

CAPITOLO VENTISETTESIMO

**IL TRASFERIMENTO D'AZIENDA**

di

RAFFAELE DE LUCA TAMAJO e MARIA TERESA SALIMBENI



## CAPITOLO VENTISETTESIMO

### IL TRASFERIMENTO D'AZIENDA \*

SOMMARIO: 1. L'evoluzione normativa e l'eterogenesi dei fini dell'art. 2112 c.c. – 2. La varietà di “tecniche” normative presenti nel mosaico dell'art. 2112 c.c. – 3. La fattispecie individuata dal legislatore del 2003: il trasferimento d'azienda. – 3.1. Il trasferimento del ramo d'azienda. – 3.1.1. «Articolazione di una attività economica organizzata». – 3.1.2. L'autonomia funzionale del ramo... – 3.1.3. ... preesistente o contestuale al trasferimento. – 3.2. Il titolo del trasferimento. – 4. I processi di esternalizzazione: l'art. 2112 c.c. come veste giuridica. – 5. Le garanzie per il lavoratore coinvolto nel trasferimento. In particolare, la solidarietà tra cedente e cessionario e la liberazione del cedente. – 6. Il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda alla luce delle innovazioni introdotte dal d.lg. n. 18/2001. – 6.1. I diritti che il lavoratore conserva dopo il trasferimento derivanti dal contratto individuale, della legge, dagli usi aziendali. – 6.2. I diritti derivanti dal contratto collettivo. – 7. Il problema della sostituzione del contratto collettivo del cedente ad opera del contratto collettivo applicabile all'impresa del cessionario. – 8. Gli obblighi procedurali previsti dall'art. 47 l. n. 428/1990. – 8.1. I soggetti. – 8.2. Il termine entro cui va adempiuto l'obbligo informativo. – 8.3. Contenuti dell'informazione. – 8.4. Inadempimento. – 9. La disciplina del trasferimento di azienda in crisi contenuta nell'art. 47, 5° co., l. n. 428/1990. Il contrasto con il diritto comunitario. – 9.1. La giurisprudenza della Corte di Giustizia sul rapporto tra l'ordinamento italiano e le direttive comunitarie (77/187/CEE e 98/50/CE). – 9.2. L'efficacia sanante dell'art. 4 *bis* della direttiva 98/50/CE ed i restanti dubbi di non conformità del nostro ordinamento alla normativa europea.

#### **1.** *L'evoluzione normativa e l'eterogenesi dei fini dell'art. 2112 c.c.*

La sorte dei rapporti di lavoro inerenti ad imprese o rami di impresa oggetto di trasferimento a nuovi titolari è disciplinata dall'ordinamento nel-

\* I §§ 1-5 sono stati redatti da Raffaele De Luca Tamajo; i §§ 6-9 da Maria Teresa Salimbeni.

l'art. 2112 c.c. La norma prevede la prosecuzione di tali rapporti alle dipendenze del cessionario anche senza il consenso dei lavoratori ceduti, in deroga alla disciplina dettata in via generale per la cessione contrattuale (artt. 1406 ss. c.c.). Sostituendo il consenso dei lavoratori ceduti con la previsione in loro favore di un corredo di garanzie, l'art. 2112 c.c. individua una mediazione tra l'interesse dell'impresa ad una gestione flessibile delle attività economiche e l'interesse dei lavoratori a conservare il posto di lavoro e a mantenere intatta la posizione giuridica maturata prima del trasferimento.

La disciplina in questione è stata negli anni oggetto di numerose modifiche, a dimostrazione della difficoltà di rinvenire un punto di equilibrio tra le esigenze sopra indicate e, al tempo stesso, di tener conto della incombente e "globalizzata" spinta alla circolazione e frantumazione dei contesti produttivi.

Nell'epoca in cui nell'ordinamento vigeva il principio della libertà di recesso, la versione originaria dell'art. 2112 c.c. prevedeva la prosecuzione dei rapporti di lavoro presso l'acquirente e riconosceva ai lavoratori ceduti alcune garanzie. In particolare, l'iniziale formulazione della norma codicistica individuava un regime di solidarietà tra cedente e cessionario rispetto alle posizioni debitorie che il primo aveva al momento del trasferimento nei confronti dei dipendenti ceduti, in ragione dell'anzianità da questi già maturata e nel limite delle risultanze dei libri contabili dell'azienda o dei libretti di lavoro. Tuttavia, riprendendo le previsioni dell'art. 11 della legge sull'impiego privato (r.d.l. n. 1825/1924), l'art. 2112 c.c. riconosceva in ogni caso al cedente la possibilità di licenziare i lavoratori con il solo limite del rispetto dei termini di preavviso.

La svolta nelle garanzie dei lavoratori si ha a partire dall'entrata in vigore della disciplina limitativa dei licenziamenti individuali (l. 15 luglio 1966, n. 604). Fissata la regola della giustificazione causale del licenziamento, infatti, quest'ultima influenza anche la disciplina del trasferimento d'azienda, spingendo la giurisprudenza ad affermare il principio, successivamente tipizzato dal legislatore, secondo cui il trasferimento non può costituire di per sé giustificato motivo oggettivo di licenziamento<sup>1</sup>.

A partire dalla seconda metà degli anni Settanta, le vicende circolatorie dell'impresa diventano oggetto della disciplina comunitaria, con l'emanazione di ben tre direttive: la direttiva 77/187/CEE del 14 febbraio 1977, la

<sup>1</sup> Cfr. Cass., 9 luglio 1984, n. 3991, *Giust. civ.*, 1984, n. 12, I, 3288, con nota di ZOLI, *Cessione di azienda e licenziamento dei lavoratori*. Sul punto v. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2005, 281.

direttiva 98/50/CE del 29 giugno 1998, che ha modificato la precedente e la direttiva 2001/23/CE del 12 marzo 2001, che ha riorganizzato l'assetto complessivo della disciplina senza però apportare modifiche rilevanti. Le norme comunitarie inquadrano il trasferimento d'azienda secondo due coordinate principali: una oggettiva, che definisce il trasferimento d'azienda o di un suo ramo e individua le operazioni economiche che rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina; un'altra soggettiva, che fissa il principio dell'indifferenza dei rapporti di lavoro rispetto alle vicende circolatorie dell'impresa, rafforza le posizioni creditorie dei lavoratori ed introduce una procedura di consultazione sindacale obbligatoria.

La risposta dell'ordinamento italiano alle sollecitazioni provenienti dalle norme comunitarie è giunta con notevole ritardo. Il primo intervento di adeguamento si è infatti avuto soltanto con la l. 29 dicembre 1990, n. 428 (art. 47) che ha sostituito i primi tre commi dell'originaria versione dell'art. 2112 c.c., e ha introdotto una procedura di consultazione sindacale obbligatoria volta al raggiungimento di un accordo con le rappresentanze dei lavoratori<sup>2</sup>, atto a radicare un governo consensuale delle vicende circolatorie.

La formulazione dell'art. 2112 c.c. individuata nel 1990 ha avuto innanzitutto il pregio di chiarire che «in caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con l'acquirente ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano». Rispetto all'originaria formulazione, la novella ha eliminato il riferimento alla possibilità per il cedente di disdire in tempo utile i rapporti di lavoro e ha affermato che il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento (art. 47, 4° co., l. n. 428/1990), allineandosi ai principi introdotti dalla l. n. 604/1966 in materia di licenziamento individuale. In secondo luogo, le modifiche introdotte dalla l. n. 428/1990 hanno portato al rafforzamento della posizione creditoria del lavoratore coinvolto nella vicenda di trasferimento, attraverso la fissazione di un regime di solidarietà tra alienante ed acquirente per tutti i crediti del lavoratore al tempo del trasferimento, anche se non connessi con l'anzianità già maturata e a prescindere dalle risultanze delle scritture contabili del cedente o dei libretti di lavoro. In terzo luogo, la novella del 1990 ha previsto la possibilità che il lavoratore liberi l'imprenditore cedente dalle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro, utilizzando le procedure individuate dagli artt. 410 e 411 c.p.c. Infine, l'articolo novellato ha imposto all'acquirente di rispettare i trattamenti economici e normativi fissati dai

<sup>2</sup> Per le imprese in stato di crisi, l'accordo può anche derogare alle garanzie previste dalla disciplina codicistica (art. 47, 5° co., l. n. 428/1990).

contratti collettivi applicati dal cedente, salvo che sussistano contratti collettivi applicabili al primo, che in tal caso acquisiscono efficacia sostitutiva.

Nonostante l'introduzione di importanti momenti di garanzia per i lavoratori, in ossequio a quanto disposto dalla direttiva del 1977, la disciplina del 1990 ha lasciato scoperto l'importante fronte della definizione dello stesso concetto di trasferimento d'azienda (e di ramo d'azienda), che è stato quindi affidato all'opera ricostruttiva della giurisprudenza. Il vuoto normativo è stato colmato con il d.lg. 2 febbraio 2001, n. 18, mediante il quale l'ordinamento ha risposto all'esigenza di adeguare le elaborazioni della giurisprudenza interna alle norme comunitarie, così come interpretate nelle sentenze della Corte di Giustizia e modificate dalla direttiva del 1998.

Riscrivendo integralmente l'art. 2112 c.c., il d.lg. n. 18/2001 specifica che i contratti collettivi applicabili nell'impresa del cessionario possono sostituire quelli applicati dal cedente anche se meno favorevoli per i lavoratori, ma soltanto se di medesimo livello. In secondo luogo, il legislatore del 2001 introduce un meccanismo agevolato di uscita dal rapporto di lavoro per i lavoratori che subiscano un mutamento sostanziale delle condizioni di lavoro nei tre mesi successivi al trasferimento. Rispetto a tale ultima ipotesi, in particolare, la norma stabilisce che in caso di mutamento sostanziale delle condizioni di lavoro, nel limite temporale sopra indicato, il lavoratore può rassegnare le dimissioni per giusta causa, con gli effetti di cui all'art. 2119, 1° co., c.c.

Il 5° co. dell'art. 2112 c.c., così come novellato dal d.lg. n. 18/2001, chiarisce poi che per trasferimento d'azienda si intende «qualsiasi operazione che comporti il mutamento della titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, ai fini della produzione o dello scambio di beni o di servizi, 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 compreso l'usufrutto o l'affitto d'azienda». La disposizione in questione stabilisce inoltre che le disposizioni dell'art. 2112 c.c. si applicano anche al trasferimento di parte dell'azienda, «intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata (...), preesistente (...) al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità».

Sull'impianto individuato nel 2001, si è inserito l'ulteriore intervento normativo del 2003 (art. 32 d.lg. 10 settembre 2003, n. 276) che non deve essere inteso come la risposta dell'ordinamento italiano all'ultima sollecitazione comunitaria (direttiva del 2001), ma come lo strumento mediante il quale il legislatore ha inteso soddisfare buona parte delle istanze di flessibilità provenienti dal mondo delle imprese, intervenendo ulteriormente

sulle nozioni di trasferimento di azienda e di ramo d'azienda ai fini dell'applicazione della disciplina sul trasferimento (art. 2112, 5° co., c.c.).

