il rinvio non opera genericamente, alla figura del recesso per giusta causa ex art. 2119 c.c., ma relativamente al riconoscimento del diritto del lavoratore a tempo indeterminato a percepire un'indennità per l'avvenuto recesso; S. Ciucciovino “La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il D. Lgs. 18/2001”, *op. cit.* .

¹⁴³ Art. 2118 c.c. co. 2.: “in mancanza di preavviso, il recedente è tenuto verso l'altra parte a un'indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso”.

Più appropriato appare il rinvio alla disciplina del recesso per giusta causa ex. art. 2119¹⁴⁴ ed al relativo regime risarcitorio previsto in caso di dimissioni per giusta causa.¹⁴⁵

Resta sempre dibattuta la questione su un'eventuale disparità di tutela tra lavoratori a tempo indeterminato, a cui espressamente si riferisce l'articolo 2119 c.c., e i lavoratori a tempo determinato in ordine alla applicazione di un regime risarcitorio differente dovuto alla diversa tipologia di contratto che lega il prestatore al datore di lavoro¹⁴⁶.

Per quanto appaia poco probabile l'utilizzo dell'istituto da parte di lavoratori privi di alternativa occupazionale occorre sottolineare che, a seguito delle dimissioni per mutamento sostanziale delle condizioni di lavoro, è riconosciuta al lavoratore l'indennità ordinaria di disoccupazione. Tesi suffragata della Corte Costituzionale¹⁴⁷, e dalla considerazione che lo stato di disoccupazione non dipende, di certo ,

¹⁴⁴ Art. 2119 c.c. "Ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto prima della scadenza del termine, se il contratto è a tempo determinato, o senza preavviso, se il contratto è a tempo indeterminato, qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto. Se il contratto è a tempo indeterminato, al prestatore di lavoro che recede per giusta causa compete l'indennità indicata nel secondo comma dell'articolo precedente."

¹⁴⁵ Scarpelli , *op. cit.*

¹⁴⁶ Scarpelli , *op. cit.* Per i lavoratori a termine, anche in considerazione del diverso affidamento e impegno posto dalle parti nella stabilità del rapporto, dovrà applicarsi un regime risarcitorio secondo i principi generali, commisurato in primo luogo al mancato guadagno sino all'originaria scadenza del contratto.

¹⁴⁷ Corte Costituzionale 24 giugno 2002, sent. n. 269 , Dir. prat. lav., n. 32, 2002.

dal lavoratore ,ma è imputabile alla responsabilità del datore di lavoro , per tanto ricadente sotto l'applicazione dell'articolo 2112 c.c. e di converso sotto la disciplina comunitaria¹⁴⁸ .

In fine ,contribuisce a caratterizzare la disciplina interna, la previsione delle sole dimissioni ,per mutamento delle condizioni di lavoro, nei confronti del solo cessionario.

Un eventuale modifica sostanziale delle condizioni di lavoro, già evidente nelle more della cessione, consentirebbe al lavoratore di dimettersi anche nei confronti del cedente, con l'applicazione degli effetti delle dimissioni per giusta causa¹⁴⁹ . Il riferimento alla Direttiva 2001/23/CE non giova in quanto la norma computa la responsabilità delle dimissioni al datore di lavoro, senza indicare espressamente né il cessionario né il cedente.

¹⁴⁸ E' evidente che, in pratica, l'istituto si prospetta di un qualche interesse per i lavoratori di elevata qualifica, dotati di migliori possibilità di reimpiego e avvantaggiati da termini di preavviso più elevati, idonei a rendere economicamente interessanti le dimissioni. Con riferimento a tali ipotesi, può osservarsi che l'ordinamento pone in capo al cessionario il pericolo di perdere subito dopo la cessione le risorse più qualificate, dovendosi anche addossare il costo delle relative indennità risarcitorie. Una sorta di rischio d'impresa connesso all'operazione di cessione, che può essere contrastato soltanto acquisendo sul piano della contrattazione individuale il consenso del lavoratore alla permanenza nella nuova organizzazione, o, eventualmente, concordando col cedente clausole di assunzione totale o parziale della responsabilità (ovviamente non opponibili al lavoratore). Scarpelli , *op. cit.*.

¹⁴⁹ E' sufficiente allegare la sostanziale modifica delle condizioni di lavoro; Scarpelli , *op cit.* .

Quindi, in assenza di un'espressa presa di posizione del legislatore italiano, non può non considerarsi conforme al diritto comunitario e per tanto sostenibile, l'ammissibilità dell'istituto delle dimissioni anche nei confronti del cedente, contribuendo in tal modo ad equilibrare il rischio di dimissioni dei lavoratori in corso di trasferimento.¹⁵⁰

¹⁵⁰ Scarpelli , *op. cit.*

◆ Ancora sul consenso del lavoratore alla luce del codice civile.

L'opera di armonizzazione voluta dal legislatore comunitario non ha retto alla riluttanza dell'ordinamento italiano avverso a concedere spazio all'input della Direttiva sul mantenimento dei diritti dei lavoratori. Il bilancio è infruttuoso, mostra una realtà normativa sconnessa, con punti di contrasto e poca uniformità di vedute anche sul tema del consenso del lavoratore.

Prevale la tesi che inficia l'ammissibilità di scelta del lavoratore, imponendo l'automaticità del passaggio al cessionario minimizzando, o meglio, cancellando ogni spazio di "scelta".

Non è azzardato ravvisare la completa denigrazione del lavoratore-persona a causa dell'assenza totale dell'elemento volontaristico.

A ben vedere il rapporto di lavoro si instaura in forza di un contratto, che inevitabilmente si perfeziona con la manifestazione del consenso di entrambe le parti (datore e lavoratore), consenso maturato liberamente, espressione di una scelta fatta dal lavoratore e di converso dallo stesso datore. La continuazione automatica del rapporto di lavoro a causa del trasferimento, si traduce in una menomazione del diritto del lavoratore a scegliere liberamente il

proprio datore di lavoro, ma soprattutto manifesta l'assoluta "fungibilità" della volontà di un soggetto in un rapporto di lavoro, ergo l'assoluta idiosincrasia dell'ordinamento che garantisce formalmente il valore della volontà in ogni contratto e in concreto si smentisce in relazione al contratto di lavoro (nell'ambito del trasferimento d'azienda), affossando una delle controparti (il lavoratore).

Uno sguardo alla normativa codicistica in materia di contratti conferma l'assunto che il nostro sistema giuridico si fonda sull'autonomia privata: la costituzione, la modificazione, l'estinzione avvengono a seguito di libera determinazione delle parti. Di più, dopo la stipulazione una parte può liberamente cedere il contratto ad un terzo, estraneo al rapporto, ma non senza il consenso del contraente ceduto¹⁵¹.

L'eventuale cessione del contratto è, quindi, una fattispecie che ricade sempre sotto il principio dell'autonomia privata, richiede il consenso dei contraenti poiché modifica delle situazioni giuridiche pre-

¹⁵¹ Art. 1406 c.c.: "Ciascuna parte può sostituire a se un terzo nei rapporti derivanti da un contratto con prestazioni corrispettive, se queste non sono state ancora eseguite, purché l'altra parte vi consenta."

acquisite sulla base di una precedente manifestazione di volontà contrattualizzata.

Tuttavia il codice contempla all'art. 2112 c.c. l'evidente eccezione a causa della quale la cessione del contratto di lavoro subordinato, contratto a carattere personale, è imposta.

Tale previsione aveva una vera funzione di tutela del lavoratore allorché vigeva la regola dei licenziamenti ad nutum; in tal caso la cessione automatica del contratto di lavoro in caso di trasferimento, tutelava il lavoratore da un possibile licenziamento, una sorta di minima garanzia offerta al lavoratore.

La ratio originaria della norma era votata ad una specifica forma di tutela a favore dei lavoratori, anche se forte era il sapore di compromesso poiché il datore di lavoro obbligato a non licenziare in occasione del trasferimento, godeva della possibilità di licenziare ad nutum¹⁵².

Il nuovo contesto normativo è completamente mutato e si è arricchito di innumerevoli tutele per il lavoratore, tra cui una specifica disciplina

¹⁵² S. Chiusolo "Trasferimento di ramo d'azienda, art. 2112 c.c e normativa comunitaria: la cessione del rapporto di lavoro è subordinata al consenso del lavoratore ceduto" Dir. lav., n. 3, 1999, p. 562.

inerente ai licenziamenti (legge n. 604/1966); di conseguenza l'originaria funzione dell'articolo 2112 c.c. è scomparsa.

Non è scomparsa l'originaria impostazione, infatti, il lavoratore è sottoposto all'automatico passaggio, in caso di trasferimento, al cessionario. L'articolo 2112 c.c., chiaramente, si trasforma da norma di tutela a norma vessatoria, poiché continua ad imporre al lavoratore il mutamento del datore di lavoro contro la sua volontà, senza possibilità di opporsi.

Ma a ben vedere dalla lettura dell'articolo 2112 c.c. discende, per il cedente e il cessionario, non la facoltà, ma l'obbligo di cedere e acquisire i contratti di lavoro inerenti all'azienda trasferita¹⁵³.

La norma, che senza dubbio è da considerarsi speciale rispetto al principio fissato all'articolo 1406 c.c., non fa riferimento al consenso del lavoratore ceduto. È evidente che, nel silenzio della norma speciale, ha vigore il dettato della norma generale; ciò significa che anche nel caso di trasferimento d'azienda il lavoratore non può subire passivamente la cessione; anzi la cessione del rapporto di lavoro avrà efficacia a condizione che il lavoratore presti il suo consenso.

¹⁵³ Gli imprenditori non possono sottrarsi alla cessione dei contratti di lavoro (cessione obbligatoria ex. art. 2112 c.c.), ma la cessione del contratto di lavoro è subordinata al consenso del lavoratore ceduto. S. Chiusolo *op. cit.*.

Capitolo III

Trasferimento d'azienda: quali garanzie

◆ L'inderogabilità della tutela.

“La direttiva 77/187/CEE è volta a garantire ai lavoratori coinvolti in un trasferimento d'azienda la salvaguardia dei diritti conferiti dal contratto o dal rapporto di lavoro; questa tutela ha carattere inderogabile ed è sottratta alla disponibilità delle parti del contratto di lavoro, le norme della direttiva, ed in particolare quelle relative alla protezione dei lavoratori contro il licenziamento a causa del trasferimento, vanno ritenute imperative, nel senso che non è consentito derogarvi in senso sfavorevole ai lavoratori”¹⁵⁴.

Ancora una volta è la Corte di giustizia a sottolineare l'ampiezza della tutela, sancita dal legislatore europeo, nella tematica del trasferimento d'azienda; La sentenza Daddy's dance hall A/S apre l'attenzione verso la natura della tutela assicurata dalla direttiva 77/187/CEE (oggi direttiva 2001/23/CE)¹⁵⁵.

“La protezione concessa dalle disposizioni della direttiva è di ordine pubblico. Un lavoratore non può rinunciare ai diritti conferiti dalla direttiva, questi diritti non possono essere elisi con il consenso del

¹⁵⁴ Corte di Giustizia 10 febbraio 1988, causa C-324/86 (caso Daddy's Dance Hall A/S), Racc. 1988, p. I-739, punto 14.

¹⁵⁵ Direttiva 2001/23/CE 12 marzo 2001, GUCE n. L82, 22 marzo 2001.

prestatore di lavoro, anche qualora gli inconvenienti che risultano da questa rinuncia vengano compensati da eventuali vantaggi¹⁵⁶.

La ratio europea persegue l'obiettivo di riparare i lavoratori "trasferendi" da ogni possibile attacco datoriale volto a modificare il quadro dei diritti contestualizzati nel contratto di lavoro, né il cedente né il cessionario, e tanto meno le associazioni rappresentanti dei lavoratori, possono derogare all'applicazione della direttiva tramite accordo o applicarla in senso meno favorevole.

La normativa tutela ogni aspetto del rapporto di lavoro coinvolto nel trasferimento, dal mantenimento dei livelli retributivi alla tutela sindacale, dai diritti di informazione ai diritti configurabili a titolarità individuale e quelli relativi alle relazioni collettive.

L'inderogabilità della tutela è un dato costante nella giurisprudenza della Corte di giustizia, non meno note sono la sentenza "D'Urso"¹⁵⁷ e la sentenza "Rotsart de Hertaing"¹⁵⁸. In entrambe è inequivocabile la chiarezza con cui è esclusa ogni possibilità di deviare dalla tutela

¹⁵⁶ "Memorandum della Commissione sui diritti acquisiti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese", COM (97) – 85 DEF 4 marzo 1997, www.lex.unict.eurolabor/documneti.

¹⁵⁷ Corte di Giustizia 25 luglio 1991, causa C- 362/89. Racc. 1991, p. I-4105, punto 11.

¹⁵⁸ Corte di Giustizia 14 novembre 1996, causa C- 305/94. Racc. 1996, p. I-5927, punto 17.

prefissata dalla direttiva ; una modifica in peius dei diritti dei lavoratori coinvolti nel trasferimento , in nessun modo , è giustificata o prevedibile.

Un eventuale deroga alla direttiva si tramuterebbe in una soccombenza dei lavoratori, celata o diretta, alle sorti di un trasferimento gestito nell'egoistico interesse delle parti datoriali. Cedente e cessionario, per la maggiore forza contrattuale, avrebbero un enorme vantaggio nell'imporre condizioni di trasferimento peggiorative per i lavoratori. Principalmente si esporrebbero i lavoratori ai rischi di un licenziamento motivato dal mancato rispetto, da parte dei lavoratori stessi, delle condizioni imposte e concordate dal cedente e dal cessionario, in assenza di una minima compartecipazione e consultazione dei lavoratori. In tal modo, il quadro dei diritti dei lavoratori diviene un semplice apparato formale, privo di contenuti reali, vista la semplicità con cui, per mezzo di un accordo, le parti (cedente e cessionario) potrebbero decidere di derogare alle tutele previste. Secondo esigenze di carattere pratico-imprenditoriali, quindi, ogni operazione di trasferimento d'azienda si diversificherebbe per una maggiore o minore intensità delle garanzie applicate, per l'esclusione o la limitazione di diritti individuali e/o

collettivi. Anche la facoltà di “scegliere la data a decorrere della quale il contratto o il rapporto di lavoro viene trasferito equivale ad ammettere che i datori di lavoro possono derogare, anche se temporaneamente, alle disposizioni della direttiva, mentre queste hanno natura imperativa e quindi non vi si può derogare in senso sfavorevole ai lavoratori.”¹⁵⁹

La Corte di giustizia ribadisce con fermezza l'inderogabilità e la natura di ordine pubblico delle disposizioni della direttiva, sottraendo alle parti datoriali ogni possibilità di negoziare i diritti dei lavoratori coinvolti nel trasferimento. La tutela è di rango assoluto, sottratta alla disponibilità delle parti al fine di evitare disuguaglianze e speculazioni dannose a carico dei prestatori di lavoro.

¹⁵⁹ Corte di Giustizia 26 maggio 2005, causa C- 478/03. Racc. 2005, p. I-4389, punto 42.

◆ I diritti del lavoratore ceduto.

Con il trasferimento d'azienda i lavoratori conservano tutti i diritti che discendono dal rapporto di lavoro: le prestazioni soggettive che trovano fondamento nell'originario contratto di lavoro, i diritti acquisiti e maturati nel proprio patrimonio e il complessivo regolamento negoziale del rapporto di lavoro.¹⁶⁰

La regola della continuità del rapporto implica la responsabilità dell'acquirente verso tutti gli obblighi del cedente nascenti dal contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro, compresi quelli nati anteriormente al trasferimento, consentendo ai lavoratori la possibilità di continuare a lavorare per il cessionario, alle stesse condizioni convenute presso il cedente¹⁶¹. La continuità nel rapporto di lavoro con il cessionario è piena e non derogabile, la pattuizione

¹⁶⁰ Scarpelli, *op. cit.*

¹⁶¹ La continuità del rapporto è desumibile dalla disposizione alla art. 3.1 della direttiva 2001/23/CE "I diritti e obblighi che risultano per il cedente da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento sono, in conseguenza di tale trasferimento, trasferiti al cessionario. Gli stati membri possono tuttavia prevedere che il cedente sia responsabile, anche dopo la data del trasferimento, accanto al cessionario, degli obblighi risultanti da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro". Scarpelli, *op. cit.*, COM (97) – 85 DEF 4 marzo 1997, www.lex.unict.eurolabor/documneti, *op. cit.*

contraria, individuale o collettiva, non è ammissibile, pena la nullità della stessa ex art. 1418 c.c. .¹⁶²

Asserire la continuità del rapporto di lavoro e la conservazione dei diritti significa garantire il trasferimento, anche per il periodo successivo, delle regole contrattuali, individuali o collettive, che derivano dal rapporto stesso. L'articolo 2112c.c.¹⁶³ stabilisce, in primis, la continuazione del rapporto di lavoro, ergo lo svolgimento delle prestazioni lavorative alle medesime condizioni contrattuali fissate con il cedente (e trasferite al cessionario) e di conseguenza la difesa e l'inderogabilità di tutti i diritti acquisiti con il rapporto di lavoro.¹⁶⁴ Deve trattarsi di diritti e non d'aspettative poiché, la qualificazione delle situazioni giuridico-soggettive dei lavoratori, acquista importanza per determinati aspetti del rapporto di lavoro , come nel caso del trattamento di fine rapporto¹⁶⁵.

¹⁶² L. De Angelis “La tutela del lavoratore ceduto”, www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/default.htm#2005 .

¹⁶³ “In caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con l'acquirente ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano”. Art. 2112 c.c. co. 1.

¹⁶⁴ “La tutela è estesa anche ai diritti in via di formazione, salvo che sulla loro progressiva maturazione incida il mutamento della fonte regolativa”, Scarpelli , *op. cit.*.

¹⁶⁵ G. Santoro Passatelli “ Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro”, Torino, 2004.

Il trattamento di fine rapporto matura anno dopo anno, tramite la procedura di accantonamento e la cessazione del rapporto di lavoro è solo una condicio juris ai fini della esigibilità dell'emolumento¹⁶⁶, quindi, fino alla data del trasferimento il cedente è obbligato al suo pagamento¹⁶⁷, dato che è un diritto acquisito al patrimonio del lavoratore¹⁶⁸. Ma non esula dalla realtà l'ipotesi di accordi collettivi, stipulati con il cedente ante-trasferimento, per azzerare l'anzianità dei lavoratori ai fini del trattamento di fine rapporto, realizzando, in tal modo, una deroga in via di fatto al principio di continuità e di onnicomprensività fissato per il trasferimento d'azienda¹⁶⁹.

Una *vacatio* normativa è riscontrabile sul tema dei diritti dei lavoratori, coinvolti nel trasferimento, alle prestazioni pensionistiche

¹⁶⁶ Cass. 8 gennaio 2003, sent. n. 96, Notiz. giur. lav. ,2003, p. 389; L. De Angelis *op. cit.*.

¹⁶⁷ “In solido ex. art. 2112 c.c. co. 2 è obbligato al pagamento anche il cessionario.”
L. De Angelis *op. cit.* .

¹⁶⁸ Un mutamento significativo deriverà dall'entrata in vigore, a partire dal 1 gennaio 2008, del D. lgs 5 dicembre 2005 n. 252, “Disciplina delle forme pensionistiche complementari”, G.U. n. 289, 13 dicembre 2005.

¹⁶⁹ “All'accordo sindacale di natura transattiva che preveda la risoluzione dei rapporti di lavoro con l'imprenditore cedente e la costituzione di nuovi autonomi rapporti di lavoro con il cessionario, deve riconoscersi per la preminenza della esigenza di salvaguardia del posto di lavoro sull'interesse alla continuità dei singoli rapporti di lavoro, efficacia vincolante nei confronti dei lavoratori iscritti alle associazioni stipulanti o che abbiano successivamente aderito all'accordo, anche nella parte in cui esso libera il nuovo datore di lavoro dall'onere del riconoscimento dell'anzianità pregressa di servizio, contenendo esso una deroga convenzionale, pienamente valida, al principio della continuità di lavoro stabilito dall'art. 2112, primo comma, c.c.”;

complementari; l'articolo 2112 c.c. , infatti , nulla dispone in ordine alle sorti dei trattamenti previdenziali integrativi, nonostante la direttiva 2001/23 CE preveda esplicitamente la possibilità di derogare al principio di continuità. Le prestazioni di vecchiaia, di invalidità e per i superstiti dei regimi complementari di previdenza, non comprese nei regimi legali di sicurezza sociale degli stati membri, non ricadono tra i diritti mantenuti dai lavoratori in caso di trasferimento¹⁷⁰. La direttiva, infatti, lascia piena libertà agli stati membri di stabilire i provvedimenti necessari per tutelare gli interessi dei lavoratori per quanto riguarda i diritti da essi maturati o in corso di maturazione, relativi ai regimi di previdenza complementare¹⁷¹.

Cass. 13 novembre 2001, sent. n. 14098, Notiz. giur. lav. , 2002, p. 113; L. De Angelis *op. cit.* , p. 34.

¹⁷⁰ Art. 3.4. a) “A meno che gli Stati membri dispongano diversamente, i paragrafi 1 e 3 non si applicano ai diritti dei lavoratori a prestazioni di vecchiaia, di invalidità o per i superstiti dei regimi complementari di previdenza professionali o interprofessionali, esistenti al di fuori dei regimi legali di sicurezza sociale degli Stati membri.”

Art. 3.4. b) “Anche quando essi non prevedono, a norma della lettera a), che i paragrafi 1 e 3 si applichino a tali diritti, gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per tutelare gli interessi dei lavoratori e di coloro che hanno già lasciato lo stabilimento del cedente al momento del trasferimento per quanto riguarda i diritti da essi maturati o in corso di maturazione, a prestazioni di vecchiaia, comprese quelle per i superstiti, dei regimi complementari di cui alla lettera a) del presente paragrafo.” Direttiva CE 12 marzo 2001 n. 23, GUCE n. L 082, 22 marzo 2001.

¹⁷¹ Scarpelli , *op. cit.* .

L' orientamento dominante¹⁷² ritiene opportuno distinguere tra fondi “interni” e fondi “esterni”, affinché si possa sostenere la capacità dell'art. 2112 c.c. di tutelare ugualmente i diritti previdenziali complementari. Il fondo “interno”, infatti, consente al cedente di creare un rapporto obbligatorio accessorio al rapporto di lavoro principale¹⁷³, tra lavoratore e datore di lavoro, in modo da consentire la prosecuzione dei rapporti previdenziali afferenti al fondo in capo al cessionario¹⁷⁴. Diametralmente opposta è la fattispecie dei fondi “esterni”: dotati di personalità giuridica e autonomia soggettiva, essi non consentono l'applicabilità del criterio di continuità vista la mancanza dell'accessorietà con il rapporto di lavoro. Il mantenimento dei diritti previdenziali complementari non avviene contestualmente al trasferimento del rapporto di lavoro ma, tramite l'applicazione dell'art. 2558 c.c.¹⁷⁵, in virtù del quale l'assenza di pattuizioni

¹⁷² S. Piccininno “Le trasformazioni aziendali in vista del mercato europeo”, Notiz. giur. lav., 1992, p. 268; Scarpelli, *op. cit.*, p. 34; L. De Angelis *op. cit.*, p. 36.

¹⁷³ Il cedente ricorre ad un contratto collettivo aziendale o di categoria per l'istituzione e la regolamentazione del fondo previdenziale complementare, Scarpelli, *op. cit.*, p. 34.

¹⁷⁴ Il trasferimento del rapporto previdenziale complementare è determinato dalla completa compenetrazione, di questo ultimo, con il rapporto di lavoro, Scarpelli, *op. cit.*, p. 34.

¹⁷⁵ Art. 2558 c.c. co. 1, “Se non è pattuito diversamente, l'acquirente dell'azienda subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale.”

contrarie consente al cessionario di subentrare in tutti i contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda (fatta eccezione per i contratti a carattere personale), compresi i rapporti relativi all'istituzione e regolamentazione dei fondi previdenziali complementari "esterni"¹⁷⁶. La distinzione tra fondi "interni" e fondi "esterni" non appare compatibile, ai fini dell'applicabilità dell'art. 2112 c.c. , con la direttiva 2001/23 CE¹⁷⁷. Prevale, allora, l'esigenza di una integrazione normativa tra l'art. 2112 c.c. e il D. Lgs. 124/93, relativo alla disciplina delle forme previdenziali complementari, al fine di garantire una tutela efficace per i lavoratori trasferiti¹⁷⁸. Così, nel caso in cui il cessionario applica un contratto collettivo diverso, determinando la caducazione della fonte istitutiva del fondo previdenziale complementare, i lavoratori possono salvaguardare i diritti previdenziali integrativi ricorrendo l'applicazione dell'art. 10

¹⁷⁶ Scarpelli , *op. cit.*, p. 34; L. De Angelis *op. cit.* , p. 36.

¹⁷⁷ A. Tursi " Previdenza complementare e trasferimento d'impresa", Riv. it. dir. lav., 2003, n. 2, p. 449.

¹⁷⁸ A. Tursi, *op. cit.*, p. 449; "I lavoratori non possono perdere i diritti ed in particolare l'anzianità maturata presso l'impresa ceduta , i diritti legati all'anzianità sono strumenti di realizzazione dell'esigenza di cui all'art. 36 Cost.", A. Marin "Il trattamento della retribuzione nel trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c.", Lav. giur., 2003, n. 3, p. 241; Corte Costituzionale 29 maggio 1996, sent. n. 4951, Riv. it. dir. lav., 1997, n. 2, p. 200; Corte Costituzionale 30 luglio 1998, sent. n. 143, Foro it., 1998, n. 1, p. 2953.

D. Lgs. 124/93¹⁷⁹. L'inapplicabilità dell'art. 2112 c.c. in tale circostanza, è dovuta non all'assenza di continuità e successione tra il contratto collettivo applicato dal cedente e il contratto collettivo prescelto dal cessionario ma , dalla applicazione di una norma speciale che concorre a disciplinare le fasi successive al trasferimento. Dove la vicenda circolatoria vede coinvolte aziende in cui opera un medesimo fondo, di gruppo o di categoria, la disciplina di cui all'art. 2112 c.c. “troverà un concreto spazio di operatività non tanto con riferimento alla perpetuazione degli obblighi afferenti per il futuro al fondo, quanto con riguardo alla regola della responsabilità solidale tra vecchio e nuovo datore di lavoro per le obbligazioni pregresse”¹⁸⁰. La vicenda traslativa aziendale determina, quindi, il trasferimento automatico del rapporto previdenziale e del rapporto di lavoro in capo al cessionario, secondo le disposizioni dell'art. 2112

¹⁷⁹ Art. 10. co. 1, “Ove vengano meno i requisiti di partecipazione alla forma pensionistica complementare, lo statuto del fondo pensione deve consentire le seguenti opzioni stabilendone misure, modalità e termini di esercizio: a) il trasferimento presso altro fondo pensione complementare, cui il lavoratore acceda in relazione alla nuova attività; b) il trasferimento ad uno dei fondi di cui all'art. 9, o a una delle forme pensionistiche individuali di cui all'art. 9-bis e 9-ter ; c) il riscatto della posizione individuale.” D. Lgs. 21 aprile 1993 n. 124, Disciplina delle forme pensionistiche complementari, a norma dell'articolo 3, comma 1, lettera v), della L. 23 ottobre 1992, n. 421, G. U. 27 aprile 1993 , n. 97.

¹⁸⁰ A. Tursi “La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale. Fattispecie e disciplina giuridica.”, Milano, 2001; Scarpelli , *op. cit.* .

c.c.. La Corte di Giustizia¹⁸¹, avallando questo orientamento, esclude che i diritti ad una prestazione di pensionamento anticipato e i diritti a prestazioni volte a migliorare le condizioni di pensionamento corrisposte in caso di licenziamento a lavoratori che hanno compiuto una certa età, possano costituire prestazioni di vecchiaia, d'invalidità o per i superstiti a titolo dei regimi complementari di previdenza professionali o interprofessionali. Solo queste ultime entrano nel novero della deroga prevista nella direttiva 2001/23 in via tassativa, costituendo le uniche ipotesi che non determinano trasferimenti di responsabilità dal cedente al cessionario.

Anche il trattamento economico rientra tra i diritti dei lavoratori che la vicenda del trasferimento non può alterare o modificare. La retribuzione, pur strettamente correlata al principio di irriducibilità, è corrisposta in proporzione alla prestazione del lavoratore quindi, il livello retributivo è correlato all'evoluzione del rapporto stesso¹⁸². La fattispecie del trasferimento d'azienda o di ramo di essa, a tal proposito, potrebbe apportare una variazione delle mansioni a cui è

¹⁸¹ Corte di Giustizia 4 giugno 2002, causa C- 164/00 (caso Beckmann-Dynamco Whicheloe Macfarlane Ltd), Racc. 2002, p I-4893.