Rispetto alla nozione di trasferimento di azienda, il legislatore del 2003 ha aggiunto un riferimento espresso alle operazioni di cessione contrattuale e di fusione, come indicazione esemplificativa delle operazioni economiche che rientrano nell'ambito di applicazione della norma ed ha eliminato l'inciso «ai fini della produzione o dello scambio di beni o di servizi». L'azienda trasferita ai sensi dell'art. 2112 c.c. è attualmente definita come quell'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, che preesiste al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità.

A differenza di quanto fatto per la nozione di azienda, nella definizione del concetto di ramo d'azienda, il legislatore della "riforma Biagi" ha spinto al massimo l'esigenza di flessibilità, eliminando ogni riferimento esplicito ai requisiti della preesistenza al trasferimento e della conservazione dell'identità nell'operazione di cessione. Il ramo d'azienda, infatti, è oggi definito come «articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento».

Il d.lg. n. 276/2003 ha infine aggiunto un 6° co. all'art. 2112 c.c. ai sensi del quale «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'art. 29, co. 2, D.lgs. 10 set. 2003, n. 276» (v. *infra*, in questo Cap., § 4).

La ricostruzione appena compiuta evidenzia come la vicenda normativa dei risvolti lavoristici del trasferimento d'azienda sembri un «cantiere aperto» dove tutti gli operatori, pur impegnati in una affannosa ricostruzione, non sono a conoscenza del progetto complessivo<sup>3</sup>.

Certamente l'evoluzione normativa dell'art. 2112 c.c. registra un'eterogeneità dei fini<sup>4</sup>. La norma originariamente pensata esclusivamente per garantire ai lavoratori addetti ad una azienda ceduta a terzi una continuità di occupazione (e di disciplina), nel nome di un principio di insensibilità del rapporto di lavoro alle vicende circolatorie dell'azienda, si è negli anni trasformata in strumento volto anche e soprattutto ad agevolare i processi di esternalizzazione di segmenti aziendali. È stato in particolare il

<sup>3</sup> Cfr. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in ID. (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Napoli, 2002, 20.

<sup>4</sup> Sul punto v. MARESCA, *Le "novità" del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, *Arg. dir. lav.*, 2001, 588. Cfr. anche PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, *ivi*, 2003, n. 2, 476 ss.

d.lg. n. 18/2001 ad inserire nel DNA della disciplina dell'art. 2112 c.c. valenze di flessibilità organizzativa. La normativa in questione, infatti, garantisce pur sempre i lavoratori, mediante la conservazione dei diritti, le garanzie di solidarietà ecc. ma, autorizzando il passaggio al nuovo titolare dei lavoratori addetti al ramo ceduto a prescindere dal loro consenso e l'applicazione automatica della disciplina collettiva del cessionario in luogo di quella precedentemente applicata, risulta altresì sintonica all'interesse del cedente di liberarsi agevolmente del fattore umano relativo al segmento aziendale ceduto, senza faticose trattative e senza affrontare i costi del licenziamento collettivo.

## 2. La varietà di "tecniche" normative presenti nel mosaico dell'art. 2112 c.c.

Prima di esaminare le novità apportate dall'ultimo decreto legislativo del 2003 è il caso di sottolineare come alla pluralità di interventi normativi, stratificati nel tempo, corrisponde una varietà di *tecniche*, tutte straordinariamente presenti nel mosaico rappresentato dall'attuale testo dell'art. 2112 c.c.<sup>5</sup>.

L'originaria formula codicistica della norma appariva, in effetti, improntata esclusivamente al meccanismo della *inderogabilità* ovvero alla tutela imperativa del prestatore di lavoro, preoccupata, com'era, di garantire in modo coattivo la conservazione dei trattamenti pregressi, il passaggio di tutti i lavoratori occupati al cessionario e l'obbligo solidale tra questi e il cedente relativamente ai crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento.

Alla più flessibile tecnica del *controllo sindacale* risulta, invece, informato l'art. 47, 1° co., l. n. 428/1990 che tenta di radicare la presenza sindacale sulle vicende circolatorie dell'impresa (o di suoi rami) mediante la previsione di obblighi di informazione e consultazione del sindacato, al quale, peraltro, non è riconosciuto alcun potere di veto, ma solo la condizione ottimale per esercitare un controllo e una pressione in merito alla fattispecie traslativa.

La *flessibilità specificamente condizionata ad accordo sindacale* è, poi, presente nel 5° co. dell'art. 47, che, per le aziende in stato di crisi, dichiarate fallite o sottoposte a liquidazione coatta amministrativa o ad amministra-

<sup>5</sup> Cfr. DE LUCA TAMAJO, *Trasferimento di azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto dei servizi, distacco nella riforma del Diritto del Lavoro*, in *Il nuovo volto del diritto italiano del Lavoro*, Atti del Convegno dell'Accademia nazionale dei Lincei, Roma 13-14 dicembre 2004, Roma, 2006, 131 ss.



zione straordinaria, incentiva la conclusione di intese derogatorie delle garanzie previste dall'art. 2112 c.c.

La più moderna prospettiva della *volontà individuale assistita* è, invece, ravvisabile in quella parte della normativa che consente il ricorso alle procedure conciliative di cui agli artt. 410 e 411 c.p.c. perché il lavoratore possa liberare il cedente dalle obbligazioni pregresse.

Il principio della “*continuità*” della *copertura contrattuale collettiva* ispira, poi, l'attuale 3° co. dell'art. 2112 c.c., così come modificato dal d.lg. n. 18/2001, che, secondo l'orientamento prevalente, fa salva l'applicazione del contratto collettivo del cedente solo nell'ipotesi in cui difetti una disciplina collettiva del medesimo livello operante per il cessionario (disciplina altrimenti prevalente e sostitutiva).

### 3. *La fattispecie individuata dal legislatore del 2003: il trasferimento d'azienda.*

Come anticipato (*supra*, in questo Cap., § 1), la versione attuale dell'art. 2112 c.c. definisce trasferimento d'azienda «qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento della titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità» (art. 2112, 5° co., c.c.).

L'attuale formulazione della norma inquadra dunque la fattispecie del trasferimento d'azienda secondo una triplice caratterizzazione: *a*) l'esistenza di un'attività economica organizzata; *b*) l'irrilevanza della presenza o dell'assenza di uno scopo lucrativo; *c*) la preesistenza al trasferimento e la conservazione dell'identità durante l'operazione di cessione.

Nel rispetto delle indicazioni provenienti dalle direttive, che fanno riferimento al trasferimento di un'entità economica «intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica»<sup>6</sup> e dalle numerose sentenze della Corte di Giustizia, che hanno definito l'entità economica quel «complesso di persone e di elementi che consentono l'esercizio di un'attività economica finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo»<sup>7</sup>, il legislatore del 2003 accoglie una nozione lavoristica di

<sup>6</sup> Cfr. art. 1, lett. *b*), della direttiva 2001/23/CE.

<sup>7</sup> Cfr. C. Giust. CE, 11 marzo 1997, causa C-13/95. V. anche, tra le altre, Id., 12 novembre 1992, causa C-209/91; Id., 10 dicembre 1998, cause riunite C-127/96, C-229/96 e C-74/97; Id., 25 gennaio 2001, causa C-172/99; Id., 24 gennaio 2002, causa C-51/00.

azienda, che si distanzia sia dalla definizione offerta dall'art. 2555 c.c. che dalla nozione di impresa desumibile dall'art. 2082 c.c. Ciò che determina l'applicazione dell'art. 2112 c.c. è infatti la cessione di un nucleo che rappresenti l'insieme di due elementi fondamentali: l'organizzazione e l'attività. In altri termini, il trasferimento d'azienda si configura tutte le volte in cui, a prescindere dalla cessione di beni materiali, si realizza il passaggio da un imprenditore ad un altro di un insieme di persone ed elementi materiali o immateriali (organizzazione), funzionalmente preordinato all'esercizio di un'attività economica (attività).

Il fatto che il legislatore del 2003 abbia individuato una nozione autonoma di azienda trova conferma anche nel riferimento espresso alla irrilevanza di uno scopo lucrativo ai fini della configurazione di un'attività economica organizzata ai sensi dell'art. 2112 c.c. Tale inciso era già presente nel disposto normativo del 2001 ed è stato conservato nella nuova formulazione della norma. D'altra parte, l'espressa inclusione della cessione di attività non lucrative nell'ambito di applicazione della norma codicistica è in linea con quanto sostenuto dalla Corte di Giustizia e dalla Cassazione, ancor prima degli interventi del legislatore comunitario del 1998<sup>8</sup> ed interno del 2001<sup>9</sup>.

Come il riferimento allo scopo lucrativo, anche l'indicazione dei requisiti della preesistenza al trasferimento e della conservazione dell'identità rientra in quella parte di norma che il legislatore della riforma Biagi ha scelto di conservare rispetto alla formulazione del 2001. La preesistenza al trasferimento sta ad indicare che ai fini dell'applicazione dell'art. 2112 c.c. è necessario che l'entità trasferita sia stata effettivamente utilizzata dal cedente per lo svolgimento di un'attività economica prima del trasferimento. In altri termini, ciò che viene trasferito deve essere vitale, ossia, anche se temporaneamente inerte, non totalmente privo di qualsiasi predisposizione al proficuo svolgimento di un'attività economica. La conservazione dell'identità fissa, invece, uno specifico limite all'autonomia delle parti, nel senso che l'imprenditore cedente non può modificare lo scopo della propria attività in vista della cessione, ma deve conservare intatta «l'integrità funzionale della compagine aziendale»<sup>10</sup> fino al completamento delle operazioni di trasferimento.

<sup>8</sup> V. ora art. 1, lett. c), della direttiva 2001/23/CE.

<sup>9</sup> Cfr. C. Giust. CE, 8 giugno 1994, causa C 382/92, e Cass., 17 aprile 1990, n. 3167, *CED*.

<sup>10</sup> Cfr. LEPORE, *Commento all'art. 32 del d.lgs. 276/03*, in DE LUCA TAMAJO e G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al D.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Padova, 2007, 487.

### 3.1. *Il trasferimento del ramo d'azienda.*

Il 5° co. dell'art. 2112 c.c., come novellato da ultimo dal d.lg. n. 276/2003, definisce il ramo di azienda come l'«articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento».

La definizione è imperniata, dunque, su tre poli concettuali, dei quali occorre partitamente dare conto<sup>11</sup>.

#### 3.1.1. «Articolazione di una attività economica organizzata».

Per molto tempo il *criterio scriminante* per l'applicazione dell'art. 2112 c.c. o, invece, dall'art. 1406 c.c., si è sostanzialmente incentrato sulla presenza o meno nel segmento aziendale trasferito di *significativi elementi strutturali e impiantistici*.