¹⁸² Art. 36 co. 1 Cost. "Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé ed alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa."

adetto il lavoratore trasferito, determinando ripercussioni sui livelli retributivi. Ma la correlazione tra il livello di retribuzione e il livello professionale stabilita dall'art. 2103 c.c.¹⁸³, impedisce di apportare mutamenti atti a deteriorare il profilo professionale e retributivo del lavoratore, rendendo impossibile una modificazione in peius del trattamento economico in caso di trasferimento. In una sentenza del Tribunale di Trieste i giudici hanno stabilito che “tutto ciò che il datore di lavoro riconosce al lavoratore sotto forma di retribuzione, integra il contenuto dell'obbligazione retributiva che passa in capo al cessionario in caso di trasferimento d'azienda, fatta eccezione delle indennità legate a particolari situazioni o disagi”.¹⁸⁴ Non è ammissibile una decurtazione della retribuzione del lavoratore trasferito, per la Suprema Corte di Cassazione ogni accordo o modificazione unilaterale (del datore) è da considerarsi nulla, perché in palese violazione della disposizione dell'art. 2103 c.c., salva l'ipotesi in cui si tratti di compenso connesso a particolari circostanze

¹⁸³ “L'art. 2103 c.c. è norma inderogabile nel tutelare la conservazione della professionalità del lavoratore; pertanto si ha illegittima dequalificazione ove le nuove mansioni non consentano l'utilizzo delle conoscenze tecniche e capacità acquisite, senza che in contrario rilevi l'esistenza di esigenze organizzative aziendali o il giudizio di equivalenza tra le vecchie e nuove attività espresso dalla contrattazione collettiva tramite il sistema di inquadramento.” Corte d'Appello Milano 31 gennaio 2003, Dir. lav., 2003, p. 334.

¹⁸⁴ Trib. Trieste 17 settembre 2002, Lav. giur., n. 3, 2003, p. 237.

di tempo e di luogo, come nell'ipotesi in cui una voce retributiva sia legata ad un certo rischio o ad un disagio ambientale¹⁸⁵.

¹⁸⁵ Cassazione 27 ottobre 2003, sent. n. 16106, www.uil.it/uilpiemonte/Legale/ .

◆ La tutela collettiva attraverso l'informazione e la consultazione

“Il progressivo mutamento della *ratio* che informa la complessiva disciplina del trasferimento d'azienda, ha mutato anche la funzione assolta dalle garanzie collettive. L' art. 2112 c.c. ha gradualmente assunto una duplice veste, da una lato norma a tutela della posizione dei lavoratori coinvolti in vicende di mutamento della titolarità d'impresa, e dall'altro di previsione utile per quegli imprenditori che, nel segmentare la propria impresa, tramite la dismissione di parti del ciclo produttivo, riescono ad espellere una quota del proprio organico, senza dover sottostare alle regole che presiedono in materia di licenziamenti”¹⁸⁶ “In questa ottica, si è rilevato che le garanzie collettive hanno assunto un'importanza sempre maggiore, in quanto luogo di possibile mediazione degli interessi in gioco e di conciliazione delle diverse istanze di cui sono portatori i protagonisti delle vicende traslative.”¹⁸⁷

¹⁸⁶ M. L. Valluri “ Studio sull'oggetto del trasferimento ai fini dell'applicazione del nuovo art. 2112 c.c.”, *Lav. dir.* , 2002, p. 583.

¹⁸⁷ P. Passalacqua “ Trasferimento d'azienda e ruolo del sindacato”, *Dir. lav.* , 2000, p. 531.

In occasione di vicende di trasferimento d'azienda o di parte di essa, la direttiva 2001/23/CE premia forme di “procedimentalizzazione” dei poteri imprenditoriali e di “partecipazione” delle parti sociali, al fine di sottoporre le decisioni di politica aziendale, ad una forma di controllo per assicurare il pieno rispetto delle garanzie fissate per i lavoratori¹⁸⁸. “La ratio della previsione, infatti, deve rinvenirsi nella volontà di consentire al sindacato un controllo sulla vicenda traslativa, con particolare attenzione alla capacità del cedente e del cessionario di condurre l'operazione complessiva, in modo che la posizione soggettiva dei lavoratori non ne esca pregiudicata.”¹⁸⁹

Raggiungere l'instaurazione di relazioni sindacali aziendali caratterizzate dal dialogo ,nell'interesse comune di salvaguardare la funzionalità e la competitività dell'impresa, nonché di favorire il

¹⁸⁸ Art. 7.1 Informazione e Consultazione, “Il cedente e il cessionario sono tenuti ad informare i rappresentanti dei rispettivi lavoratori interessati da un trasferimento sui seguenti punti: data o data proposta del trasferimento, motivi del trasferimento, conseguenze giuridiche, economiche e sociali, del trasferimento per i lavoratori, misure previste nei confronti dei lavoratori.

Il cedente è tenuto a comunicare tali informazioni ai rappresentanti dei suoi lavoratori in tempo utile prima dell'attuazione del trasferimento.

Il cessionario è tenuto a comunicare tali informazioni ai rappresentanti dei suoi lavoratori in tempo utile ed in ogni caso prima che i suoi lavoratori siano direttamente lesi dal trasferimento nelle loro condizioni d'impiego e di lavoro.”;

Art. 7.2 “Se il cedente o il cessionario prevedono misure nei confronti dei rispettivi lavoratori, essi sono tenuti ad avviare in tempo utile consultazioni in merito a tali misure con i rappresentanti dei rispettivi lavoratori al fine di ricercare un accordo.”. Direttiva CE 12 marzo 2001 n. 23, GUCE n. L 82, 22 marzo 2001.

miglioramento delle condizioni di lavoro, è un aspetto cruciale per la tutela del lavoratore.

La tutela del lavoratore coinvolto nel trasferimento passa attraverso la socializzazione della riorganizzazione aziendale, l'informazione costituisce, infatti, il primo tassello delle garanzie fissate dal legislatore¹⁹⁰.

Questo orientamento è confermato dalla Direttiva 2002/14¹⁹¹ la cui precipua valenza è quella di affrontare in via sistematica il riconoscimento dei diritti di informazione e consultazione ai lavoratori europei, andando ben oltre alcune vicende dell'azienda, pure cruciali come licenziamenti collettivi e trasferimento d'azienda, o la tutela del bene dell'integrità psico-fisica.¹⁹² Primaria è la sovranità della direttiva 2001/23 sul trasferimento d'azienda, ma per

¹⁸⁹ M. L. Valluri "Trasferimento d'azienda e garanzie collettive", Quad. dir. lav. rel. ind. , 2004, n. 28, p. 128.

¹⁹⁰ S. Lopes "In sistemi a partecipazione forte, come in Germania, è riconosciuta espressamente la codeterminazione e/o la stabile cooperazione delle rappresentanze dei lavoratori alle decisioni aziendali con la previsione, in determinate fattispecie, di doveri di informazione e consultazione, rafforzati dalla necessità di esprimere pareri, spesso vincolanti, su determinate materie.", "Informazione e consultazione, la Direttiva 2002/14 Ce, analisi e prospettive", 2003, www.diritto.it/materiali/europa/lopes.html .

¹⁹¹ Direttiva 2002/14/CE 11 marzo 2002 , concernente l'istituzione di un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori, GUCE n. L80, 23 marzo 2002.

¹⁹² L. Zoppoli "Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese", 2005, p. 25,

ciò che attiene il riconoscimento e la sussistenza dei diritti di informazione e consultazione dei lavoratori coinvolti, non si può omettere il richiamo alla direttiva 2002/14¹⁹³. L'obiettivo principale è l'individuazione di un ambito materiale¹⁹⁴ in cui l'informazione assuma una particolare rilevanza, al punto da far esplicitamente prevedere il fine della consultazione¹⁹⁵, che consiste nel ricercare un accordo sulle decisioni che dipendono dal potere di direzione del datore di lavoro. "L'equilibrio della disciplina risiede nello sforzo di consentire un significativo spazio di intervento dei rappresentanti dei lavoratori, che non giunga però al punto da risultare vincolante per il potere organizzativo-gestionale dell'impresa."¹⁹⁶

www.dirittodellavoro.it/public/current/miscellanea/Zoppoli%20AIDLASS%202005.doc

¹⁹³ "L'informazione e la consultazione in tempo utile costituiscono una condizione preliminare del successo dei processi di ristrutturazione e di adattamento delle imprese alle nuove condizioni indotte dalla globalizzazione dell'economia, in particolare mediante lo sviluppo di nuove procedure di organizzazione del lavoro", Regol. n. 2157/2001 Consiglio Europeo, G. U. 3 gennaio 2002, seconda serie speciale, p. 47; R. Foglia "L'evoluzione normativa e giurisprudenziale comunitaria in materia di trasferimento d'azienda", Quad. dir. lav. rel. sind. , 2004, n. 28, p. 217.

¹⁹⁴ "Tale ambito materiale attiene all'organizzazione del lavoro, ai contratti di lavoro, al trasferimento d'azienda e anche ai licenziamenti collettivi", L. Zoppoli, 2005, *op. cit.*.

¹⁹⁵ La consultazione è promossa al fine di garantire una flessibilità sostenibile flessibilità, l'adattabilità, il coinvolgimento e l'occupabilità dei lavoratori, nonché per promuovere la competitività dell'impresa, attraverso le necessarie trasformazioni organizzative. L. Zoppoli, 2005, *op. cit.* .

¹⁹⁶ L. Zoppoli, 2005, p. 28, *op. cit.* .

“Il diritto a collaborare, riletto alla luce dell’ordinamento dell’Unione, si traduce nel riconoscimento del diritto dei lavoratori ad essere informati, consultati e a partecipare alla gestione dell’azienda. Un diritto dal contenuto plurimo e variabile, esercitabile “nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi”¹⁹⁷, alle quali è affidato anche il compito di disegnarne i confini rispetto ai poteri gestionali che spettano e devono spettare all’impresa perché sia assicurata la libertà di iniziativa economica privata”¹⁹⁸. Alla legge è affidato il compito di individuare con precisione il titolare o i titolari di tale diritto, in modo coerente con le finalità e i contenuti dei diritti riconosciuti. “Almeno in ordine alla partecipazione debole¹⁹⁹, ovvero ai diritti all’informazione e alla consultazione dei lavoratori, tale titolarità deve essere necessariamente anche collettiva, pur restando

¹⁹⁷ Art. 46 Cost. “Ai fini della elevazione economica e sociale del lavoro in armonia con le esigenze della produzione, la Repubblica riconosce il diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende.”

¹⁹⁸ Art. 41 co. 3 Cost. “La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l’attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.”; L. Zoppoli, 2005, p. 40, *op. cit.* .

¹⁹⁹ I sistemi a partecipazione “debole” si caratterizzano per l’assenza di una stabile collaborazione delle rappresentanze dei lavoratori alle decisioni aziendali. “Questi sistemi vengono contrattualmente rafforzati, in considerazione dell’effettiva forza del sindacato, all’interno delle singole imprese o dei singoli comparti creando, di fatto, una codeterminazione delle rappresentanze dei lavoratori alle decisioni aziendali.” S. Lopes, 2003, www.diritto.it/materiali/europa/lopes.html . , *op. cit.* .

impregiudicata una più precisa configurazione del soggetto o dei
soggetti titolari ad opera dei legislatori nazionali”²⁰⁰.

²⁰⁰ L. Zoppoli, 2005, p. 40, *op. cit.*.

◆ I trattamenti collettivi

Il trasferimento d'azienda, modificando gli asset aziendali, coinvolge, inevitabilmente, i trattamenti di fonte collettiva applicabili ai lavoratori. E', quindi, inevitabile considerare le modalità e i mutamenti che possono coinvolgere le fonti collettive, individuandone gli aspetti tutelati dal legislatore. A priori è da escludere la possibilità che il cessionario, applicando un contratto collettivo diverso, possa beneficiare di un "effetto sostituzione"²⁰¹ con cui determinare unilateralmente la modificazione della fonte collettiva applicabile, dato il netto contrasto con le regole di efficacia dei contratti collettivi e con le disposizioni della direttiva europea.

Il valore della dimensione collettiva è riscontrabile nella capacità di mantenere inalterati gli equilibri e la regolamentazione dei rapporti di lavoro subordinato coinvolti nel trasferimento. Il legislatore comunitario punta ad assicurare ,il più possibile, la continuità degli accordi collettivi nel periodo successivo alla cessione dell'azienda o di un ramo di essa²⁰².

²⁰¹ Scarpelli ,2004, p. 110, *op. cit.*

²⁰² Art. 3.3 "Dopo il trasferimento, il cessionario mantiene le condizioni di lavoro convenute mediante contratto collettivo nei termini previsti da questo ultimo per il

“Il segnale che la Direttiva invia agli ordinamenti appare, dunque, quello della garanzia di un relativo periodo di stabilità degli assetti precedenti (preoccupandosi di stabilirne anche la misura minima di un anno) nel quale dare modo alle relazioni collettive e di rappresentanza di riassetarsi, per poi tornare ai fisiologici sviluppi affidati ai rapporti di forza”²⁰³. Le linee normative comunitarie affermano la necessità, nelle fasi successive alla cessione, di preservare i lavoratori da una arbitraria sostituzione delle fonti collettive, di garantire forme di continuità contrattuali per rendere meno gravose le conseguenze del trasferimento. In tale scia si comprende la volontà di fissare un arco temporale, non inferiore ad un anno a far data dalla cessione, in modo da impedire la caducazione della fonte collettiva e mantenere inalterate le condizioni di lavoro pattuite con il cedente. Disposizione intesa come ultimo “paracadute” nell’ipotesi in cui il cessionario applichi un contratto collettivo differente rispetto al cedente e non intenda attendere la naturale scadenza del precedente contratto collettivo.

cedente fino alla data della risoluzione o della scadenza del contratto collettivo o dell'entrata in vigore o dell'applicazione di un altro contratto collettivo. Gli Stati membri possono limitare il periodo del mantenimento delle condizioni di lavoro, purché esso non sia inferiore ad un anno.”, Direttiva 2001/23/CE 12 marzo 2001, GUCE n. L82, 22 marzo 2001.