Poiché la rubrica dell'art. 2112 allude al trasferimento di “azienda” e poiché quest'ultima, nella definizione dell'art. 2555 c.c., consta necessariamente di un «complesso di *beni* organizzato dall'imprenditore», se ne deduceva la rilevanza degli strumenti di produzione materiale e organizzati al fine della operatività dell'art. 2112 e dell'“automatismo” che investe i lavoratori.

L'evoluzione normativa più recente sembra invece affrancare la disciplina dei profili lavoristici del trasferimento di azienda o di un suo ramo da ogni sudditanza rispetto alle categorie commercialistiche, fino al punto da ricomprendere nel suo ambito applicativo anche la traslazione di una mera “attività” realizzata mediante l'impiego di un insieme organizzato di lavoratori, pur in assenza di un supporto strumentale. Ciò a condizione che non si tratti di una semplice sommatoria di prestazioni lavorative individualmente operanti e che l'attività traslata presenti un amalgama organizzato capace di sviluppare una autonoma iniziativa imprenditoriale al fine della produzione di un bene o di un servizio: come accade, ad esempio, nel caso della cessione a terzi di attività di vigilanza, di facchinaggio, di pubbliche relazioni, di organizzazione di convegni, di gestione di processi informativi o di un parco auto (che resta di proprietà dell'impresa cedente). Almeno tre sono le argomentazioni che supportano una tale convinzione:

<sup>11</sup> Cfr. DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del trasferimento di ramo di azienda dal codice civile al decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003*, in ID., RUSCIANO e L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2004, 571 ss.

a) la prima è di ordine meramente letterale. La attuale formulazione del 5° co. dell'art. 2112 definisce il ramo d'azienda come «articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata» e precisa che trattasi di una nozione specializzata e funzionalizzata «ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo». Un siffatto sottolineato sforzo definitorio e l'esplicita allusione all'"attività" consente di allentare ogni vincolo con il testo dell'art. 2555 c.c. e con il riferimento al complesso di *beni* organizzati dall'imprenditore (con tutto il carico di materialità normalmente da questi ultimi evocato); la formula impiegata richiama, piuttosto, la definizione dell'art. 2082 c.c., purché tale attività si svolga nel contesto di una "organizzazione produttiva";

b) la soluzione proposta trova avallo, altresì, nella più recente giurisprudenza della Corte di giustizia europea che, sia pur dopo qualche oscillazione, ha affermato, in sede di puntualizzazione del campo di applicazione della direttiva CE n. 50/1998, che può delinarsi un trasferimento di azienda o di ramo «pur in assenza di cessione di elementi materiali». In tal senso quanto mai significativa da ultimo la sentenza Temco<sup>12</sup> secondo cui: «quando una entità economica sia in grado, in determinati settori, di operare senza elementi patrimoniali, materiali o immateriali, significativi, la conservazione della sua identità (...) non può dipendere dalla cessione di tali elementi». Pertanto, in determinati settori in cui l'attività si fonda essenzialmente sulla mano d'opera, un gruppo di lavoratori che assolva stabilmente una attività comune può corrispondere ad una "entità economica", oggetto di trasferimento ai sensi della direttiva. Pronunzia che conferma quanto già sostenuto nella sentenza Suzen<sup>13</sup>, alla cui stregua l'assenza di elementi patrimoniali non esclude la possibilità di configurare una cessione di azienda o di ramo;

c) più articolato resta al momento il panorama interpretativo della Corte di Cassazione. A un orientamento che postula come indispensabile, ai fini dell'applicazione dell'art. 2112 c.c. il trasferimento di elementi materiali dell'azienda<sup>14</sup> si contrappongono altre e più convincenti pronunzie<sup>15</sup>, secondo cui il d.lg. n. 276/2003 consente di «legittimare in maniera finalmente certa ed inequivocabile una nozione di trasferimento anche di soli lavoratori che, per essere stati addetti ad un ramo dell'impresa e per aver

<sup>12</sup> C. Giust. CE, 24 gennaio 2002, cit.

<sup>13</sup> C. Giust. CE, 11 marzo 1997, cit.

<sup>14</sup> Cfr. Cass., 25 ottobre 2002, n. 15105, *Notiziario giurispr. lav.*, 2002, n. 4, 778.

<sup>15</sup> Cfr. Cass., 23 luglio 2002, n. 10761, *Notiziario giurispr. lav.*, 2002, n. 4, 769 e Cass., 4 dicembre 2002, n. 17207, *ivi*, 2003, n. 1, 90.

acquisito un complesso di nozioni e di esperienza, siano capaci di svolgere autonomamente – e, quindi, pur senza il supporto di beni immobili, macchine, attrezzi di lavoro o di altri beni – le proprie funzioni anche presso il nuovo datore di lavoro».

Del resto, se dovesse prevalere l'orientamento che ancora l'art. 2112 c.c. alla materialità dei beni e degli strumenti oggetto di trasferimento ne rimarrebbe inspiegabilmente fuori la sempre più frequente cessione di rami di azienda sostanzialmente smaterializzati, caratterizzati cioè da minore centralità dell'apparato strumentale e dal maggiore rilievo delle idee, dell'informazione computerizzata, del momento organizzativo; senza che tale sottrazione risulti giustificata da finalità garantistiche o da sostanziali distinguo rispetto alla cessione di segmenti aziendali provvisti di elementi materiali.

In conclusione, al fine di delineare il ramo di azienda oggetto della disciplina dell'art. 2112 c.c., è decisiva l'*organizzazione* dei mezzi di produzione, più che il loro spessore o la loro pluralità, e tale organizzazione può anche integrare l'esercizio di un'attività imprenditoriale suscettibile di genuino e non strumentale trasferimento a terzi.

A fronte di tale conclusione resta, tuttavia, da sciogliere il dubbio se la irrilevanza della presenza di beni materiali nel ramo trasferito riguardi soltanto le attività che per loro natura non richiedono l'impiego di beni o strumenti materiali (attività di vigilanza, di pubbliche relazioni ecc.) o anche quelle che nell'organizzazione del cedente registrano la prevalente presenza di beni materiali, ma che in occasione del trasferimento vengono "smaterializzate". Si pensi, ad esempio, alla cessione dell'attività di gestione di un parco auto (lavaggio, fornitura carburante, pratiche amministrative e gestione sinistri ecc.) di una grande azienda, la quale conserva, però, la proprietà delle auto, sicché ciò che viene trasferito è solo l'"attività" gestionale (e non i beni sui quali questa si esercita), peraltro concettualmente e funzionalmente autonoma.

A mio avviso, anche alla luce della *ratio* garantistica dell'art. 2112 c.c. non v'è motivo per escludere dal campo di applicazione della norma fattispecie di tal fatta. Se lo scopo è quello di evitare che la cessione di singoli spezzoni aziendali "copra" la finalità fraudolenta di liberarsi di gruppi di lavoratori senza incorrere nelle complicazioni e nei costi del licenziamento collettivo, ciò cui occorre guardare è la genuinità, sotto il profilo industriale, dell'operazione traslativa e, quindi, la almeno potenziale autonomia funzionale o organizzativa del segmento ceduto e non la presenza in esso di beni o strutture, requisito di per sé non decisivo a fini garantistici.

Del resto, depone nel senso indicato anche l'omnicomprensivo riferimento a qualsivoglia "attività economica organizzata" senza distinguo alcuno, a differenza di quanto avviene nell'art. 29 d.lg. n. 276/2003, che, al fine di individuare l'appalto lecito, attribuisce rilievo al solo esercizio del potere organizzativo direttivo (e non alla utilizzazione di beni strumentali) «in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto»; come dire che la smaterializzazione del criterio utilizzato è nell'art. 29 limitata alle sole opere o servizi che non richiedono un apporto di mezzi materiali. *A contrario* può quindi desumersi che in tema di trasferimento di ramo la smaterializzazione del criterio discrezionale opera a tutto campo e senza alcun distinguo.

### **3.1.2.** *L'autonomia funzionale del ramo...*

Il d.lg. n. 18/2001 postula altresì – ai fini dell'applicabilità dell'art. 2112 – l'*autonomia funzionale* del ramo di azienda da cedere, cioè a dire la sua capacità di funzionare in modo autonomo rispetto alla restante parte dell'azienda, che resta nelle mani dell'originario titolare. Opzione, questa, confermata dall'art. 32 d.lg. n. 276/2003, fatta salva la diversa collocazione cronologica di tale autonomia funzionale (di cui si tratterà *infra*, in questo Cap.).

La norma richiede, quindi, una coesione funzionale e organizzativa dell'attività ceduta, ma non anche una autonomia gestionale o amministrativa, né una indipendenza economico-commerciale o un'assoluta autonomia del risultato produttivo. Ciò che rileva è che il segmento aziendale separato dall'originaria organizzazione aziendale sia in grado di funzionare autonomamente e di produrre beni o servizi.

Sul piano interpretativo la dichiarata "specificità" della definizione di azienda e di ramo aziendale contenuta nel d.lg. n. 18/2001 e recepita dall'art. 32 d.lg. n. 276/2003 («ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo si intende per trasferimento di azienda») induce a ricercare una nozione "lavoristica" della *autonomia funzionale*, meno tarata sui profili commercialistici e più attenta ai valori in gioco nei rapporti di lavoro.

Un tale piano inclinato suggerisce subito di disancorare il concetto di "autonomia funzionale" del ramo di azienda dalle suggestioni provenienti dalla nozione, anch'essa di stampo commercialistico, di "ciclo produttivo", peraltro già utilizzata dalla giurisprudenza e dalla dottrina in chiave applicativa dell'art. 3 l. n. 1369/1960. In altri termini, bisogna evitare la semplicistica conclusione secondo cui tutto ciò che inerisce al ciclo produttivo

tipico e originario di una impresa sia coeso e inscindibile, in guisa tale da non potersi individuare al suo interno una o più attività “funzionalmente autonome”. Un assunto, questo, che porterebbe alla conseguenza che ogni operazione di decentramento che “frammenti” il ciclo produttivo ovvero incida nel processo produttivo, quale storicamente delineato in una specifica realtà aziendale, non possa essere qualificata come trasferimento di ramo aziendale e realizzi soltanto una alienazione di singoli pezzi o beni aziendali sottratta al governo dell’art. 2112 c.c.

Una simile impostazione, influenzata dalla concezione del carattere quasi ontologico e comunque immutabile del ciclo produttivo, trascura che trattasi, viceversa, di nozione del tutto convenzionale, mutevole e aperta alle più diverse opzioni organizzative, come tale ampiamente suscettibile di operazioni di disaggregazione in segmenti “funzionalmente autonomi”. Basti al riguardo considerare – a conferma del carattere strutturalmente mutevole e a geometria variabile del concetto in esame – che mentre in tempi remoti il ciclo produttivo di una casa automobilistica era costituito dalla fabbricazione della quasi totalità dei componenti di una autovettura, oggi esso risulta circoscritto, per effetto dell’affidamento di molteplici produzioni a ditte specializzate, alla realizzazione di alcune parti soltanto dell’auto. Eppure nessuno ha mai pensato di sostenere che tale disaggregazione – peraltro affermata a livello di prassi organizzativa su scala mondiale – non risponda a genuine esigenze industriali e debba essere ostacolata perché in contrasto con l’inscindibilità del ciclo produttivo originario.