²⁰³ Scarpelli, 2004, p. 107, *op. cit.*

Sul fronte interno non meno importanti sono le dispute inerenti ai “contratti collettivi applicabili”²⁰⁴. In verità il testo dell’articolo 2112 c.c., più che richiamare ai contratti collettivi, fa riferimento all’obbligo del cessionario di applicare ai lavoratori ceduti i trattamenti economici e normativi vigenti alla data del trasferimento fino alla loro scadenza, “salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario”²⁰⁵.

Le maggiori incertezze derivano dalla difficoltà a stabilire il momento in cui si produce “l’effetto sostituzione” tra le due fonti collettive applicate, rispettivamente, dal cedente e dal cessionario. Sul punto poco rilievo ha avuto la modifica introdotta dal legislatore (d. lgs. n. 276/2003) finalizzata a rendere sostituibili le fonti collettive di medesimo livello, poiché, non indicando modalità e

²⁰⁴ Scarpelli, 2004, p. 107, *op. cit.*, “Le disposizioni della Direttiva non possono, di per sé essere accostate dall’interprete come fossero norme a immediata rilevanza strutturale e dunque idonee a definire regole interne di efficacia o applicazione dei contratti collettivi; in secondo luogo, la norma interna di trasposizione della Direttiva deve essere interpretata nel modo più conforme alla finalità di armonizzazione, ma anche in modo coerente ai principi regolativi del diritto sindacale interno (che non possono certamente essere alterati in forza della Direttiva stessa).”

²⁰⁵ Art. 2112 c.c. co. 3, “L’acquirente è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi, previsti dai contratti collettivi anche aziendali vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all’impresa del cessionario. L’effetto di sostituzione si produce esclusivamente fra contratti collettivi del medesimo livello.”

tempi della sostituzione, finisce con lo stabilire solo dei “limiti alla dinamica della contrattazione collettiva”²⁰⁶.

I dissidi sorgono in relazione a quel filone dottrinario che considera il cessionario depositario di un potere unilaterale di sostituzione. L'effetto sostitutivo, quindi, sarebbe automatico ed immediato tutte le volte in cui presso l'acquirente sia in vigore un contratto collettivo diverso, vanificando ogni forma di continuità per i lavoratori ceduti²⁰⁷.

²⁰⁶ “La norma, nel suo intento di tutela, introduce rigidi limiti alla dinamica della contrattazione collettiva, che paiono non del tutto ragionevoli e forse in contrasto con il principio di libertà sindacale”, Scarpelli, 2004, p. 111, *op. cit.*

²⁰⁷ “In merito alla interpretazione dell'art. 2112, co. 3, c.c. la Corte di Cassazione ha espresso l'avviso che con detta norma il legislatore abbia inteso assicurare, in linea di principio, ai dipendenti del datore di lavoro alienante il mantenimento della protezione ad essi offerta dall'applicazione del contratto collettivo che ne regolava il rapporto di lavoro prima del passaggio alle dipendenze dell'acquirente. Secondo la Corte la continuità della copertura contrattuale non ha peraltro più ragione di esistere nei casi in cui l'acquirente applichi comunque un contratto collettivo. In tali casi vige infatti la regola della sostituzione immediata ed integrale della contrattazione collettiva dell'alienante con quella dell'acquirente, che può anche derogare in peius le condizioni previste dalla contrattazione precedente. La Corte ha ritenuto, in altri termini, che il riferimento dell'art. 2112, co. 3, c.c. all'obbligo dell'acquirente di applicare il contratto collettivo vigente alla data del trasferimento fino alla entrata in vigore di un altro contratto collettivo può essere inteso non solo come l'applicazione del contratto collettivo esistente presso l'impresa acquirente, ma anche come la stipulazione di un nuovo contratto di armonizzazione. Ne consegue che l'applicazione di un contratto collettivo presso l'impresa acquirente costituisce di per sé condizione sufficiente per la sostituzione immediata della disciplina collettiva già operante presso l'impresa alienante.” Cass. 8 settembre 1999, sent. n. 9545, Mass. giur. lav., 1999, n. 11, p. 1147.

L'interpretazione, secondo la quale anche l'acquirente che applichi una disciplina collettiva sarebbe tenuto a riconoscere ai lavoratori passati alle sue dipendenze i trattamenti previsti dai diversi contratti collettivi stipulati dall'alienante fino alla scadenza di essi in tutti i casi in cui non risulti possibile addivenire alla stipulazione di un accordo collettivo "ad hoc", non potrebbe non esercitare una influenza

“In primo luogo deve rilevarsi che, in assenza della regola specifica del terzo comma dell'art. 2112 c.c., il cessionario che subentra nella posizione del datore di lavoro rimarrebbe vincolato alla scelta della fonte contrattuale collettiva operata dalle parti del contratto, prima della cessione: nella gran parte dei casi, nei quali il rinvio alla contrattazione collettiva avviene in sede di stipulazione del contratto individuale di lavoro, o per comportamenti concludenti delle parti, ciò comporterebbe l'obbligo di applicazione delle medesime fonti collettive nella loro evoluzione dinamica, in quanto lo stesso rientra certamente nei diritti ed obblighi risultanti dallo stesso contratto di lavoro. Ciò avverrebbe non perché i contenuti del contratto collettivo si 'incorporino' nel contratto individuale, ma perché con questo ultimo le parti hanno reciprocamente assunto l'impegno di integrare il regolamento negoziale del rapporto col rinvio dinamico a una certa fonte collettiva. Tale effetto non comporterebbe alcuna violazione del

dissuasiva sulle decisioni delle imprese interessate alla acquisizione delle aziende di altri imprenditori, in quanto, come rilevato dalla stessa Corte di Cassazione, all'acquirente verrebbe accollato l'onere di applicare contemporaneamente due distinti contratti collettivi, con tutti gli inconvenienti che possono derivarne a causa dei maggiori costi anche amministrativi, delle possibili disfunzioni organizzative e delle maggiori difficoltà di gestione del personale derivanti dalle inevitabili differenze di trattamento tra lavoratori dipendenti dallo stesso datore di lavoro, <http://www.confindustria.siena.it/sindacale/lavoro/> .

principio di libertà sindacale del nuovo datore di lavoro, poiché la fonte collettiva non sarebbe imposta dall'ordinamento ma in forza di un normale effetto di limitazione dell'autonomia privata, che subisce chiunque subentra in un regolamento negoziale già determinato da altri soggetti.”²⁰⁸

La sostituibilità delle fonti collettive, asserita dal 3° comma dell'art. 2112 c.c., rappresenta in prospettiva un sostanziale favor per il cessionario, che beneficia di una apposita modalità per svincolarsi dal contratto collettivo che altrimenti sarebbe tenuto a rispettare. L'ordinamento giustifica l'effetto sostitutivo solo quando esso è accompagnato da una dinamica di poteri che esprimano equilibrio tra le parti coinvolte; in effetti per il cessionario è possibile venir meno al mantenimento delle fonti collettive pre-esistenti solo qualora si dia luogo alla negoziazione con le organizzazioni sindacali dei dipendenti. Il contratto collettivo è per il nostro ordinamento, al pari di ogni altro contratto, un atto di volontà che per forma e sostanza è bilaterale.

L'effetto sostitutivo è ammissibile solo alla luce di una contrattazione tra datore di lavoro e organizzazioni sindacali che

²⁰⁸ Scarpelli, 2004, p. 108, *op. cit.*

produca un accordo, non è tollerabile ,per i principi generali del nostro ordinamento, un rapporto contrattuale modificabile unilateralmente e a solo vantaggio dell'acquirente.²⁰⁹

“Alla pretesa del datore di lavoro di sostituire le fonti collettive, il lavoratore potrà opporre la vincolatività inter partes della precedente scelta: nel caso del trasferimento d'azienda, tuttavia, tale opposizione potrà svolgersi, in forza dell'art. 2112 c.c., nei soli limiti della conservazione dei trattamenti derivanti dalla fonte precedentemente vincolante, e fino alla scadenza della medesima. Al contrario, la sostituzione dei precedenti trattamenti con una nuova fonte collettiva potrà avvenire con un accordo sindacale²¹⁰, e quindi consensualmente, da parte di soggetti sindacali rappresentativi dei lavoratori interessati: in questa luce appare dunque corretta la tesi dottrinale che ammette la disponibilità del principio legale di

²⁰⁹ “Nel nostro ordinamento, un contratto collettivo è "applicabile" se e nei limiti in cui su di esso si formi il consenso di entrambe le parti del rapporto: normalmente l'accettazione da parte dei lavoratori del contratto prescelto dall'impresa è necessitata” Scarpelli, 2004, p. 109, *op. cit.*.

²¹⁰ L'effetto sostitutivo deriva dalla stipulazione dei cd. accordi collettivi d'ingresso che si perfezionano a seguito della procedura ex art. 47 l. n. 428/1990 e sono rivolti a regolamentare il passaggio all'impresa acquirente dei dipendenti dell'impresa alienante ,Trib. Parma, 8 maggio 1997, Or. giur. lav., 1997, p. 762.

conservazione dei trattamenti mediante un nuovo contratto collettivo.”²¹¹

²¹¹ Scarpelli, 2004, p. 110, *op. cit.*; G. Santoro Passarelli, “Il trasferimento di azienda rivisitato”, *Mass. giur. lav.*, 1991, p. 464, “Non sembra che la disciplina collettiva dell'acquirente possa essere applicata automaticamente all'atto del trasferimento di azienda, mentre l'accordo in sede di esame congiunto tra l'alienante, l'acquirente e le r.s.a. rispettive sembra il modo più adeguato a stabilire l'applicazione del contratto collettivo dell'acquirente all'atto del trasferimento stesso.”

◆ Il trasferimento d'azienda come alternativa ai licenziamenti ?

La conclamata tutela dell'art. 2112 c.c. non consente, anche indirettamente, di accostare operazioni di cessione d'azienda per camuffare licenziamenti (collettivi o individuali) dei lavoratori coinvolti²¹². In linea di massima, infatti, né il cedente né il cessionario, per l'esclusivo fatto del trasferimento, può avallare il licenziamento di taluni prestatori sottraendosi alle norme preposte a disciplinare i licenziamenti. Testualmente l'art. 2112 c.c. dispone che “ il trasferimento d'azienda di per se non costituisce motivo di licenziamento”²¹³, rafforzando, in tal modo, la regola della continuità dei rapporti di lavoro coinvolti in ipotesi traslative.

“L'eventuale recesso deve essere giustificato in relazione a vicende del tutto autonome rispetto al mutamento di titolarità dell'azienda,

²¹² G. Quadri, 2003, p. 339, *op. cit.*, si tratta di utilizzazioni indirette del negozio con cui si trasferisce il ramo d'azienda, in quanto l'imprenditore intende perseguire un risultato ulteriore che non è normale o tipico del negozio stesso”.

²¹³ Art. 2112 c.c. co. 4, “Ferma restando la facoltà di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti, il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento. Il lavoratore, le cui condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, può rassegnare le proprie dimissioni con gli effetti di cui all'articolo 2119, primo comma.”

che al massimo ne potrà costituire l'occasione storica; sul piano del rapporto causale, la giustificazione del recesso deve reggere al sindacato giudiziario anche con riferimento all'ipotesi in cui il trasferimento non fosse avvenuto.”²¹⁴

Il principio enunciato dal legislatore palesa la assoluta immotivabilità della cessazione di uno o più rapporti di lavoro a causa del trasferimento, ma in pratica il criterio è controverso posta la necessità di considerare le ipotesi in cui il datore di lavoro receda dal contratto di lavoro per ragioni di riorganizzazione aziendale. In particolar modo nelle ipotesi di cessione di ramo d'azienda, il cedente e il cessionario potrebbero, rispettivamente, far precedere o seguire al trasferimento i licenziamenti dei lavoratori non essenziali alle fasi produttive del ramo per il solo fatto della cessione. A tal proposito occorre notare che l'alienante, prossimo alla cessione dell'azienda, non avrebbe possibilità di giustificare il recesso dai rapporti di lavoro se non in ragione del trasferimento stesso, la dismissione dei rapporti di lavoro per cause di riorganizzazione aziendale è oggettivamente ed unicamente collegata al

²¹⁴ Scarpelli, 2004, p. 95, *op. cit.*

trasferimento.²¹⁵ I licenziamenti sono un effetto diretto della cessione, sono la logica conseguenza di scelte di politica aziendale, non c'è vera necessità di ristrutturazione aziendale ma semplice "comodità" dell'alienante a rendere economicamente vantaggiosa l'operazione di trasferimento, accomodando anche eventuali richieste del cessionario²¹⁶. L'art. 2112 c.c. per ovviare l'eventualità di operazioni fraudolente²¹⁷, mascherate da esigenze di

²¹⁵ "Diversamente dovrà dirsi per licenziamenti coincidenti con una riorganizzazione aziendale precessione, che dia luogo a una nuova organizzazione del lavoro in grado di funzionare a prescindere dalla cessione dell'azienda; se tale requisito sussiste, poco importa che lo snellimento dell'organizzazione aziendale sia posto in essere anche per rendere più appetibile la cessione.", Scarpelli, 2004, p. 95, *op. cit.*.

²¹⁶ "Non si possono nascondere le difficoltà cui si va incontro, nel caso concreto, per verificare la sussistenza dei presupposti della frode alla legge, soprattutto con riferimento all'intento fraudolento, che tende a mascherarsi dietro un fittizio interesse alla riorganizzazione dell'attività produttiva ed emergere solo a seguito di una attenta valutazione della complessiva operazione economica. Dato che i maggiori problemi rinvergono proprio sul piano probatorio, pare effettivamente corretto ammettere il ricorso alla prova presuntiva, al fine di consentire un'adeguata valutazione di una serie di elementi sintomatici della natura fraudolenta del negozio, quali, la scarsa consistenza imprenditoriale e la sostanziale mancanza di autonomia dell'acquirente, la non lontana nel tempo cessazione dell'attività da parte del medesimo, la modalità di vendita del complesso aziendale, o il possibile riacquisto da parte dell'alienante dei beni aziendali trasferiti", G. Quadri, 2003, p. 343, *op. cit.*; E. Barraco "Cessione di ramo d'azienda, irrilevanza del consenso dei lavoratori ceduti e frode alla legge sui licenziamenti collettivi", *Lav. giur.*, 2003, n. 4, p. 369.