La “storicità” del ciclo produttivo di un’impresa impedisce, in definitiva, di teorizzare una sua inscindibilità e preclude la fuorviante utilizzazione di questo in chiave scriminante tra il trasferimento di ramo di azienda e l’alienazione di singoli beni o contratti *ex art.* 1406 c.c.

Sempre sul piano interpretativo – ma stavolta in chiave positiva – occorre tenere in debito conto il più volte cennato spostamento del “baricentro” normativo della nozione di ramo aziendale in una direzione – più lavoristica e meno commercialistica – di valorizzazione dell’elemento della *organizzazione del lavoro* (piuttosto che della consistenza dei beni implicati nel trasferimento), specie nei settori in cui i beni immateriali e il personale rappresentano la parte più significativa del complesso patrimoniale dell’impresa. A tale stregua elemento decisivo o almeno sintomatico per la ricognizione del “ramo d’azienda” oggetto di disciplina dell’art. 2112 c.c. potrebbe essere rinvenuto nell’esercizio dei poteri di direzione, conformazione e controllo delle prestazioni lavorative da parte dell’acquirente del ramo medesimo, senza sostanziali interferenze da parte del cedente.

### 3.1.3. ... *preesistente o contestuale al trasferimento.*

Il d.lg. 18/2001 richiedeva che l'autonomia funzionale del ramo fosse visibile non soltanto all'atto del trasferimento, ma anche in precedenza, nella organizzazione produttiva del cedente [«articolazione funzionalmente autonoma (...) preesistente come tale al trasferimento»].

L'art. 32 d.lg. n. 276/2003, pur confermando il connotato dell'autonomia funzionale del ramo da cedere, ne postula, invece, la sussistenza esclusivamente «al momento del trasferimento», eliminando così il requisito della preesistenza, e attribuisce maggior rilievo alle soggettive opzioni organizzative di coloro che pongono in essere la fattispecie traslativa («identificata come tale dal cedente e dal cessionario»).

Si tratta, a mio avviso, di una scelta condivisibile ed opportuna, dal momento che l'attributo della oggettiva preesistenza dell'autonomia funzionale rendeva il criterio selettivo impiegato dal legislatore di problematica applicazione e, tutto sommato, presentava scarsa potenzialità garantistica.

In proposito conviene ricordare che, sia pure con qualche voce dissenziente, la giurisprudenza<sup>16</sup> si era orientata a postulare non soltanto una autonomia *potenziale* del ramo da cedere (suscettibile di trovare, poi, concreta esplicazione presso l'acquirente), bensì una *piena* scindibilità funzionale del ramo già nella organizzazione del cedente prima del trasferimento.

Un simile orientamento, in qualche modo confortato dalla novella del 2001, aveva l'effetto di escludere dall'ambito applicativo dell'art. 2112 c.c. («degradandole» a mere cessioni di singoli beni e contratti) le vicende che interessano segmenti del ciclo produttivo per i quali non è agevole scorgere una *evidente e attuale* autonomia funzionale presso il cedente; una impostazione, questa, che oltretutto finiva per accollare alla magistratura una delicata e controvertibile indagine su profili organizzativi a loro volta fluidi e di non facile intellesione o trasposizione in categorie giuridiche («autonomia» *versus* «integrazione» funzionale).

Insomma, proprio il rigore dell'interpretazione prevalente ha finito per rendere imbarazzante e poco ragionevole l'applicazione del presupposto della «preesistenza» dell'autonomia funzionale.

Ciò soprattutto al cospetto di organizzazioni produttive caratterizzate da un alto tasso di interdipendenza funzionale tra i vari settori, rispetto alle quali la individuazione di una *compiuta* e preesistente autonomia funzionale di un segmento o di una produzione risulta quanto mai problematica.

<sup>16</sup> Cass., 25 ottobre 2002, n. 15105, cit.



Con la conseguenza che la cessione di attività sicuramente suscettibili di divenire oggetto di autonoma iniziativa imprenditoriale, legittimata dalla specializzazione e dalla capacità a collocarsi autonomamente sul mercato, rischia di restare al di fuori dell'ambito applicativo dell'art. 2112 c.c., sol perché tali attività, per i nessi logistici e funzionali che le collegano al processo produttivo del cedente, trovano difficoltà a rispettare il requisito della *preesistenza* della autonomia funzionale.

In fondo, mal si comprende perché un'attività – quale ad esempio lo spostamento mediante carrelli di pezzi e semilavorati all'interno di una fabbrica – che prima del trasferimento era strettamente integrata nell'organizzazione aziendale o addirittura nella catena di montaggio, ma che è suscettibile di essere autonomizzata sul piano della soggettività imprenditoriale, al di fuori di ogni disegno elusivo o fraudolento, non possa venire ceduta a terzi all'interno del paradigma dell'art. 2112 c.c.

Analoga difficoltà e incongruenza si registra nelle ipotesi in cui il trasferimento concerne attività eterogenee che, prima della cessione, non presentavano alcun nesso e che vengono accorpate, sino a rinvenire una propria inedita unitarietà ed autonomia solo nell'organizzazione del cessionario. Si pensi all'accorpamento trasversale, in occasione della cessione a terzi, di vari e distinti servizi generali di un'impresa (ad es.: pulizia, smistamento della posta, gestione fotocopiatrici oppure servizio paghe e servizio contenzioso del lavoro; servizio magazzino e movimentazione pezzi).

A rigore si potrebbe sostenere – in una con Cass., n. 15105/2002 – che anche in tale caso difetti l'autonomia funzionale originaria del servizio ceduto, presupposta dal d.lg. n. 18/2001, dal momento che le singole attività non erano, prima della cessione, organizzate dal cedente in guisa da perseguire una finalità unitaria o da presentare una coesione funzionale, che solo hanno raggiunto nelle mani del cessionario. Tuttavia, una diversa conclusione si lascia preferire almeno nei casi in cui non può dubitarsi della genuinità e delle obiettive finalità dell'operazione, la cui penalizzazione non risulterebbe neanche bilanciata da contrapposte preoccupazioni garantistiche.

Al cospetto delle indicate discrasie la soluzione proposta dal d.lg. n. 276/2003 non può che essere condivisa.

Invero, se l'obiettivo primario della disciplina era quello di evitare operazioni di smaltimento di eccedenze di personale (magari di personale sgradiato) mascherate da trasferimento di ramo aziendale, il ricorso alla «autonomia funzionale preesistente» del segmento trasferito – rilevante sul piano degli istituti del diritto commerciale – non pare idoneo e sufficiente, anche perché non pone di per sé al riparo da eventuali operazioni fraudo-

lente, realizzate attraverso una previa e surrettizia delimitazione del ramo da parte del cedente oppure attraverso una accorta e progressiva confluenza nel medesimo ramo del personale esuberante o sgradito.

Meglio allora superare – alla stregua del disposto dell’art. 32 d.lg. n. 276/2003 – un presupposto applicativo così ingombrante, di incerta applicazione e comunque non decisivo e, magari, spostare la chiave garantistica su una clausola generale antifraudolenza (sulla falsa riga dell’art. 1344 c.c.), capace di colpire qualsivoglia utilizzo indiretto dell’esternalizzazione finalizzata esclusivamente allo smagrimento dell’organico.

È appena il caso di puntualizzare che la soluzione normativa disegnata dall’ultimo Decreto delegato non comporta affatto, come pure è stato paventato, la soppressione dell’autonomia funzionale del ramo da cedere; consente, però, che tale presupposto applicativo venga identificato e costruito da cedente e cessionario e sia presente esclusivamente all’atto del trasferimento. Ciò significa che, ancorché “costruita”, la autonomia funzionale deve essere oggettiva e oggettivamente valutabile e non semplicemente dichiarata o ritenuta tale da cedente e cessionario.

### **3.2. *Il titolo del trasferimento.***

Per “titolo del trasferimento” si intende il mezzo attraverso il quale si realizza un trasferimento d’azienda o di ramo d’azienda.

Prima dell’intervento del 2001, una parte della dottrina riteneva che per configurare un trasferimento ai sensi dell’art. 2112 c.c. fosse necessario un «acquisto derivativo traslativo volontario»<sup>17</sup> ossia un atto negoziale diretto tra cedente e cessionario. Tale ricostruzione portava ad escludere la possibilità di individuare la fattispecie del trasferimento d’azienda nelle ipotesi di cessione coattiva, ovvero a seguito di provvedimento amministrativo o giudiziale.

Con l’espreso riferimento a «qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un’attività economica organizzata» e con l’ulteriore inciso «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», gli interventi legislativi, del 2001 prima e del 2003 poi, hanno allargato l’ambito di applicazione dell’art. 2112 c.c. a qualunque ipotesi di sostituzione nella ti-

<sup>17</sup> Cfr. LEPORE, *op. cit.*, 487.

tolarità dell'azienda, sia essa volontaria o coatta<sup>18</sup>. Il riferimento esplicito alla cessione contrattuale ed alla fusione, infatti, non va inteso come restrittivo della portata della norma, ma come meramente esemplificativo. Ne segue che sono suscettibili di realizzare un trasferimento d'azienda oltre alla cessione contrattuale anche la concessione in usufrutto o in affitto dell'azienda, per quanto concerne l'esercizio dell'impresa in forma individuale, la fusione e la scissione, per quanto concerne l'esercizio dell'impresa in forma societaria ed il provvedimento amministrativo, per quanto riguarda le cessioni a titolo coattivo.

Non configura invece trasferimento d'azienda l'ipotesi della trasformazione societaria, che si sostanzia in una mera modifica della veste formale dell'ente che svolge l'attività economica organizzata<sup>19</sup>.

#### 4. *I processi di esternalizzazione: l'art. 2112 c.c. come veste giuridica.*

L'organizzazione del sistema produttivo appare sempre più caratterizzata da forte e strutturale dinamismo, quando non anche da rivoluzioni epocali, specie sotto la spinta di incalzanti vettori di innovazione, quali la competizione internazionale, le nuove tecnologie, gli imperativi della flessibilità, della qualità ecc.