²¹⁷ "L'illegittimità si appunta non sui singoli negozi, ma sulla complessa intesa contrattuale, funzionalizzata allo smaltimento di eccedenze di personale attraverso un utilizzo distorto e fraudolento dello strumento del trasferimento d'azienda." E. Barraco, 2003, n. 4, p. 369, *op. cit.*.

riorganizzazione aziendale, stabilisce l'impossibilità per il cedente di intimare licenziamenti in vista della cessione d'azienda²¹⁸.

“I licenziamenti giustificati da esigenze e mutamenti dell'organizzazione del lavoro, conseguenti alla cessione dell'azienda (ed eventualmente al suo inserimento in un diverso più ampio contesto organizzativo), potranno dunque essere intimati dal solo cessionario; ove gli stessi siano connessi alla cessione dovranno essere oggetto dell'informazione ed eventuale consultazione²¹⁹, essendo indubbio che si tratta di “conseguenze” giuridiche e sociali del trasferimento stesso. In tal senso, la connessione tra trasferimento e licenziamento dovrà essere valutata oggettivamente, in termini di causa ed effetto, a prescindere dalla soggettiva

²¹⁸ Da considerare anche l'ipotesi in cui il cedente ricorra alla procedura del trasferimento d'azienda al solo fine di concludere i contratti di lavoro eludendo le norme in materia di licenziamenti collettivi; “Deve ritenersi illegittimo il licenziamento di fatto intimato dall'impresa cedente allorché risulti provato, sulla base di circostanze gravi, precise e concordanti, che la cessione dello stabilimento cui erano addetti i lavoratori sia stata effettuata al fine di fruire della cessione ex lege dei relativi contratti di lavoro e di conseguenza di concludere i corrispondenti rapporti di lavoro, eludendo in tal modo il sistema di garanzie e tutele previsto per il caso di licenziamento collettivo”, E. Barraco, 2003, n. 4, p. 361, *op. cit.*

²¹⁹ “Le conseguenze dell'inadempimento non solo dell'obbligo di consultazione, ma anche dell'obbligo di comunicazione, sono quelle dell'applicazione dell'art. 28 st. lav., con esclusione, secondo la giurisprudenza più recente, che l'eliminazione degli effetti possa consistere nell'invalidazione del contratto di trasferimento”. F. Mazziotti “Esterneizzazione: appalto e trasferimento d'azienda”, 2005, www.cgilcampania.it/politicheattivelavoro/doc/Esterneizzazione%20MAZZIOTTI.doc

coscienza e volontà del cessionario: la breve distanza temporale dei licenziamenti è certo un indice del rapporto di consequenzialità, ma ciò che più conta è se tra il trasferimento e gli stessi siano intervenuti fatti nuovi, circostanze avvenimenti, sia interni all'impresa sia di mercato, tali da determinare autonomamente la necessità e volontà di riduzione del personale (o comunque di licenziamento per motivi oggettivi), senza che le medesime possano più considerarsi originate dalla cessione.”²²⁰

Il cessionario beneficia di un “margine di manovra” che amplia le possibilità, a seguito del trasferimento, di cessare alcuni rapporti di lavoro per rimodellare l’organigramma aziendale. Se è logico consentire operazioni di snellimento o ristrutturazione, pena la carenza di benefici legati alla circolazione dell’azienda, non meno importante è l’esigenza di evitare che elementi discrezionali o volutamente soggettivi inquinino il quadro dell’operazione economica. La necessità oggettiva di riorganizzare il modello produttivo acquisito e la presenza di esigenze di mercato,

²²⁰ Scarpelli, 2004, p. 95, *op. cit.*.

indipendenti dalla volontà del cessionario, assicurano la legittimità dei licenziamenti intimati.

◆ Crediti da lavoro e regime di solidarietà ex art. 2112 c.c.

Le garanzie per i lavoratori trasferiti si completano con la figura dell'obbligazione solidale per i crediti nascenti da lavoro, prevista a carico del cedente e del cessionario. Alienante ed acquirente rispondo in solido in funzione di garanzia per le obbligazioni con i prestatori di lavoro, al fine di evitare che il trasferimento costituisca ostacolo alla realizzazione dei diritti maturati dai lavoratori. L'art. 2112 c.c. co. 2 indica, infatti, per tutti i crediti esistenti al tempo del trasferimento, il cedente e il cessionario come debitori solidali, entrambe sono responsabili per l'adempimento dei crediti derivanti da lavoro, fatta salva la possibilità per il prestatore di lavoro di "consentire la liberazione del cedente per le obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro"²²¹.

²²¹ Art. 2112 c.c. co. 2, "L'alienante e l'acquirente sono obbligati, in solido, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento. Con le procedure di cui agli articoli 410 e 411 c.p.c. il lavoratore può consentire la liberazione dell'alienante dalle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro".

Tra le problematiche di maggior risalto nell'interpretazione dell'art. 2112 c.c. co. 2, la dottrina individua l'inquadramento teorico della fattispecie come dato essenziale da cui partire.²²²

La previsione contenuta nel secondo comma dell'art. 2112 c.c. non determina, in ordine alla responsabilità solidale, la successione del cessionario nel debito del cedente, bensì l'accessione di un nuovo obbligato a quello originario, per cui, a seguito dell'ingresso ex lege di un nuovo soggetto nel rapporto, si verificherebbe, dal punto di vista del soggetto passivo, la trasformazione dell'obbligazione da semplice a complessa²²³. Il nuovo debitore rafforza la posizione creditoria del lavoratore data la possibilità di richiedere l'adempimento della prestazione non unicamente al cessionario ma anche, per il fatto del trasferimento, al cedente. Questo approccio pur corretto del punto di vista normativo, si limita ad applicare lo schema dell'obbligazione solidale a garanzia della parte debole del rapporto ma, non “valorizza l'operazione economica complessa che coinvolge le prestazioni lavorative”.²²⁴

²²² Scarpelli, 2004, p. 117, *op. cit.*; P. Lambertucci “Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda”, Torino, 1999, p. 38.

²²³ Scarpelli, 2004, p. 117, *op. cit.*

²²⁴ L. Corazza “*Contractual integration* e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore”, 2005, Trento; Scarpelli, 2004, p. 117, *op. cit.*

“Ripercorrendo le diverse nozioni di solidarietà accolte dalla dottrina civilistica, si è sottolineato come il vero nodo problematico che ha caratterizzato l'inquadramento delle obbligazioni solidali, nell'ambito delle obbligazioni soggettivamente complesse, riguarda l'individuazione dell'*eadem causa obligandi*”²²⁵.

La legge parla, infatti, in generale di solidarietà con riferimento a due ambiti non omogenei: le obbligazioni contratte nell'interesse esclusivo di uno dei coobbligati (dove la connessione si esprime in termini di accessorietà, per cui a un'obbligazione principale se ne aggiunge una con funzione di garanzia) e le obbligazioni caratterizzate dalla comunione di interessi tra i contraenti, comprese nella più ampia categoria delle obbligazioni soggettivamente complesse²²⁶.

In quest'ultima prospettiva, è possibile valorizzare l'operazione economica complessa che coinvolge le prestazioni lavorative²²⁷ (sino a individuarvi profili di collegamento negoziale), cui l'ordinamento

²²⁵ Scarpelli, 2004, p. 117, *op. cit.*.

²²⁶ L. Corazza, 2005, Trento, *op. cit.* .

²²⁷ L. Corazza “Appunti in tema di obbligazioni solidali e rapporti di lavoro”, Riv. it. dir. lav., 1997, vol. I, p. 77, “In funzione di regolazione delle operazioni economiche che attraverso complesse vicende negoziali utilizzano o coinvolgono l'attività lavorativa”.

ricondurrebbe conseguenze giuridiche che vanno oltre la mera funzione di garanzia della parte debole del rapporto²²⁸.

Cruciale è il riferimento al trasferimento d'azienda inteso come il complesso di un operazione economica in cui le garanzie che assistono i lavoratori non sono legate esclusivamente alla minore forza contrattuale di questi ultimi ma, finalizzate a disciplinare e bilanciare le vicende negoziali che coinvolgono attività lavorative. Non più garanzie esterne mutate dall'intero ordinamento, ma garanzie che costituiscono parte integrante della vicenda del trasferimento d'azienda, intesa come operazione economica.

Intensa per contenuti è la questione inerente alla estendibilità della solidarietà: in dottrina si discute sulla possibilità che l'acquirente, con l'alienante, risponda anche per i crediti da lavoro inerenti a rapporti già cessati al tempo del trasferimento. "L'asciuttezza del testo attuale dà ragione a chi ha sostenuto che l'operare del vincolo solidale del cessionario non richieda più la conoscenza o la conoscibilità da parte

²²⁸ Scarpelli, 2004, p. 117, *op. cit.*.

sua del credito²²⁹, e garantisca anche i crediti relativi a rapporti di lavoro già cessati in epoca anteriore al trasferimento dell'azienda"²³⁰.

In giurisprudenza è vivo l'orientamento secondo cui la vigenza del rapporto di lavoro, al momento del trasferimento, è necessaria ai fini del regime di solidarietà. I lavoratori, il cui rapporto si sia concluso prima della cessione d'azienda, non potrebbero richiedere al cessionario l'adempimento dei crediti da lavoro maturati in precedenza. L'unico spiraglio di tutela potrebbe essere rappresentato dalla disposizione dell'art. 2560 c.c.²³¹ che subordina, però, la responsabilità dell'acquirente alla annotazione nei libri contabili obbligatori dei debiti trasferiti.

Il richiamo al testo della Direttiva 23/2001/CE concorre a far chiarezza poiché il legislatore comunitario indica come primo responsabile per gli obblighi ceduti il cessionario e stabilisce la

²²⁹ Secondo il precedente testo dell'art. 2112 c.c. , l'acquirente era obbligato in solido con l'alienante per tutti i crediti del prestatore di lavoro, a patto che ne avesse avuto conoscenza all'atto del trasferimento, o che i crediti risultassero dai libri dell'azienda trasferita o dal libretto di lavoro. L. De Angelis " La tutela del lavoratore ceduto", 2004, p. 41, *op. cit.* .

²³⁰ "L'area protetta dalla solidarietà comprende anche il risarcimento del danno derivato dal licenziamento precedente al trasferimento, e quello scaturente dalla pregressa violazione dell' art. 2087 c.c. o dell' art. 2103 c.c."L. De Angelis " La tutela del lavoratore ceduto", 2004, p. 41, *op. cit.* .

²³¹ Art. 2560 c.c., "L'alienante non è liberato dai debiti, inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta, anteriori al trasferimento, se non risulta che i creditori vi hanno consentito. Nel trasferimento di un'azienda commerciale risponde dei debiti

facoltà per gli stati membri di considerare il cedente come responsabile in solido²³². L'acquirente subentra in tutti i diritti e gli obblighi che derivano per il cedente da un contratto di lavoro, è quindi responsabile per tutti i crediti maturati in costanza del rapporto di lavoro e non soddisfatti dal cedente.

“La ratio del principio di solidarietà è rappresentata dall'esigenza di assicurare a tutti i lavoratori la permanenza di quelle ragioni di garanzia costituite dal complesso dei beni aziendali”²³³. Priva di logica è la distinzione tra crediti dovuti in ragione della continuazione del rapporto di lavoro e crediti maturati in periodo anteriore al mutamento della titolarità aziendale; l'azienda è la principale garanzia patrimoniale dei crediti del lavoratore²³⁴ ed è destinata a

suddetti anche l'acquirente dell'azienda, se essi risultano dai libri contabili obbligatori”; Cass. 16 giugno 2001, Mass. giur. lav. , 2001, p. 863.

²³² Art. 3.1, “I diritti e gli obblighi che risultano per il cedente da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento sono, in conseguenza di tale trasferimento, trasferiti al cessionario.

Gli Stati membri possono prevedere che il cedente, anche dopo la data del trasferimento, sia responsabile, accanto al cessionario, degli obblighi risultanti prima della data del trasferimento da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento”, Direttiva 2001/23/CE 12 marzo 2001, GUCE n. L 82, 22 marzo 2001.

²³³ Scarpelli, 2004, p. 118, *op. cit.*

²³⁴ “A tale area, però, secondo la giurisprudenza, non appartengono i debiti contratti dall'alienante nei confronti degli istituti previdenziali per l'omesso versamento dei contributi obbligatori, esistenti al momento del trasferimento, i quali costituiscono debiti inerenti all'esercizio dell'azienda e restano soggetti alla disciplina dettata dall'art. 2560 c.c. Ciò perché la solidarietà è limitata ai soli crediti del dipendente e non è estesa ai crediti di terzi, quali devono ritenersi gli enti previdenziali, e perché il lavoratore non ha diritti di credito verso il datore di lavoro per l'omesso

permanere tale anche dopo la cessione, a prescindere dalla vitalità del rapporto²³⁵.

versamento dei contributi obbligatori restando egli estraneo al rapporto contributivo, che intercorre fra l'ente previdenziale e il datore di lavoro" L. De Angelis "La tutela del lavoratore ceduto", 2004, p. 41, *op. cit.* .

²³⁵ Scarpelli, 2004, p. 118, *op. cit.*.

CAPITOLO IV

L'esternalizzazione e le sue forme

◆ Nuovi scenari nel mondo del lavoro

“I nuovi modelli di produzione sono incentrati sulla segmentazione del processo produttivo in molteplici fasi, ciascuna delle quali viene affidata ad una diversa impresa. Il sistema di produzione basato sull'integrazione verticale²³⁶ viene rimpiazzato da un regime in cui le singole attività necessarie all'esecuzione del ciclo produttivo risultano frazionate, e numerose imprese si fanno carico della complessiva realizzazione di un bene destinato al mercato”²³⁷. Il fenomeno dell'esternalizzazioni o dell'*outsourcing* segna il passaggio da un sistema economico fondato su principi “postfordisti”, ad un modello organizzativo connotato da un indole neo-liberista²³⁸. Le prime forme di *outsourcing* realizzano un decentramento “semplice”: sono solo le attività non strategiche per l'impresa ad essere affidate a soggetti esterni all'azienda, che può così concentrarsi sul *core*

²³⁶ “Contraddistinto dal fatto che la produzione dei beni o dei servizi necessari per confezionare un prodotto finito si svolgeva nell'ambito di un'unica impresa.”, V. Speciale “Appalti e trasferimento d'azienda”, 2006, n. 84, p. 2, *op. cit.* .

²³⁷ V. Speciale, “Appalti e trasferimento d'azienda”, 2006, n. 84, p. 2, *op. cit.* .

²³⁸ M. Tiraboschi, “ Esternalizzazione del lavoro e valorizzazione del capitale umano”, WP Cent. stud. dir. lav. eu. “Massimo D'Antona, 2005, n. 54, p. 2, <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/default.htm#2005> .

business, delegando a terzi determinate funzioni che non vengono ritenute essenziali per la realizzazione del valore finale.

L'accresciuta importanza delle tecnologie informatiche, l'elaborazione delle conoscenze acquisite, l'*e-commerce*, determinano la nuova frontiera delle esternalizzazioni. La necessità è gestire la conoscenza realizzata con l'organizzazione di una rete, con la quale il *know-how* applicato ai prodotti, ai processi, ai meccanismi di funzionamento, può essere scambiato e coordinato.

La segmentazione delle imprese consente il perseguimento di multiformi esigenze dalla concentrazione di risorse intellettuali e finanziarie alle attività strategiche e di delega ad altri soggetti, dotati di maggiori competenze specialistiche. Valorizza le conoscenze della rete e della sua capacità di coordinamento, consente l'abbattimento dei costi di produzione e una maggiore flessibilità dell'intero asset produttivo.

L'aspetto nobile delle nuove forme di organizzazione aziendale non riesce a non esser penalizzato dall'uso distorto degli strumenti di decentramento, le spinte competitive sono anche input per forme di decentramento distorte, dirette soltanto all'elusione delle discipline garantistiche, di natura individuale e collettiva, a tutela del lavoratore.

La segmentazione dell'impresa consente di sostituire i rapporti di lavoro con relazioni tra imprenditori, a cui sono delegate funzioni svolte in precedenza da propri dipendenti, senza l'applicazione di normative garantistiche, come quelle in materia di licenziamenti individuali e collettivi, con la eliminazione dei costi retributivi e contributivi dei contratti di lavoro e con l'elusione delle tutele sindacali.

L'outsourcing, in tal modo, si pone come unico obiettivo quello di ridurre i costi diretti ed indiretti connessi alla gestione dei rapporti di lavoro, nell'ambito di un processo di "deresponsabilizzazione" dell'imprenditore che, nella gestione dell'azienda, non deve più porsi il problema degli effetti delle sue scelte imprenditoriali sui rapporti di lavoro²³⁹.

In tal modo l'esternalizzazione faciliterebbe fenomeni di circolazione dell'azienda, con la possibilità di utilizzare, all'interno di una compagine di impresa sempre più frantumata, anche personale dipendente da altri operatori economici.²⁴⁰

²³⁹ V. Speciale, "Appalti e trasferimento d'azienda", 2006, n. 84, p. 3, *op. cit.* .

²⁴⁰ M. Tiraboschi, "Esternalizzazione del lavoro e valorizzazione del capitale umano", 2005, n. 54, p. 10, *op. cit.* .

Cade l'interesse a investire sullo sviluppo professionale dei lavoratori, a individuare adeguati percorsi formativi e piani di carriera, da tener nel debito conto il potenziale di crescita, attuando spostamenti anche orizzontali per arricchirne le competenze, a stimolare la partecipazione ai processi di cambiamento ovvero ai sistemi di qualità aziendale. Svaniscono i meccanismi gestionali e motivazionali che soli consentono di creare appartenenza, cultura d'impresa, partecipazione.²⁴¹

E' un modello di "concorrenza da costi" difficilmente sostenibile in un mercato globalizzato e caratterizzato, invece, dalla presenza di competitors (i paesi emergenti) con forza lavoro non sindacalizzata e con salari assai ridotti, che rendono impossibile una qualunque forma di competizione²⁴².

²⁴¹ P. A. Rebaudengo, "La separazione del lavoro dall'impresa: alcune significative novità", *Lav. dir.*, 2004, p. 171. Il trasferimento d'azienda, l'appalto, la somministrazione di lavoro, sono gli strumenti maggiormente esposti ad un uso distorsivo ed elusivo delle garanzie poste a salvaguardia degli interessi dei lavoratori coinvolti in processi di modernizzazione aziendale.

²⁴² "Il fattore lavoro è considerato come unico elemento su cui agire per fronteggiare le esigenze di competitività legate alla globalizzazione", V. Speciale, "Appalti e trasferimento d'azienda", 2006, n. 84, p. 10, *op. cit.*

Il tutto a scapito degli unici modelli competitivi ammissibili, che dovrebbero essere basati essenzialmente sulle innovazioni dei processi produttivi e dei prodotti²⁴³.

²⁴³ V. Speciale, “Appalti e trasferimento d’azienda”, 2006, n. 84, p. 4 , *op. cit.* .

◆ Il trasferimento del ramo d'azienda e l'appalto

L'art. 2112 c.c., co. ult., fissando il regime di solidarietà tra appaltante e appaltatore²⁴⁴, palesa la possibilità che, con il trasferimento del ramo d'azienda, cedente e cessionario concludano un contratto d'appalto utilizzando il ramo d'azienda trasferito.

La logica della norma si colloca sul piano delle esternalizzazioni delle attività produttive, con conseguente frantumazione dell'impresa dovuta alle logiche di mercato²⁴⁵.

Sul dato normativo è necessario intendersi. La disposizione non legittima, da sola, una nozione dematerializzata d'azienda, tanto da

²⁴⁴ Nella formulazione originaria il D. Lgs. 10 settembre 2003 n. 276, contemplava una diversa disciplina del regime di solidarietà passiva per l'ipotesi dell'appalto e del trasferimento di ramo d'azienda seguita da contratto d'appalto. La disciplina, sottoposta a critiche e sospetta di illegittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 della Costituzione, è stata modificata dal D. Lgs. 6 ottobre 2004 n. 251 che ha previsto un univoco regime di solidarietà passiva per l'appalto in generale e per quello connesso al ramo d'azienda. L'art. 29 co. 2 del D. Lgs. 10 settembre 2003 n. 276 risulta così modificato: "Salvo diverse previsioni dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative, in caso di appalto di opere o di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, entro il limite di un anno dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti", V. Speciale, "Appalti e trasferimento d'azienda", 2006, n. 84, p. 15, *op. cit.*.

²⁴⁵ L'art. 2112 c.c. da disposizione finalizzata a tutelare i lavoratori in caso di mutamento di titolarità dell'azienda si è trasformata in norma che favorisce la frantumazione dell'impresa determinando la riduzione delle garanzie normative ed economiche per i lavoratori coinvolti, V. Speciale, "Appalti e trasferimento d'azienda", 2006, n. 84, p. 16, *op. cit.*.

farla coincidere esclusivamente con un gruppo di dipendenti, il suo scopo è consentire l'utilizzazione del ramo trasferito come oggetto del contratto d'appalto. Dubbi interpretativi sul punto sono sorti in relazione alla disposizione dell' art. 29, co. 1, del D. Lgs 276/2003²⁴⁶, che ritiene il potere organizzativo e direttivo, esercitato nei confronti dei lavoratori utilizzati in appalto, elemento sufficiente a giustificare il trasferimento del ramo d'azienda, secondo una logica di assoluta smaterializzazione dell'impresa.

In realtà, la combinazione normativa tra la figura contrattuale dell'appalto e del trasferimento di parte d'azienda, pur ammettendo ipotesi di esternalizzazioni prive di substrato materiale, nulla dice in ordine alle qualità del ramo trasferito. Il criterio dell' attività economica organizzata²⁴⁷, funzionale all'identificazione del ramo da trasferire, detiene sempre il ruolo di riferimento al fine di individuare le ipotesi in cui il ramo rileva per le esclusive prestazioni personali

²⁴⁶ Art. 29 co. 1, “ L'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa”, D. Lgs. 10 settembre 2003 n. 276, G. U. 9 ottobre 2003 n. 235.

²⁴⁷ “Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento”, art. 2112 c.c. co. 5..

dei lavoratori e le ipotesi in cui l'organizzazione dei beni materiali e non e l'attività lavorativa siano imprescindibilmente connesse ai fini dell'organizzazione funzionale della parte di azienda²⁴⁸.

Numerose sentenze della Corte di Giustizia hanno affermato che, in linea generale la sussistenza di un trasferimento di impresa o di parte di essa deve essere valutato in base ad una pluralità di indici e che tra questi la cessione di beni patrimoniali, materiali o immateriali ,può costituire un elemento importante che depone a favore della esistenza della fattispecie²⁴⁹.

In determinati settori in cui l'attività produttiva si fonda essenzialmente sulla mano d'opera, un gruppo di lavoratori che svolge stabilmente un'attività comune può corrispondere ad un'entità economica e si deve necessariamente ammettere che essa conservi la sua identità qualora il nuovo imprenditore non si limiti a proseguire

²⁴⁸ V. Speciale, "Appalti e trasferimento d'azienda", 2006, n. 84, p. 17, *op. cit.*, "Il riferimento all'attività economica organizzate sembra legittimare anche una nozione leggera di azienda, perché con tale formulazione possono essere ricomprese sia le produzioni di beni e servizi che richiedono l'utilizzazione di macchinari e attrezzature, sia quelle che si fondano essenzialmente su un gruppo organizzato di lavoratori".

²⁴⁹ Corte di Giustizia 20 novembre 2003, causa C- 340/01, Racc. p. I- 14023; Corte di Giustizia 25 gennaio 2001, causa C- 172/99, Racc. p. I- 745; V. Speciale, "Appalti e trasferimento d'azienda", 2006, n. 84, p. 11, *op. cit.*

l'attività stessa, ma riassume una parte essenziale, in termini di numero e di competenza, del personale²⁵⁰.

La lettura dell'art. 2112 c.c., in coerenza con il diritto comunitario, consente di affermare che se l'azienda richiede per la sua attività mezzi produttivi consistenti, il trasferimento presuppone il passaggio ad un nuovo imprenditore sia degli apparati, sia del personale addetto. Solo per quelle produzioni dove l'elemento del personale ha rilievo determinante, il trasferimento di un gruppo di lavoratori che svolgano stabilmente un'attività comune può costituire l'ipotesi normativa prevista dall'art. 2112 c.c. ed a condizione, peraltro, che i dipendenti trasferiti svolgano attività coordinate ed organizzate tra loro²⁵¹.

²⁵⁰ Corte di Giustizia 11 marzo 1997, causa C-13/95, Racc. p. I-1259; Foro It., 1998; Corte di Giustizia 2 dicembre 1999, causa C-234/98, Racc. p. I-8643; Corte di Giustizia 24 gennaio 2002, causa C- 51/00, Racc. p. I- 969; V. Speciale, "Appalti e trasferimento d'azienda", 2006, n. 84, p. 11 , *op. cit.* .

◆ Internalizzazione e tutela del lavoratore

Le nuove logiche aziendali sono orientate all'abbattimento dei costi di produzione mediante il ricorso a forme di esternalizzazioni al ribasso²⁵². Esternalizzare è sempre più criterio affine alla logica di produzione, ma parallelamente è necessario per le aziende riuscire ad internalizzare gli elementi di produzione realizzati mediante outsourcing .

L'appalto avente ad oggetto un ramo d'azienda, trasferito in precedenza, risponde a pieno alle nuove esigenze di mercato, ma è altresì necessario valutare le soglie di tutela per i lavoratori previste dal legislatore.

A favore dei prestatori d'opera coinvolti nel trasferimento di ramo d'azienda oggetto di appalto, il legislatore applica un regime di solidarietà passiva. Per tutti i trattamenti retributivi e contributi

²⁵¹ V. Speciale, "Appalti e trasferimento d'azienda", 2006, n. 84, p. 11 , *op. cit.*

²⁵² Maggiore è l'attenzione all'abbattimento dei costi con conseguente decadimento delle tutele per i lavoratori, M. Nicolosi, *op. cit.* .

previdenziali dovuti ai lavoratori, rispondono, entro un anno dalla cessazione dell'appalto, cedente e cessionario²⁵³.

Nella sua precedente formulazione l'ultimo comma dell'art. 2112 c.c.²⁵⁴ limitava in modo significativo la possibilità per i lavoratori di far valere la responsabilità solidale di cedente e cessionario in caso d'appalto. I prestatori dipendenti dell'appaltatore, infatti, potevano rivendicare i propri diritti solo fino alla concorrenza del debito che il committente aveva nei confronti del datore di lavoro. Di conseguenza per i diritti eccedenti il debito tra committente e datore di lavoro i lavoratori non beneficiavano di un regime di solidarietà piena.

Il raffronto con la pregressa normativa²⁵⁵, lascia spazio a forti critiche in ordine all'abbassamento delle soglie di tutela apprestate

²⁵³ A seguito delle modifiche apportate dal D. Lgs. 6 ottobre 2004 n. 251, G. U. 11 ottobre 2004 n. 239 recante disposizioni correttive del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 in materia di occupazione e mercato del lavoro, il regime di solidarietà passiva all'ultimo comma dell'art. 2112 c.c. è determinato in ragione della nuova formulazione dell'art. 29 co. 2: "Salvo diverse previsioni dei contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative, in caso di appalto di opere o di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, entro il limite di un anno dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti".

²⁵⁴ Art. 2112 c.c. co. 5: "Nel caso in cui l'alienante stipuli con l'acquirente un contratto di appalto la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione, tra appaltante e appaltatore opera un regime di solidarietà di cui all'articolo 1676."

²⁵⁵ Legge 23 ottobre 1960 n. 1369, G. U. 25 novembre 1960 n. 289, Divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuova disciplina dell'impiego di mano d'opera negli appalti di opere e di servizi.

dal legislatore a favore dei lavoratori²⁵⁶. In linea generale, infatti, è innegabile come le finalità della legge n. 1369/1960 non erano deputate a consentire esternalizzazioni finalizzate al semplice risparmio dei costi da lavoro a scapito delle garanzie dei prestatori.

“I lavoratori in precedenza esternalizzati e successivamente tornati a lavorare nell’impresa cedente, erano sottoposti ad una penetrante forma di tutela attraverso la valutazione complessiva della vicenda negoziale, basata sul collegamento dei due contratti²⁵⁷, al fine di evitare la violazione del divieto di interposizione di mano d’opera.”²⁵⁸.

Tutto ciò poiché, all’art. 3 la legge 1369/1960²⁵⁹ riservava ai dipendenti dell’appaltatore di opere e servizi il diritto ad un

²⁵⁶ M. Nicolosi, *op. cit.* .

²⁵⁷ I contratti presi in considerazione al fini della disciplina della l n. 1369/1960 sono il contratto di cessione di ramo d’azienda e il contratto di appalto, M. Nicolosi, *op. cit.* .