Alcune delle mutazioni in corso – dettate da oggettive convenienze organizzative, ma riguardanti anche le forme e la dislocazione del potere imprenditoriale – mettono in discussione importanti categorie concettuali e normative del diritto del lavoro, reclamando, così, una particolare attenzione da parte dei cultori di una materia sempre in bilico tra sensibilità nei confronti dei fenomeni di razionalizzazione produttiva e storiche diffidenze nei confronti dei processi di disarticolazione delle strutture imprenditoriali<sup>20</sup>. In particolare, occorre oggi fare i conti con un singolare processo di scomposizione dell'impresa medio-grande che si è ormai affermato su scala

<sup>18</sup> Si segnala che Cass., 29 agosto 2005, n. 17418, *Notiziario giurispr. lav.*, 2005, n. 6, 749 e Cass., 22 dicembre 2005, n. 28381, *CED*, includono nell'ambito di applicazione della disciplina sul trasferimento d'azienda anche l'ipotesi della successione ereditaria.

<sup>19</sup> Parimenti, la dottrina maggioritaria ritiene di escludere dalle ipotesi di trasferimento d'azienda la cessione del pacchetto azionario di controllo di una società. Cfr., per tutti, CIUCCIOVINO, *La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il d.lgs. 18/01*, in DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Napoli, 2002, 104.

<sup>20</sup> Cfr. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., 9 ss. e 25 ss.

mondiale, nell'ambito delle variegata e ormai note forme di decentramento produttivo, e che si caratterizza lungo almeno tre direttrici:

a) lo svolgimento in *due fasi*, distinte dal punto di vista logico-giuridico, ma coordinate dal punto di vista funzionale e temporale: nella prima («esternalizzazione») l'impresa cede ad un terzo un intero segmento aziendale – costituito da impianti, macchinari, *know how* e personale addetto –; nella seconda la medesima impresa, mediante un contratto di appalto o altro contratto commerciale<sup>21</sup>, riacquisisce dal cessionario-appaltatore il bene, il semilavorato o il servizio prodotti nel ramo ceduto, onde riaggregarli nel proprio complessivo processo produttivo.

Il modello evidenzia, dunque, la progressiva sostituzione della produzione interna con l'acquisto dall'esterno di beni o servizi realizzati da terzi con gestione a rischio, ma mediante utilizzazione dei medesimi fattori produttivi originariamente impiegati dall'impresa scorporante.

b) La tendenza della impresa a conservare al proprio interno soltanto alcune attività concernenti il *core business* aziendale, cioè il nucleo di competenze specifiche ed «eccellenti», e ad affidare ad altri sempre più numerosi segmenti produttivi, interessanti non soltanto fasi meramente ausiliarie o strumentali dell'attività principale, ma anche funzioni centrali e delicate, molto prossime al cuore del processo produttivo primario.

Viene così a configurarsi, almeno in via tendenziale, un sistema «a rete» o di specializzazione flessibile, ove imprese che riducono le proprie dimensioni entrano in un fitto gioco di relazioni contrattuali di carattere commerciale con soggetti (fornitori) terzi<sup>22</sup>, i quali, viceversa, tendono sovente ad integrarsi per fornire un insieme di servizi (si pensi al c.d. *global service*); e il processo si spinge talora sino a conferire alla grande impresa un ruolo non tanto di produzione diretta, ma di gestione del marchio, di ricerca e innovazione o addirittura di *general contractor*, cioè di mera coordinazione dei risultati produttivi di altre imprese subfornitrici; in una prospettiva che, scontate le ovvie differenze, ricorda quella del mercante capitalista che, nella prima fase dell'industrializzazione, collegava più imprese artigiane, ciascuna dotata di propria organizzazione e di propri dipendenti, e provvedeva a commercializzare il complessivo prodotto realizzato attraverso l'*outsourcing* di varie attività o funzioni.

<sup>21</sup> Può trattarsi di fornitura, vendita, somministrazione, subfornitura ex l. 18 giugno 1998, n. 192, *franchising*, concessione di vendita ecc.

<sup>22</sup> Così CORAZZA, *L'outsourcing negli Stati Uniti d'America. Spunti di comparazione alla luce dell'analisi economica del diritto*, in DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, cit., 183 ss.

Va ancora precisato – e il profilo appare particolarmente rilevante per le ricadute giuridiche – che non di rado le attività decentrate presentano un basso tasso di strutture materiali, esplicandosi la relativa funzione imprenditoriale soprattutto nell'utilizzo di beni immateriali o in momenti puramente organizzativi della forza lavoro.

c) La frequente permanenza della produzione affidata a terzi nel medesimo luogo nel quale era in precedenza allocata, cioè entro il perimetro aziendale della impresa committente, cosicché non soltanto restano tendenzialmente identici i fattori produttivi impiegati, ma essi – pur gestiti da un nuovo soggetto – non subiscono alcuna delocalizzazione o spostamento topografico. Un modello organizzativo che ho altrove definito come “esternalizzazione *intra moenia*”, suggestivo ossimoro che coniuga la tendenza al decentramento funzionale con l'opposta esigenza di contiguità spaziale.

In tali ipotesi pur avendo l'impresa optato per il *buy* piuttosto che per il *make*, l'attività dei terzi viene svolta entro lo stabilimento originario e comporta la presenza quotidiana entro la stessa unità produttiva di dipendenti di varie società, che compiono lavori complementari o, talora, coesenziali al processo produttivo o gestionale primario.

Così le operazioni di esternalizzazione a soggetti operanti fuori del contesto logico aziendale, come le scelte di «terziarizzazione interna» hanno all'inizio riguardato attività decisamente marginali rispetto al *core business* dell'impresa, quali la gestione della mensa aziendale, la manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti, la sorveglianza, le pulizie ecc. Poi, a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta, la tendenza ha investito funzioni di maggiore centralità, quali, ad esempio, la gestione dei sistemi informatici, le operazioni di amministrazione e controllo, la selezione e la formazione dei dipendenti, la gestione degli investimenti mobiliari e immobiliari; funzioni sempre più spesso affidate a società «specializzate», costituite *ad hoc* o già esistenti sul mercato, previo conferimento del relativo ramo di azienda e contestuale trasferimento degli addetti e dei macchinari o attrezzature.

Il salto di qualità verso una «terziarizzazione» di seconda generazione si è però avuto quando ne sono state investite attività non riguardanti la «periferia» del ciclo produttivo, bensì i suoi aspetti più intrinseci. Negli ultimi anni all'interno degli stabilimenti della FIAT, ad esempio, sono state affidate a svariate società, ciascuna «specialista» nello specifico settore, la fabbricazione delle parti in plastica delle autovetture (plance, paraurti ecc.), il servizio di trasporto di pezzi e semilavorati entro lo stabilimento, la manutenzione globale degli impianti, la gestione del magazzino ricambi etc. Tali operazioni – essenziali e tipiche del tradizionale processo produttivo di

una casa automobilistica – continuano ad essere svolte dal terzo *nell'identica postazione interna* allo stabilimento di origine, a monte e a valle di ulteriori lavorazioni gestite dalla casa madre, in assoluta contiguità spaziale e in stretta interdipendenza funzionale nonché previa cessione dei relativi impianti, attrezzature e del relativo personale.

E dimensioni ancora più vistose e capillari un tale processo assume nel settore delle imprese fornitrici di servizi: basti pensare agli scorpori e ai consequenziali appalti posti in essere di recente dalla società Ferrovie dello Stato.

Il risultato più evidente di tali operazioni è la compresenza nella stessa unità produttiva di un pluralità di strutture societarie e dei loro dipendenti, che tende ad accostare la morfologia dello stabilimento a quella di un aeroporto (tipicamente contenitore di una pluralità di imprese e di enti); con la frequente comparsa di una singolare policromia che vede accanto alle tute blu degli operai della società madre le tute di colore diverso dei dipendenti di ciascuna società «terza», i camici bianchi dei tecnici dell'informatica, le divise degli addetti alla sicurezza o dei gestori del *global service* ecc.

Rispetto al fenomeno appena illustrato, l'art. 2112 c.c. ha negli ultimi anni assunto un ruolo centrale, diventando il centro definitorio e propulsore degli attuali processi di esternalizzazione. Rivestendo un ruolo fondamentale in quell'«eterogenesi dei fini» dell'evoluzione normativa dell'art. 2112 c.c. (v. *supra*, in questo Cap., § 1), infatti, gli interventi del 2001 e del 2003 hanno reso sempre più fluidi i processi di esternalizzazione, attraverso la progressiva dilatazione del campo di applicazione della disciplina sul trasferimento d'azienda.

##### **5. Le garanzie per il lavoratore coinvolto nel trasferimento. In particolare, la solidarietà tra cedente e cessionario e la liberazione del cedente.**

L'attuale formulazione del 2° co. dell'art. 2112 c.c. stabilisce che «il cedente ed il cessionario sono obbligati, in solido, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento. Con le procedure di cui agli artt. 410 e 411 del codice di procedura civile il lavoratore può consentire la liberazione del cedente dalle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro».

Come anticipato (*supra*, in questo Cap., § 1), la norma è stata introdotta dalla l. n. 428/1990, che ha sostituito la precedente versione eliminando qualsiasi riferimento a criteri limitativi della responsabilità dell'acquirente. Il 2° co. dell'art. 2112 c.c. fa infatti espresso riferimento «a tutti i crediti del

lavoratore al tempo del trasferimento», anche se non derivanti dall'anzianità maturata presso il cedente ed a prescindere dalle risultanze delle scritture contabili. Con la procedura descritta dagli artt. 410 e 411 c.p.c. il lavoratore può liberare l'alienante dai crediti derivanti dal rapporto di lavoro, con la conseguenza che l'originario rapporto di credito, che vedeva coinvolti alienante ed acquirente, scompare e l'acquirente diviene l'unico soggetto passivo del rapporto obbligatorio con il lavoratore.

Il quadro normativo delineato dal capoverso dell'art. 2112 c.c. può essere analizzato secondo tre linee direttrici: lo scopo, l'ambito di operatività e la natura dei crediti rispetto ai quali è possibile derogare al regime di solidarietà.

Come è stato correttamente sostenuto<sup>23</sup>, il 2° co. dell'art. 2112 c.c. ha lo scopo di rafforzare la posizione creditoria del lavoratore attraverso l'aggiunta di un nuovo debitore in solido, a garanzia di un'obbligazione il cui soddisfacimento potrebbe diventare difficoltoso, in ragione dell'uscita di beni dal patrimonio del cedente per effetto della cessione del complesso aziendale.

Nel fare espresso riferimento a «tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento», il legislatore ha scelto di non limitare l'ambito di applicazione del regime di solidarietà tra cedente e cessionario a particolari categorie di credito, di modo che esso si estende a tutte le posizioni creditorie pendenti al tempo del trasferimento, a prescindere dalle risultanze delle scritture contabili e dalla circostanza che si tratti di obbligazioni che trovano fonte in rapporti di lavoro che siano proseguiti presso il cessionario o che, viceversa, siano cessati al momento del trasferimento.

Nel prevedere la possibilità per il lavoratore di liberare il cedente, la norma fa invece riferimento alle «obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro» e richiama le modalità previste dal successivo art. 2113 c.c., ossia la procedura descritta dagli artt. 410 e 411 c.p.c.