²⁵⁸ “I prestatori di lavoro, occupati in violazione dei divieti posti, sono considerati, a tutti gli effetti, alle dipendenze dell’imprenditore che effettivamente abbia utilizzato le loro prestazioni.”, Art. 1 ult. co. , legge 23 ottobre 1960 n. 1369, G. U. 25 novembre 1960 n. 289; M. Nicolosi, *op. cit.* .

²⁵⁹ “Gli imprenditori che appaltano opere o servizi, compresi i lavori di facchinaggio, di pulizia e di manutenzione ordinaria degli impianti, da eseguirsi nell’interno delle aziende con organizzazione e gestione propria dell’appaltatore, sono tenuti in solido con quest’ultimo a corrispondere ai lavoratori da esso dipendenti un trattamento minimo inderogabile retributivo e ad assicurare un trattamento normativo, non inferiore a quelli spettanti ai lavoratori da loro dipendenti.” Art. 3 co. 1, legge 23 ottobre 1960 n. 1369, G. U. 25 novembre 1960 n. 289; M. Nicolosi, *op. cit.* .

trattamento minimo inderogabile, retributivo e normativo, non inferiore a quello spettante ai lavoratori del committente, azionabile, in virtù del regime di solidarietà, sia nei confronti dell'appaltatore che nei confronti del committente.²⁶⁰

Attualmente il D. Lgs. 276/2003²⁶¹ prevede un regime di solidarietà a carico del cedente e del cessionario, in caso di appalto successivo al trasferimento del ramo d'azienda, senza limitazioni di ordine quantitativo per le somme azionabili. Mantiene invariato il limite temporale per l'esercizio dell'azione, fissato entro un anno dalla cessazione dell'appalto, in linea con la disciplina della l. 1369/1960, ed omette qualsiasi riferimento alla applicazione dell'art. 1676 c.c., introducendo una forma di responsabilità solidale dai contenuti nettamente diversi rispetto alla norma del codice civile.²⁶²

²⁶⁰ “I diritti spettanti ai prestatori di lavoro ai sensi dell'articolo precedente potranno essere esercitati nei confronti dell'imprenditore appaltante durante l'esecuzione dell'appalto e fino ad un anno dopo la data di cessazione dell'appalto.”, Art. 4, legge 23 ottobre 1960 n. 1369, G. U. 25 novembre 1960 n. 289; M. Nicolosi, *op. cit.* .

²⁶¹ Art. 29 co. 2, D. Lgs. 10 settembre 2003 n. 276 , G. U. 9 ottobre 2003 n. 235, così come modificato dall'art. 6 co. 1, D. Lgs. 6 ottobre 2004 n. 251, G. U. 11 ottobre 2004 n. 239.

²⁶² La eliminazione di qualsiasi riferimento all'art. 1676 c.c. sembra tale da configurare un vizio d'incostituzionalità per violazione dell'art. 76 della Costituzione. La legge delega imponeva al legislatore delegato di introdurre “un regime particolare di solidarietà tra appaltante e appaltatore, nei limiti di cui all'articolo 1676 del codice civile, per le ipotesi in cui il contratto di appalto sia connesso ad una cessione di ramo d'azienda”, V. Speciale, “Appalti e trasferimento d'azienda”, 2006, n. 84, p. 17 , *op. cit.* .

“La responsabilità solidale prevista dall’ultimo comma dell’art. 2112 c.c. opera a prescindere dal tempo intercorso tra il trasferimento del ramo e l’appalto, perché la disposizione non contiene alcun limite temporale e non richiede, quindi, che le due operazioni economiche si svolgano una immediatamente dopo l’altra. La norma si applica a tutti i lavoratori che originariamente erano addetti al ramo e che, dopo la cessione, sono utilizzati per lavorare a favore del cedente e non anche a quelli aggiunti dall’appaltatore nella struttura aziendale trasferita a seguito delle innovazioni organizzative da lui introdotte. Non vi è dubbio che se l’appaltatore modifica il ramo di azienda, innovando nel personale e nelle strutture, i lavoratori che sono stati trasferiti ai sensi dell’art. 2112 c.c. ,e sono adibiti all’esecuzione dell’opera o del servizio, usufruiranno sia della tutela prevista dalla norma del codice civile sia di quella garantita dall’art. 29 co. 2, mentre gli altri non transitati dall’azienda cedente si vedranno applicata soltanto la responsabilità solidale prevista dal D. Lgs. 276/2003”²⁶³.

²⁶³ “La responsabilità solidale dell’art. 29 co. 2, non si applica ai committenti, persone fisiche, che non siano imprenditori o professionisti. Dunque l’unica figura esclusa è quella del soggetto che non svolga attività di impresa o una professione, mentre sono ricompresi i committenti con personalità giuridica o struttura associativa e gli individui imprenditori o professionisti. La ragione dell’esclusione è quella di non aggravare la posizione economica di committenti ritenuti meno

◆ Successione negli appalti di opere e servizi

L'art. 2112 c.c. non osta alla eventualità che il trasferimento d'azienda si realizzi con la successione nel contratto d'appalto, mediante il subentro tra appaltante e successivo appaltatore nell'azienda utilizzata dal precedente titolare del contratto²⁶⁴.

La disposizione tende a disciplinare quelle ipotesi di esternalizzazione di opere e servizi effettuati a favore di soggetti pubblici e, al fine di garantire continuità occupazionale, dispone a carico dell'appaltatore subentrante di assumere i dipendenti in precedenza utilizzati. La norma individua in modo ampio le tipologie negoziali poste alla base del trasferimento, considerando anche il

solvibili degli altri. Va detto, peraltro, che a questi ultimi si applicherà l'art. 1676 c.c., che sopravvive soltanto per questa ipotesi, con una disciplina che se è più favorevole per certi aspetti lo è meno per altri". V. Speciale, "Appalti e trasferimento d'azienda", 2006, n. 84, p. 20, *op. cit.* .

²⁶⁴ Art. 2112 c.c. co. 5, " Si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda."

provvedimento quale atto idoneo nelle ipotesi di successione d'azienda a seguito di concessione amministrativa²⁶⁵.

L'ordinamento italiano soffre, sul punto, una netta contrapposizione poiché il legislatore ha stabilito all' art. 29 co. 3 del D. lgs 276/2003²⁶⁶ l'inapplicabilità dell'art. 2112 c.c. co. 5 ai casi di successione. In tutte le ipotesi di sostituzione giuridica di un precedente imprenditore con un nuovo soggetto, infatti, non trova applicazione la disciplina del trasferimento d'azienda. Per tanto nel caso in cui il subentrante disponga di una propria organizzazione di uomini o mezzi, sarà tenuto ad assumere i dipendenti del precedente appaltatore per effetto del contratto collettivo, del contratto d'appalto o in forza di una legge speciale di settore e non in virtù dell'art. 2112 c.c.. Non diversamente accade nel caso in cui l'appaltatore subentrante si avvantaggia della medesima struttura organizzativa del precedente titolare dell'appalto, perché pur verificandosi un mutamento effettivo nella titolarità di una attività economica

²⁶⁵ V. Speciale, "Appalti e trasferimento d'azienda", 2006, n. 84, p. 23, *op. cit.*; "La disciplina del codice si applica a prescindere dal titolo giuridico e purché vi sia di fatto il trasferimento dell'azienda."

²⁶⁶ "L'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda"; Art. 29 co. 3, D. Lgs. 10 settembre 2003 n. 276, G. U. 9 ottobre 2003 n. 235.

organizzata²⁶⁷, l'art. 29 co. 3 deroga all'applicazione della norma codicistica.²⁶⁸

Secondo diversa interpretazione²⁶⁹ l'applicazione dell'art. 2112 c.c. è ammissibile solo quando il mutamento della titolarità dell'azienda avvenga per accordo diretto tra cedente e cessionario. Nel caso della successione tra due imprenditori nel contratto d'appalto, "la giurisprudenza italiana è sempre stata ostile alla configurazione della successione nell'appalto come cessione d'azienda, per l'assenza di qualsiasi diretto rapporto tra i due imprenditori".²⁷⁰ Il titolo giuridico che legittima il subentrante va rinvenuto nel diverso ed autonomo rapporto negoziale fra l'appaltante e l'appaltatore, che esclude l'applicazione dell'art. 2112 c.c. .²⁷¹

Profondamente diverso è il dato che si evince dalla giurisprudenza comunitaria infatti, anche se la direttiva 2001/23/CE²⁷² fa riferimento

²⁶⁷ V. Speciale, "Appalti e trasferimento d'azienda", 2006, n. 84, p. 22, *op. cit.* .

²⁶⁸ "La disposizione può penalizzare i dipendenti coinvolti nell'operazione, i quali, anche se si vedono assicurato il lavoro, potrebbero avere presso il nuovo appaltatore standard inferiori di tutela", V. Speciale, "Appalti e trasferimento d'azienda", 2006, n. 84, p. 22, *op. cit.* .

²⁶⁹ V. Speciale, "Appalti e trasferimento d'azienda", 2006, n. 84, p. 22, *op. cit.* .

²⁷⁰ F. Scarpelli, "Cessazione degli appalti di servizi e licenziamenti collettivi", *Dir. prat. Lav.*, 2001, n. 31, p. 2063.

²⁷¹ V. Speciale, "Appalti e trasferimento d'azienda", 2006, n. 84, p. 22, *op. cit.* .

²⁷² "La presente direttiva si applica ai trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti ad un nuovo imprenditore in seguito a cessione contrattuale o a fusione", Art. 1 let. a, Direttiva 2001/23/CE 12 marzo 2001, GUCE n. L 82, 22 marzo 2001.

alla cessione contrattuale o alla fusione quali possibili fonti, la Corte di Giustizia accoglie un criterio ampio in riferimento alle possibili vicende che possono dar luogo al trasferimento d'azienda²⁷³.

A conferma, “la sentenza Mercks²⁷⁴, dopo aver riferito la nozione di cessione contrattuale a tutti i casi di cambiamento nell'ambito dei rapporti contrattuali, della persona fisica o giuridica responsabile dell'impresa che assume le obbligazioni del datore di lavoro nei confronti dei dipendenti dell'impresa, ha affermato che non è indispensabile l'esistenza di rapporti contrattuali diretti tra cedente e cessionario”.²⁷⁵

“La Corte ha precisato che ai fini dell'applicazione della direttiva non è necessaria l'esistenza di rapporti contrattuali diretti tra il cedente e il cessionario, la cessione può essere anche realizzata in due fasi per effetto dell'intermediazione di un terzo, quale il proprietario o il locatore; né vale ad escludere l'applicazione della direttiva la

²⁷³ Corte di Giustizia 11 marzo 1997, causa C-13/95, Racc. 1997, p. I-1259; Foro It., 1998; Corte di Giustizia 10 dicembre 1998, causa C -173/96, Racc. 1998, p. I-8237; Dir. lav. n. 2 , 1999, p. 121; Corte di Giustizia 20 novembre 2003, causa C-340/01, Racc. 2003, p. I-14023

²⁷⁴ Corte di Giustizia 7 marzo 1996, causa C - 171/94, causa C - 172/94, Racc. 1996, p I-1253; Dir. lav. , 1996, n. 2 , p. 287.

²⁷² R. Foglia, “Il trasferimento d'azienda null'unione europea la normativa comunitaria”,2001,p.11, www.csdn.it/csdn/pre_print/2001/pre_print_raffaelefoglia_5novembre2001_sotto1.htm

circostanza che il servizio o l'appalto sia stato concesso da un ente di diritto pubblico"²⁷⁶. "Tutto ciò vale a maggior ragione nel caso in cui l'appalto intercorre tra il primo ed il secondo imprenditore ed ha per oggetto l'affidamento a quest'ultimo, di servizi già curati dall'impresa committente: in questa ipotesi se già in precedenza a questi stessi servizi provvedeva stabilmente un gruppo organizzato di lavoratori dotati di particolare specializzazione, si può applicare la disciplina del trasferimento d'azienda con conseguente trapasso dei lavoratori alle dipendenze dell'impresa appaltatrice"²⁷⁷.

La normativa comunitaria, quindi, include nella nozione di trasferimento d'azienda anche il subentro di un nuovo appaltatore in un contratto avente ad oggetto l'esecuzione di un'opera o di un servizio che in precedenza era svolto da un altro imprenditore, secondo una logica di tutela oggettiva dei lavoratori coinvolti ed

²⁷⁶ R. Foglia, "Il trasferimento d'azienda nell'unione europea la normativa comunitaria", 2001, p. 12, *op. cit.* .

²⁷⁷ R. Foglia, "Il trasferimento d'azienda nell'unione europea la normativa comunitaria", 2001, p. 12, *op. cit.*; La Corte di giustizia ha ritenuto applicabile la Direttiva 187/77/CEE "ad una situazione nella quale un ente pubblico, che aveva dato in concessione il proprio servizio di assistenza a domicilio delle persone disabili o aggiudicato l'appalto per la sorveglianza di alcuni suoi locali ad una prima impresa, decida, alla scadenza o in seguito a recesso del contratto che la vincolava a quest'ultima, di dare in concessione tale servizio o assegnare tale appalto a una seconda impresa, qualora l'operazione sia accompagnata dal trasferimento di un'entità economica tra le due imprese.", Corte di Giustizia 10 dicembre 1998, causa C- 173/96, Racc. 1998, p. I-8237.

indipendentemente dal mezzo giuridico con cui si verifica il passaggio della struttura aziendale.²⁷⁸

“E’ evidente un contrasto assoluto tra la norma italiana e la disciplina europea, perché l’art. 29 co. 3 del D. lgs. 276/2003 esclude l’applicabilità dell’art. 2112 c.c. verso operazioni economiche che la disposizione comunitaria qualifica come trasferimento d’azienda”.²⁷⁹

²⁷⁸ V. Speciale, “Appalti e trasferimento d’azienda”, 2006, n. 84, p. 23 , *op. cit.*.

²⁷⁹ V. Speciale, “Appalti e trasferimento d’azienda”, 2006, n. 84, p. 24 , *op. cit.*; C. Cester , “La fattispecie: la nozione di ramo d’azienda e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie”, *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2004, n. 28, p. 47, “ Qualora il nuovo appaltatore utilizzi effettivamente l’organizzazione di persone (e di mezzi materiali) già utilizzata dal precedente, sembra difficile negare che si realizzi quel fenomeno di sostituzione nella gestione che è appunto l’ipotesi regolata dall’art. 2112 c.c. , solo perché tra i due appaltatori non vi è rapporto negoziale diretto.”

CONCLUSIONI

Prospettive di competitività e human resource

I processi di riorganizzazione aziendale non sono più dettati da semplici esigenze del mercato di produzione. Le nuove frontiere dell'economia globale sono votate ad identificare la dislocazione e la frantumazione dell'impresa come elementi che ampliano le capacità competitive dell'impresa. Assistiamo alla quotidiana ricerca dell' "efficienza dell'impresa"²⁸⁰ attraverso mutazioni significative nelle forme e nella dislocazione del potere imprenditoriale, sempre più slegato dalla fisicità dell'impresa. .

²⁸⁰ S. Nappi, "Trasferimento d'azienda e trasformazioni del datore di lavoro", Quad. dir. lav. rel. ind. , 2004, n. 28, p. 61.

La scomposizione dell'impresa²⁸¹ è un dato costante della nuova frontiera economica, le nuove esigenze del mercato spingono verso la creazione e la ricerca di innovativi e più compatibili strumenti giuridici per la tutela dei lavoratori. La disciplina del trasferimento d'azienda, infatti, non può essere considerata una mera tecnica di riorganizzazione dell'attività d'impresa finalizzata solo a regolamentare le trasformazioni della titolarità dell'impresa. Gli aspetti gius-lavoristici hanno una valenza fondamentale per la congrua applicazione dell'art. 2112 c.c. nel pieno rispetto dei principi fondamentali riconosciuti dalla Costituzione.

Argomentare sul trasferimento d'azienda è, al contempo, ricerca di un equilibrio tra le insostituibili e contrapposte esigenze di tutela dei lavoratori e le necessità di trasformazione per l'attività produttiva. Non appare ammissibile degradare il rapporto di lavoro, ed il prestatore stesso, a semplice fattore di produzione adito ad essere ceduto o modificato unilateralmente dal datore di lavoro. La flessibilità aziendale non può tradursi nell'identificazione del lavoratore come oggetto spersonalizzando il rapporto.

²⁸¹ S. Nappi, "Trasferimento d'azienda e trasformazioni del datore di lavoro", *op. cit.* .

Il mutamento della titolarità dell'azienda o di parte di essa è vicenda dai forti contenuti concertativi funzionali a rendere compatibili le disparate esigenze coinvolte.

Sotto la spinta dell'esperienza comunitaria, normativa e giurisprudenziale, il legislatore interno ha codificato gli aspetti strutturali della vicenda del trasferimento. L'identificazione dell'oggetto del trasferimento è il primo passo verso l'armonizzazione con il dato normativo europeo, non solo l'azienda ma anche parte di essa è destinataria della tutela prevista ex art. 2112 c.c. in relazione ai lavoratori coinvolti.

L'inderogabilità della tutela, l'identificazione dei diritti dei lavoratori ceduti, l'impossibilità di ricorrere al trasferimento al fine di occultare ipotesi di licenziamento delucidano sulla pressante necessità di assicurare tutela ai lavoratori sotto ogni profilo coinvolto dall'eventuale trasferimento.

Se è vero che l'*outsourcing* può essere considerato una risorsa per la creazione di maggiore valore aggiunto è anche vero che non è concepibile avallare fenomeni di esternalizzazione esclusivamente dediti alla ricerca di un minore costo del lavoro e all'aggiramento delle tutele previste per i lavoratori.

Riferimenti Bibliografici

Andreoni A. (2004), Impresa modulare e trasferimenti d'azienda. Le novità del D. lgs. 276/2003. www.inps.it/Doc/Pubblicazioni/IP/5-6_2004.pdf .

Aimo M. (1999), Le garanzie individuali dei lavoratori, Riv. giur. lav. prev. soc. , n. 4, p. 839.

Ballestrero M.V. (2002), Trasferimento d'azienda e trattamento dei lavoratori, Lav. dir. , n. 2.

Barraco E. (2003), Cessione di ramo d'azienda , irrilevanza del consenso dei lavoratori ceduti e frode alla legge sui licenziamenti collettivi, Lav. giur., n. 4, p. 369.

Bavaro V. (2004), Il trasferimento d'azienda , Aa.Vv. Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003 , a cura di P. Curzio, Bari, ed. Cacucci.

Biagi M. (2003) , Istituzioni di diritto del lavoro, Giuffrè, Milano, p. 483

Carabelli U., Leccese V. (2005), Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali, W. P. Cent. stud. dir. lav. eu., n. 64. www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/default.htm#2005

Cester C. (2001), Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina, Lav. giur. n. 6, p. 505.

Cester C. (2004), Il trasferimento d'azienda e di parte d'azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa? , Commentario al D. lgs 10 settembre 2003 n. 276 , a cura di F. Carinci , Milano, p. 239.

Cester C. (2004), La fattispecie: la nozione di ramo d'azienda e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie, Quad. dir. lav. rel. ind., n. 28, p. 47.

Chiusolo S. (1999), Trasferimento di ramo d'azienda , art. 2112 c.c. e normative comunitarie: la cessione del rapporto di lavoro è subordinata al consenso del lavoratore ceduto, Dir. lav. , n. 3, p. 562.

Ciucciovino S. (2001), La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il d. lgs. 18/2001, a cura di R. De Luca Tamajo, I processi d'esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici, Napoli, Esi .

Corazza L. (1997), Appunti in tema di obbligazioni solidali e rapporti di lavoro, Riv. it. dir. lav. , n. 1, p. 77 .

Corazza L. (2005), Contractual integration e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore, Trento.

Cosio C. (2003), La cessione del ramo d'impresa: dal caso Ansaldo alla legge 30 del 2003.
www.csdn.it/csdn/relazioni_doc/rel.%20roberto%20cosio%205aprile2003.doc .

De Angelis L. (2004), La tutela del lavoratore ceduto, W. P. Cent. stud. dir. lav. eu. “ Massimo D'Antona”, n. 50.
www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/default.htm#2005 .

De Felice M. (2003), Il trasferimento d'azienda e il trasferimento di ramo d'azienda nel Decreto legislativo attuativo della legge 30/2003.
www.ecn.org/coord.rsu/doc/altri2003/2003_1016trasferimento.htm .

De Luca Tamajo R. (2002), Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura, Aa. Vv. I processi di esternalizzazione: opportunità e vincoli giuridici, a cura di R. De Luca Tamajo, Napoli, Esi.

De Luca Tamajo R. (2004), La disciplina del trasferimento di ramo d'azienda dal codice civile al decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003, Aa.Vv. ,Mercato del lavoro. Riforma e vincoli del sistema, Ed. scient.

De Marchis C. (2001), Aspetti vecchi e nuovi del trasferimento d'azienda alla luce del decreto legislativo 2 febbraio 2001 n. 18, Riv. giur. lav., n. 2, p. 113.

Farinelli G. (2003), L'impresa fra esternalizzazione e processi di smaterializzazione: ricadute sul rapporto di lavoro, Dir. lav., p. 52.

Foglia F. (2001), Il trasferimento d'azienda nell'unione europea la normativa comunitaria p. 11, www.csdn.it/csdn/pre_print/2001/pre_print_raffaelefoglia_5novembre2001_sotto1.htm .

Foglia R. (2004), L'evoluzione normativa e giurisprudenziale comunitaria in materia di trasferimento d'azienda, *Quad. dir. lav. rel. ind.* , n. 28, p. 217.

Franceschinis L. (2003), L'art. 2112 c.c. dopo il d. lgs. 276/2003, *Dir. lav.*

Franci R. (2003), Ultimi ritocchi alla disciplina del trasferimento d'azienda, *Lav. prev. og.* , n. 12, p. 1893.

Fuchs M. (2004), La disciplina del trasferimento d'azienda nel diritto tedesco, *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 28, p. 229.

Korner M. (1997), Corte di giustizia europea, Corti nazionali , trasferimento d'azienda. L'esperienza tedesca., *Gior. dir. rel. ind.*, p. 129.

Ichino P. (2003), Il contratto di lavoro, Milano, Giuffrè, p. 452.

Lambertucci P. (1997), La configurazione nel diritto comunitario e nel diritto interno, ai fini del suo trasferimento, *Arg. dir. lav.*, p. 130.

Lambertucci P. (1999), La tutela del lavoratore nella circolazione dell'azienda, Torino, Giappichelli, p. 38.

Lepore A. (2001), Il trasferimento d'azienda tra diritto interno e disciplina comunitaria, *Mass. giur. lav.*, n. 3.

Lucani V., (2004), Trasferimento d'azienda e tutela dei lavoratori: il bilancio d'interessi nell'evoluzione dell'art. 2112 c.c., *Aa.Vv.* , Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema, Ed. Scient.

Madera M. (2001), Brevi osservazioni in tema di trasferimento d'azienda, cessione di singoli beni aziendali e corresponsione del trattamento di fine rapporto, *Riv. giur. lav.* , n. 1, p. 67.

Magnani M. (1999), Trasferimento d'azienda ed esternalizzazione, *Gior. dir. lav. rel. ind.* , p. 500.

Mainardi M. (2003), Azienda e ramo d'azienda: il trasferimento nel d. lgs. 10 settembre 2003 n. 276, *Dir. merc. lav.*, p. 700.

Marazza M. (2001), Impresa organizzazione nella nuova nozione di azienda trasferita, Arg. dir. lav., p. 603.

Maresca A. (2001), Le novità del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda, Arg. dir. lav., n. 2, p. 587.

Marin A. (2003), Il trattamento della retribuzione nel trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c., Lav. giur., n. 3, p. 241.

Marinelli M. (2002), Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori, Torino, Giappichelli.

Mazziotti F. (2005), Nozioni di diritto del lavoro, sindacale e della previdenza", Editoriale scientifica, Napoli, ult. ed..

Mazziotti F. (2005), Esternalizzazione: appalto e trasferimento d'azienda, www.cgilcampania.it/politicheattivelavoro/doc/Esternalizzazione%20MAZ ZIOTTI.doc .

Nappi S. (2004), Trasferimento d'azienda e trasformazioni del datore di lavoro, Quad. dir. lav. rel. ind. , n. 28, p. 61.

Nicolosi M. (2004), Le esternalizzazioni di attività produttive tra trasferimento d'azienda e appalto, www.dielle.it/Approf/Nicolosi%20esternalizzazioni.htm .

Nuzzo V. (2002), Il trasferimento d'azienda: l'ultima riscrittura della disciplina lavoristica, Mass. giur. lav.

Nuzzo V. (2004), L'oggetto del trasferimento: entità materiale, organizzazione o mera attività?, Aa. Vv., Mercato del lavoro. Riforma e vincoli del sistema, Ed. Scient.

O'Higgins P. (1996), Il lavoro non è una merce. Un contributo irlandese al diritto del lavoro, Gior. dir. lav. rel. ind., p. 304.

Pellissiero P. (1998), L'entità economica come oggetto del trasferimento d'azienda: sviluppi recenti della giurisprudenza comunitaria e possibili riflessi sugli orientamenti nazionali, Dir. rel. ind., n. 1.

Piccininno S. (1992), Le trasformazioni aziendali in vista del mercato europeo, Not. Giur. lav., p. 268.

Pera G. (2000), Movimenti del capitale e libertà dei lavoratori, Riv. it. dir. lav., n. 1, p. 462.

Perulli A. (2003), Tecniche di tutela dei fenomeni di esternalizzazione, Arg. dir. lav., p. 477.

Passalacqua P. (2000), Trasferimento d'azienda e ruolo del sindacato, Dir. lav., p. 531.

Quadri G. (2003), I limiti all'applicabilità dell'art. 2112 c.c. ai processi di esternalizzazione, Dir. merc. lav., p. 339.

Rebaudengo P. A. (2004), La separazione del lavoro dall'impresa: alcune significative novità, Lav. dir. .

Rivolta G. (1973), Il trasferimento volontario d'azienda nell'ultimo libro di Domenico Petitti, Riv. it. dir. civ. , n. 1, p. 43.

Romei R. (1993), Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda, Giuffrè.

Romei R. (2003), Azienda, impresa, trasferimento, Dir. lav. rel. ind., p. 56.

Santagata R. (2004), Trasferimento del ramo d'azienda tra disciplina comunitaria e diritto interno, Aa.Vv. Mercato del Lavoro. Riforma e vincoli di sistema, Ed. scient.

Santoro Passarelli G. (1999), Il trasferimento d'azienda rivisitato, Mass. giur. lav., p. 464.

Santoro Passarelli G. (2000), Sulla nozione di trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c., Foro it., n. 1, p. 1962.

Santoro Passarelli G. (2004), Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro, Torino, Giappichelli.

Scarpelli F. (1999), Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni, Gior. dir. lav. rel. ind., p. 500.

Scarpelli F. (1999), Esternalizzazioni e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce, Dir. rel. ind., n. 3, p. 363.

Scarpelli F. (1999), Diritti d'informazione individuali e collettivi: l'incidenza sulla configurazione del contratto di lavoro, Riv. giur. lav., n. 2.

Scarpelli F. (2001), Cessazione degli appalti di servizi e licenziamenti collettivi, Dir. prat. lav. ,n. 31, p. 2063.

Scarpelli F. (2004), Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda: problemi vecchi e nuovi, Quad. dir. lav. rel. ind., n. 28, p. 91.

Speziale V. (2006), Appalti e trasferimento d'azienda, W. P. Cent. stud. dir. lav. eu. "Massimo D'Antona", n. 84, www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/default.htm#2006 .

Tiraboschi M. (2005), Esternalizzazione del lavoro e valorizzazione del capitale umano, W. P. Cent. stud. dir. lav. eu. "Massimo D'Antona", n. 54, www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/default.htm#2005 .

Tursi A. (2001), La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale. Fattispecie e disciplina giuridica, Milano, Giuffrè.

Tursi A. (2003), Previdenza complementare e trasferimento, Riv. it. dir. lav., n. 2, p. 449.

Valluri M. L. (2001), Studio sull'oggetto del trasferimento ai fini dell'applicazione del nuovo art. 2112 c.c., Lav. dir. n. 4, p. 638.

Valluri M. L. (2004), Trasferimento d'azienda e garanzie collettive, Quad. dir. lav. rel. ind., n. 28, p. 127.

Zoppoli L. (2005), Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese. www.dirittodellavoro.it/public/current/miscellanea/Zoppoli%20AIDLASS%202005.doc.