La differenza di espressione utilizzata dal legislatore per disciplinare l'estensione del regime di solidarietà («tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento») e l'ambito di applicazione della volontà individuale assistita («obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro») non è priva di conseguenze. È possibile sostenere, infatti, che il legislatore abbia inteso distinguere le obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro, connesse a diritti di natura c.d. "secondaria", come i diritti di carattere risarcitorio e

<sup>23</sup> Cfr. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da Schlesinger, Torino, 1993, 175 ss.

patrimoniale derivanti dalla lesione o dal mancato godimento di diritti primari, dalle obbligazioni che trovano fonte in una norma inderogabile, direttamente collegate a diritti di natura c.d. "primaria", come quelli relativi alla retribuzione, alle prestazioni previdenziali ecc. Tale distinzione intende chiarire che mentre il regime di solidarietà investe indifferentemente tutte le obbligazioni che riguardano il lavoratore al momento del trasferimento, l'ambito di operatività della volontà individuale assistita interessa invece soltanto quelle obbligazioni che derivano dal rapporto di lavoro e non anche quelle che trovano fonte in norme inderogabili.

**6. *Il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda alla luce delle innovazioni introdotte dal d.lg. n. 18/2001.***

La disciplina relativa alla conservazione dei diritti del lavoratore in ipotesi di trasferimento d'azienda, contenuta nell'art. 2112 c.c. al 1° 2° e 3° co., è stata modificata, in parte, dal d.lg. n. 18/2001 attuativo della direttiva comunitaria 98/50/CE (trasfusa poi nella direttiva 23/2001/CE), in direzione, secondo una condivisa opinione, di una maggiore tutela per i lavoratori trasferiti<sup>24</sup>. I segnali evidenti di questa tendenza sono, da un lato, un sicuro allargamento del raggio di azione delle norme di tutela individuale derivante dalla intervenuta definizione del concetto di azienda trasferita e di ramo d'azienda nonché dall'ampliamento della nozione di vicenda traslativa all'interno della quale rientrano ora anche i «provvedimenti»<sup>25</sup>; dall'altro. alcune ulteriori novità introdotte dal d.lg. n. 18/2001. Queste ultime consistono: nell'eliminazione delle limitazioni alla responsabilità solidale del cessionario per i crediti del lavoratore nei confronti del cedente; nella modifica apportata al 3° co. dell'art. 2112 c.c. in tema di successione di contratti collettivi laddove si prevede che la sostituzione tra contratto collettivo del cedente e contratto collettivo del cessionario si produce esclusivamente tra contratti del medesimo livello ed, inoltre, nella possibilità concessa al lavoratore trasferito, le cui condizioni subiscono una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento, di rassegnare le dimissioni con gli effetti di cui all'art. 2119, 1° co., c.c.

<sup>24</sup> V. in questo senso: MARESCA, *Le "novità" del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in G. SANTORO PASSARELLI e FOGLIA (a cura di), *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa*, Milano, 2002, 16 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, 2004, Torino, 55.

<sup>25</sup> V. sul punto CIUCCIOVINO, *op. cit.*, 99 ss.



Nel senso di un rafforzamento delle garanzie individuali è stato interpretato lo stesso mutamento della rubrica dell'art. 2112 c.c. che oggi intitola: «mantenimento dei diritti del lavoratore in caso di trasferimento d'azienda», quasi a voler attribuire centralità, nella complessiva architettura della norma, alla tematica della tutela dei lavoratori ceduti e ad orientare l'interprete nelle situazioni dubbie in cui occorre privilegiare, nel rispetto dei limiti e degli ambiti definiti dalla legge, alcuni interessi rispetto ad altri<sup>26</sup>.

Quanto detto non è in contraddizione con l'opinione espressa *supra*, in questo Cap., § 1 secondo cui la nuova formulazione dell'art. 2112 c.c. induce a parlare di una «eterogenesi dei fini», conseguente alla funzionalizzazione della nuova disciplina (in particolare di quella relativa alla cessione di ramo d'azienda), non più e non tanto alla tutela dei lavoratori quanto «all'interesse dell'imprenditore cedente di far transitare automaticamente i dipendenti addetti al ramo, senza rischiare le complicazioni e i costi di una procedura di licenziamento collettivo»<sup>27</sup>.

Ciò perché l'avvenuta parziale curvatura della disciplina in direzione della tutela dell'interesse datoriale al ridimensionamento aziendale attraverso la facilitazione dei processi di esternalizzazione, non implica affatto, di per sé, l'abbandono dell'obiettivo garantistico cui la norma è prioritariamente finalizzata, anche in conseguenza delle indicazioni contenute nelle direttive comunitarie (77/87/CEE, sostituita dalle direttive 98/50/CE ed, infine, 2001/23/CE).

### **6.1.** *I diritti che il lavoratore conserva dopo il trasferimento derivanti dal contratto individuale, della legge, dagli usi aziendali.*

In caso di trasferimento d'azienda il lavoratore conserva tutti i diritti che derivano dal rapporto di lavoro. Sul punto bisogna preliminarmente sgombrare il campo da un possibile equivoco che sarebbe quello di pensare

<sup>26</sup> V. MARESCA, *op. ult. cit.*, 16 s.; SALIMBENI, *Trasferimento d'azienda e conservazione dei diritti dei lavoratori*, in DE LUCA TAMAJO, RUSCIANO e L. ZOPPOLI (a cura di), *Mercato e lavoro, riforma e vincoli di sistema*, cit., 602 s.; di diverso avviso: CESTER, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, *Lavoro nella giur.*, 2001, 6, 505, secondo il quale: «Di qui ad utilizzare la nuova rubrica quale criterio interpretativo per risolvere i casi dubbi (...) il passo appare tuttavia ancora lungo, e non solo per le note ragioni relative all'efficacia (...) precettiva delle rubriche ma anche poiché l'articolazione della normativa e il suo collegamento con l'art. 47 l. n. 428/1990 delineano un ambito decisamente autosufficiente».

<sup>27</sup> V. già DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in *I processi di esternalizzazione, opportunità e vincoli giuridici*, cit., 21.

che i diritti cui allude il 1° co. dell'art. 2112 c.c. siano i diritti acquisiti dal lavoratore, nel senso tecnico dell'espressione. Se ciò fosse vero, la norma sarebbe superflua perché la garanzia per le situazioni giuridiche acquisite irreversibilmente al patrimonio del singolo trova altrove la sua fonte, mentre il 1° co. ha come oggetto i diritti nati dalla disciplina legale e/o contrattuale, ma non ancora entrati nella titolarità individuale<sup>28</sup>.

Il valore precettivo inderogabile del principio contenuto nel 1° co. dell'art. 2112 c.c. consiste nel divieto di qualsiasi operazione (unilaterale del cedente e/o bilaterale tra cedente e cessionario) volta a rendere più conveniente il passaggio dell'azienda attraverso una riduzione quantitativa del corredo di posizioni creditorie dei singoli lavoratori. Cosicché nessuna delle situazioni giuridiche *in fieri* (e a maggior ragione già maturate) dei dipendenti del cedente (da qualunque fonte esse provengano) potrà subire mutamenti deteriori per il solo fatto, o in occasione, del passaggio da un datore di lavoro ad un altro.

Ciò non significa affatto che le situazioni giuridiche attive dei lavoratori ceduti restino immuni dalle normali vicende modificative derivanti dal mutamento delle fonti di disciplina del rapporto di lavoro, in quanto il principio della conservazione non va confuso con l'"immodificabilità" dei diritti che non sussiste neanche nella fattispecie *de qua* se non, lo si è detto, in relazione alle situazioni già definitivamente acquisite dai lavoratori.

Si può così affermare che la formula, rimasta inalterata nel nuovo art. 2112 c.c., ed in base alla quale: «In caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano» – va considerata come sintesi riassuntiva di una serie di effetti differenziati che la vicenda traslativa determina in relazione alle diverse fonti da cui promanano le situazioni giuridiche attive dei lavoratori<sup>29</sup>. Essa va integrata con il 2° e 3° co. dell'art. 2112 c.c. nei quali si sancisce, da un lato, la responsabilità solidale del cedente e del cessionario per tutti i crediti che i lavoratori vantano al tempo del trasferimento, dall'altro, la conservazione della contrattazione collettiva del cedente salva la

<sup>28</sup> SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda*, *Quaderni dir. lav. e relaz. ind.*, 2004, 105; SALIMBENI, *op. cit.*, 600.

<sup>29</sup> Sul tema delle ripercussioni del trasferimento d'azienda sulla situazione giuridica dei lavoratori trasferiti v.: LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Torino, 1999, 27 ss.; ROMEL, *op. cit.*, 141 ss.; LIEBMAN, *Trasferimento d'azienda, continuità del rapporto di lavoro e trattamento applicabile ai lavoratori*, *Dir. relaz. ind.*, 1992, 27 ss.; FOGLIA, *Trasferimento d'azienda ed effetti sul rapporto di lavoro*, *Mass. giur. lav.*, 1991, 330 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 55 ss.; SCARPELLI, *op. cit.*, 105 ss.

sostituzione della stessa ad opera del diverso contratto collettivo applicabile dal cessionario (purché di medesimo livello).

Una triplice previsione lungo la quale si dispiega la sorte delle posizioni attive dei lavoratori trasferiti, ma che, nel complesso, non sembra dettare garanzie speciali in favore dei lavoratori medesimi se non quelle che si ricavano: *a)* dalla responsabilità solidale tra cedente e cessionario per i diritti già maturati; *b)* dalla, sia pur limitata, ultrattività del contratto collettivo applicato dal cedente.

La formulazione del 1° co. dell'art. 2112 – così come novellato dall'art. 47 l. n. 428/1990 – consente di affermare che il lavoratore conserva la totalità dei diritti derivanti dal rapporto di lavoro esistente, siano essi provenienti dalla legge, dal contratto collettivo o dal contratto individuale.

In tale contesto ricostruttivo, va subito precisato che sono conservati, innanzitutto, i diritti derivanti dal contratto individuale (come ad esempio la previsione di superminimi pattuiti *intuitu personae*). In questo modo, ed in virtù della continuità *ope legis* del rapporto, il lavoratore potrà continuare a vantare, per il futuro, nei confronti dell'acquirente, tutti quei diritti che traggono origine dal contratto individuale stipulato con l'alienante e che hanno modellato il suo rapporto di lavoro.

A tal proposito appare molto significativa la variazione apportata al 1° co. dell'art. 2112 dall'art. 47, in virtù della quale ora si prevede la continuazione del rapporto e non già del contratto di lavoro.

Questa nuova formulazione induce a ritenere senz'altro trasferibile la situazione giuridica complessiva, che non comprende soltanto la pattuizione intervenuta tra lavoratore e datore di lavoro originario, ma anche tutti i trattamenti goduti dal lavoratore stesso in virtù delle diverse fonti di disciplina che regolano il rapporto. Sicché se è vero che i diritti correlati al contratto individuale sono trasferiti per la sola e semplice circostanza del trasferimento del contratto, le altre posizioni giuridiche derivanti dalle fonti ulteriori si conservano in virtù di una precisa volontà del legislatore.

Allora dovranno essere mantenuti tutti i diritti derivanti dalla legge, tra i quali possono essere collocati anche quelli non strettamente inerenti alla relazione sinallagmatica, ma pur tuttavia pertinenti alla conformazione del rapporto (ad es.: diritti personali o sindacali)<sup>30</sup>. Oltre a questi diritti vanno annoverati anche quelli spettanti al lavoratore per effetto di un costante comportamento concludente adottato dall'imprenditore nei suoi confronti e come tali entrati a far parte del regolamento contrattuale individuale.

<sup>30</sup> V. CARABELLI, *Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nel trasferimento d'azienda: la dimensione sindacale*, Riv. it. dir. lav., 1995, 54.

In relazione a questi comportamenti, qualificati come prassi o usi aziendali, non si rinviene in giurisprudenza un orientamento univoco e costante; pur tuttavia, nella molteplicità delle interpretazioni accolte, sembra potersi rinvenire una alternativa tra valenza individuale e valenza collettiva dell'uso aziendale. Nel senso che ove i trattamenti siano corrisposti a lavoratori determinati, essi saranno ascrivibili al contratto individuale e per ciò stesso dovranno essere conservati anche dopo il trasferimento a nulla valendo l'eventuale sostituzione del contratto collettivo del cedente con quello del cessionario. Ove, invece, la prestazione unilaterale e favorevole del datore di lavoro sia effettuata nei confronti di una determinata categoria di lavoratori e con modalità tali da determinarne l'automatica applicazione nei confronti di tutti coloro che in futuro possano trovarsi in situazione analoga, allora la prassi aziendale sarà ascrivibile al profilo collettivo dell'azione datoriale e, pertanto, modificabile ad opera di una disciplina collettiva successiva, quindi anche di quella applicabile all'impresa del cessionario<sup>31</sup>.

## 6.2. *I diritti derivanti dal contratto collettivo.*

In aggiunta ai diritti di cui sopra, ai quali è garantita sopravvivenza anche oltre il trasferimento, si conservano i diritti derivanti dal contratto collettivo rappresentando lo stesso la principale fonte di regolamentazione del rapporto di lavoro. Sul punto l'art. 2112, 3° co., c.c. dispone che: «Il cessionario è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti alla data del trasferimento».

Una conferma, pertanto, di quanto sancito nel 1° co. dello stesso articolo che garantisce la conservazione di tutti i diritti derivanti dal rapporto di lavoro – e quindi anche di quelli di origine collettiva – attraverso un fenomeno di «imputazione» ad un soggetto diverso del regolamento negoziale in atto al momento del trapasso del complesso aziendale. Tale regolamento permane inalterato nel suo contenuto e siccome alla sua formazione concorrono tanto il contratto individuale quanto il contratto collettivo, cui il primo si conforma in senso dinamico, a quest'ultimo sarebbe

<sup>31</sup> Sul mantenimento degli usi aziendali in caso di trasferimento dell'azienda v. G. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 56 ss. Sulla generale problematica dell'efficacia degli usi aziendali, v. per tutti, SPAGNUOLO VIGORITA, *Usi aziendali*, Napoli, 1965 e ID., *Usi aziendali e diritto del lavoro*, *Mass. giur. lav.*, 1988, 684 ss.

attribuita quella ultrattività che gli consente di spiegare efficacia nei confronti di un soggetto non vincolato quale il cessionario<sup>32</sup>.

A differenza, però, di quanto si verifica con l'obbligo di applicare i diritti derivanti dal contratto individuale, l'obbligo di dare applicazione ai prevalenti contratti collettivi è soggetto ad un limite temporale preciso da individuarsi nella data di scadenza dei contratti collettivi medesimi e salvo che, come si esprime con espressione alquanto sibillina il legislatore, essi non siano sostituiti «da altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario. L'effetto di sostituzione si produce esclusivamente fra contratti collettivi del medesimo livello». Sia che quest'ultima espressione si riferisca ai contratti collettivi già applicati dal cessionario, sia che si riferisca alla disciplina collettiva destinata a succedere a quella attuale a seguito di rinnovo contrattuale, sia che, invece, abbia riguardo alla diversa ipotesi dell'accordo collettivo «di ingresso» teso cioè ad armonizzare il passaggio da una fonte collettiva all'altra<sup>33</sup>, è fuor di dubbio che con la stessa si sia inteso affidarsi al normale meccanismo della successione nel tempo delle discipline collettive con tutto ciò che ne consegue in termini di conservazione o caducazione dei diritti dalle stesse previsti.

Si vuole con ciò dire che, a prescindere dall'individuazione del contratto collettivo destinato a succedere a quello applicabile al cedente (sulla quale problematica si tornerà nel prosieguo) si può sicuramente ritenere che il legislatore abbia inteso affidare i diritti dei lavoratori trasferiti derivanti dal contratto collettivo alle normali vicende modificative che nascono dall'avvicendamento delle discipline collettive con ciò, apparentemente contraddicendo il principio di continuità affermato nel 1° co. dell'art. 2112 c.c. Se, infatti, sul piano individuale il suddetto principio trova piena applicazione, sul piano collettivo lo stesso si applica soltanto «fino alla scadenza dei contratti collettivi applicati e salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa dell'acquirente». Dal rapporto tra i due piani

<sup>32</sup> V. ROMEI, *op. cit.*, 194, secondo il quale il fenomeno successorio non basta a spiegare l'applicabilità all'acquirente del contratto collettivo applicabile all'alienante, perché è il rapporto individuale che continua con l'acquirente ed è in quest'ultimo che l'acquirente succede. Quindi, a meno di non voler condividere la teoria dell'incorporazione delle clausole del contratto collettivo nel contratto individuale, «dovrà concludersi che la permanenza, a trasferimento avvenuto, della precedente disciplina collettiva, non può che essere frutto di una espressa disposizione di legge cui va riconosciuta una portata largamente innovativa».

<sup>33</sup> Sulla problematica relativa alla disciplina collettiva applicabile in tema di trasferimento d'azienda, v.: ROMEI, *op. cit.*, 189 ss.; CARABELLI, *op. cit.*, 57 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 71 ss.; MAGNO, *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda, Dir. lavoro*, 1991, I, 147 ss.; LUNARDON, *Avvicendamento delle discipline collettive e continuità del rapporto di lavoro, Mass. giur. lav.*, 1999, 1142 ss.; LAMBERTUCCI, *op. cit.*, 47 ss.; SCARPELLI, *op. cit.*, 106 ss.

emerge un'asimmetria tra il modo di operare del principio sul fronte individuale e su quello collettivo che va spiegato in base alla impossibilità di cristallizzare nel contratto individuale, nel quale succede l'acquirente, le previsioni del contratto collettivo. Tale cristallizzazione si può ammettere e spiegare per i trattamenti di origine legale ed individuale, non per quelli di origine collettiva<sup>34</sup>.

Di tal ch  non di contraddizione si tratta, ma di esplicazione del principio della continuit  nel rispetto delle competenze e degli ambiti delle fonti normative. La conservazione dei diritti del lavoratore implica che la previsione normativa di essi da qualunque fonte provenga, non subisce modifiche per effetto del trasferimento, ma ne pu  subire per effetto della successione temporale delle fonti normative (legge e contratto collettivo).

Se, allora, per i diritti di origine contrattuale gi  entrati nel patrimonio giuridico del lavoratore non vi sar  spazio per alcuna modifica o rinegoziazione, i diritti previsti ma non ancora acquisiti individualmente seguiranno la sorte ad essi riservata dalla nuova normativa collettiva applicabile all'impresa del nuovo datore di lavoro e che, in ipotesi, potrebbe essere anche peggiorativa della precedente.

*7. Il problema della sostituzione del contratto collettivo del cedente ad opera del contratto collettivo applicabile all'impresa del cessionario.*

L'art. 2112, 3<sup>o</sup> co., c.c. dispone che «il cessionario   tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed 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». La direttiva 77/187/CEE, ora 2001/23/CE, all'art. 3, § 3, stabilisce che il cessionario «mantiene le condizioni di lavoro convenute mediante contratto collettivo nei termini previsti da quest'ultimo per il 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» Questi sono i dati nor-

<sup>34</sup> Sul punto Cass., 8 settembre 1999, n. 9545, *Mass. giur. lav.*, 1999, 1147, con nota di LUNARDON, *Avvicendamento delle discipline collettive e continuit  del rapporto di lavoro*, secondo la quale la cristallizzazione delle clausole del contratto collettivo applicabile all'alienante provocherebbe l'assurda conseguenza di porre sull'acquirente l'onere di applicare contemporaneamente due contratti collettivi, uno solo dei quali insuscettibile di una rinegoziazione *in pejus*.

mativi alla base di una accesa disputa dottrinale nella quale si contendono il campo due differenti posizioni già da epoca antecedente alla riforma del 2001.

Secondo un primo orientamento il contratto collettivo del cedente può essere sostituito prima della scadenza soltanto mediante l'intervento di un contratto collettivo stipulato *ad hoc* (c.d. contratto collettivo d'ingresso) efficace nei confronti del cessionario e dei lavoratori ceduti, e che potrà essere sottoscritto anche in sede di procedura *ex art.* 47 l. n. 428/1990<sup>35</sup>.

L'altro orientamento sostiene, invece, l'automatica sostituzione del contratto collettivo del cedente con quello del cessionario tutte le volte in cui quest'ultimo applichi già, al momento del trasferimento, un diverso contratto collettivo<sup>36</sup>.

I sostenitori di quest'ultima tesi hanno dalla loro parte l'unica pronuncia sul tema della Corte di Cassazione<sup>37</sup> secondo la quale soltanto nel caso in cui l'azienda acquirente non applichi alcun contratto collettivo ai lavoratori trasferiti continuerà ad applicarsi il contratto collettivo del cedente, mentre nell'ipotesi in cui il cessionario segua una propria contrattazione collettiva quest'ultima sostituirà immediatamente quella del cedente.

La riforma apportata dal d.lg. n. 18/2001 è apparsa confermare, secondo quest'ultimo indirizzo, l'applicabilità immediata ed automatica ai lavoratori ceduti del contratto collettivo vigente nell'impresa del cessionario, laddove prevede ora che l'effetto sostitutivo si produce esclusivamente tra contratti del medesimo livello, quindi non soltanto di livello aziendale che è l'unico nell'ambito del quale può intervenire il contratto d'ingresso<sup>38</sup>.

In realtà, la questione appare, ad avviso di chi scrive, non così facilmente risolvibile per un duplice ordine di considerazioni che attengono, da un lato, al necessario coordinamento dell'art. 2112, 3° co., c.c., con la norma contenuta nella direttiva comunitaria all'art. 3 (direttiva 2001/23/CE); dall'altro, al profilo dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi nel nostro ordinamento e della successione degli stessi.

<sup>35</sup> Sostengono questa interpretazione: LIEBMAN, *op. cit.*, 34 ss.; ROMEI, *op. cit.*; G. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 73 ss.; FOGLIA, *op. cit.*, 333 ss.; CASTELVETRI, *Trattamenti normativi e contratti collettivi applicabili nel trasferimento d'azienda*, *Riv. giur. lavoro*, 2000, II, 345 ss.

<sup>36</sup> A favore di questa tesi: MARESCA, *La salvaguardia dei diritti dei lavoratori trasferiti*, *Lavoro e inf.*, 1991, n. 13, 19; TOSI, *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1991, 792 ss.; LAMBERTUCCI, *op. cit.*, 47 ss.; CIUCCIOVINO, *op. cit.*, 110; LUCIANI, *Contratto collettivo e controllo sindacale nel trasferimento d'azienda*, in RUSCIANO, ZOLI e L. ZOPPOLI (a cura di), *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Napoli, 2006, 450 ss.

<sup>37</sup> Cass., 8 settembre 1999, n. 9545, *Mass. giur. lav.*, 1999, 1147; a questa sentenza si è aggiunta la recentissima Id., 4 febbraio 2008, n. 2609, inedita a quanto consta.

<sup>38</sup> V. LUCIANI, *op. cit.*, 450.

Quanto al rapporto tra norma contenuta nell'art. 2112, 3° co., c.c., e direttiva 2003/21/CE, art. 3, § 3, non vi è dubbio che il legislatore italiano abbia disatteso l'obbligo, imposto da quest'ultima disposizione, di garantire, per almeno un anno, le condizioni di lavoro convenute nel contratto collettivo del cedente, laddove l'evidente preoccupazione del legislatore comunitario era quella di garantire la continuità dei trattamenti collettivi e della rappresentanza per i lavoratori ceduti. Ciò nondimeno, pur non potendosi invocare l'applicazione della direttiva nei rapporti interpretati, si impone una interpretazione della norma interna che sia la più conforme possibile alle finalità della direttiva e quindi che escluda la possibilità di una sostituzione immediata del contratto collettivo del cedente ad opera di quello del cessionario<sup>39</sup>.

Ne consegue che la corretta interpretazione dell'art. 2112, 3° co., c.c., appare quella in base alla quale i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi, nazionali, territoriali ed aziendali applicati dal cedente vadano tenuti fermi fino alla scadenza dei contratti stessi, a meno che questi non siano sostituiti da altri contratti collettivi «applicabili all'impresa del cessionario».

Il termine “applicabili” adoperato dal nostro legislatore, e qui si passa al profilo relativo alle dinamiche della contrattazione collettiva e dell'efficacia soggettiva della stessa, dovrebbe essere interpretato come riferibile non ai contratti già esistenti nell'impresa del cessionario, ma a contratti negoziati *ad hoc*, per ottenere un'armonizzazione tra le discipline collettive del cedente e del cessionario, o ai successivi contratti stipulati tra il cessionario e le rappresentanze dei lavoratori che, in questa ipotesi, comprenderanno anche i lavoratori ceduti, oppure, se riferite ai contratti già esistenti, nel senso di richiedere per l'applicazione degli stessi l'adesione esplicita dei lavoratori ceduti.

Soltanto questa adesione potrà rendere, infatti, applicabile, il vigente contratto collettivo del cessionario prima della scadenza del contratto collettivo del cedente cui, invece, il lavoratore ceduto è sottoposto per avervi aderito e per essersi il contratto individuale che lo riguarda conformato ad esso.

Dopo la scadenza del contratto collettivo del cedente o, prima della scadenza, nei termini cui si è fatto cenno innanzi, potrà una nuova negoziazione modificare totalmente i trattamenti economici e normativi previsti dal contratto del cedente, purché, l'effetto di sostituzione avvenga tra contratti collettivi del medesimo livello.

<sup>39</sup> In questo senso G. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 73; SCARPELLI, *op. cit.*, 108 ss.



Secondo alcuni autori tale aggiunta implicherebbe l'accoglimento da parte del nostro legislatore della tesi della sostituzione immediata ed automatica della disciplina collettiva del cedente<sup>40</sup>, ma non sembra che la novità sia decisiva ai fini dell'interpretazione della norma precedente avendo il più limitato effetto di scongiurare il rischio della sostituzione di un contratto collettivo nazionale ad opera di una contrattazione aziendale, o viceversa, e di garantire al lavoratore il doppio livello di contrattazione (nazionale e aziendale)<sup>41</sup>.

#### 8. *Gli obblighi procedurali previsti dall'art. 47 l. n. 428/1990.*

La procedura disciplinata nell'art. 47, 1°, 2°, 3° e 4° co., l. n. 428/1990 rientra a pieno titolo nel modello regolativo denominato proceduralizzazione dei poteri datoriali, attraverso il quale il legislatore condiziona poteri riconosciuti al datore di lavoro, e il cui esercizio è in grado di ripercuotersi negativamente nella sfera giuridica dei lavoratori dipendenti, sottoponendoli ad un preventivo controllo del sindacato cui vengono riconosciuti specifici diritti di informazione, consultazione ed esame congiunto nonché la possibilità di concludere accordi che regolino l'esercizio del potere datoriale.

Tale tecnica è stata adottata dal nostro legislatore, in particolare, nella disciplina di istituti connessi a fenomeni di crisi aziendale quali la c.i.g.s. o i licenziamenti collettivi, nel tentativo di ottenere la mediazione sindacale sul difficile terreno della distribuzione dei sacrifici inevitabilmente richiesti ai lavoratori, mediazione che si aggiunge a quella tradizionalmente praticata dal soggetto sindacale aziendale tra interesse dell'imprenditore e interessi contrastanti della forza lavoro occupata in azienda.

Sul fronte del trasferimento d'azienda, il passaggio dei dipendenti dal cedente ad un nuovo datore di lavoro, in un nuovo contesto economico ed organizzativo, può implicare un peggioramento futuro delle condizioni lavorative e/o minori prospettive di durata dell'occupazione.

L'informazione e la consultazione preventiva sui motivi del trasferimento, sulle conseguenze dello stesso per i lavoratori e sulle eventuali misure previste nei confronti di questi ultimi, assolvono allora alla funzione di offrire al sindacato gli strumenti per condizionare le prerogative datoriali in relazione ad eventuali provvedimenti da assumere nei confronti dei la-

<sup>40</sup> CESTER, *op. cit.*, 503 ss.; CIUCCIOVINO, *op. cit.*, 110 s.; LUCIANI, *op. cit.*, 450 ss.

<sup>41</sup> In questo senso G. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 73 s.

voratori da trasferire, e/o per pervenire ad accordi di “armonizzazione” dei trattamenti contrattuali nel momento del passaggio al nuovo datore di lavoro.

Su questo piano si gioca, quindi, la tutela dei lavoratori sul versante collettivo che si aggiunge alle tutele individuali contenute nell’art. 2112 c.c.

Anche la dimensione collettiva della tutela è oggetto della disciplina comunitaria, a seguito della quale, peraltro, dopo un lungo periodo di inottemperanza, è stato introdotto nel nostro ordinamento l’art. 47 l. n. 428/1990, modificato poi dal d.lg. n. 18/2001.

### **8.1. I soggetti.**

In base all’art. 47, 1° co., qualora si intenda effettuare «un trasferimento d’azienda in cui sono complessivamente occupati più di quindici lavoratori, anche nel caso in cui il trasferimento riguardi una parte d’azienda ai sensi del medesimo articolo 2112, il cedente e il cessionario devono darne comunicazione per iscritto almeno venticinque giorni prima che sia perfezionato l’atto da cui deriva il trasferimento o che sia raggiunta un’intesa vincolante tra le parti, se precedente, alle rispettive rappresentanze sindacali unitarie, ovvero alle rappresentanze sindacali aziendali costituite, a norma dell’art. 19 della legge 20 maggio 1970 n. 300, nelle unità produttive interessate, nonché ai sindacati di categoria che hanno stipulato il contratto collettivo applicato nelle imprese interessate al trasferimento». Il 1° co. continua disponendo che in mancanza delle predette rappresentanze sindacali la comunicazione va effettuata nei confronti dei sindacati di categoria comparativamente più rappresentativi.

I soggetti, attivi e passivi, implicati sono cedente, cessionario e rappresentanze sindacali unitarie, ove queste abbiano sostituito le r.s.a., più le associazioni di categoria che hanno stipulato il contratto collettivo applicato nelle imprese. Ciò a seguito della modifica operata dal d.lg. n. 18/2001, che ha anche sostituito alle associazioni di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative, da informare in via residuale, i sindacati di categoria comparativamente più rappresentativi in questo modo adeguando la norma in questione al nuovo modello di rappresentanza sindacale affermatosi negli anni Novanta<sup>42</sup>.

<sup>42</sup> V. sul punto: *ivi*, 41 ss.; LAMBERTUCCI, *Le procedure sindacali nel trasferimento d’azienda*, in G. SANTORO PASSARELLI e FOGLIA (a cura di), *La nuova disciplina del trasferimento d’impresa*, cit., 93 ss.

Importante notare come destinatarie della comunicazione, oltre le r.s.u. e/o le r.s.a., sono ora soltanto le associazioni di categoria che hanno stipulato il contratto collettivo applicato nelle imprese, volendosi in tal modo sancire il legame esistente tra sindacati aziendali e sindacati di categoria che, ovviamente, devono aver stipulato il contratto collettivo per poter costituire rappresentanze nei luoghi di lavoro<sup>43</sup>.

### **8.2.** *Il termine entro cui va adempiuto l'obbligo informativo.*

Viene chiarito, nella nuova formulazione del 1° co., che la soglia numerica dei 15 dipendenti, perché scatti in capo al cedente l'obbligo di informare il sindacato, riguarda l'azienda complessivamente considerata anche se il ramo eventualmente ceduto non raggiunge il suddetto livello occupazionale. Inoltre, riguardo al *dies a quo* dal quale far decorrere retroattivamente il termine dei 25 giorni per l'assolvimento dell'obbligo informativo, il d.lg. n. 18/2001, colmando la lacuna della precedente formulazione, lo fissa in quello del perfezionamento dell'atto da cui deriva il trasferimento o in cui sia raggiunta un'intesa vincolante tra le parti. Ciò in coerenza con le indicazioni provenienti dalla direttiva comunitaria n. 23/2001 che, all'art. 7, richiede che la comunicazione sia effettuata «in tempo utile prima dell'attuazione del trasferimento», e prima che i lavoratori del cessionario «siano direttamente lesi dal trasferimento nelle loro condizioni di impiego e di lavoro».

Se scopo dell'informativa al sindacato è di far conoscere a quest'ultimo le ricadute sul personale del programmato trasferimento, appare difficile che tali ricadute siano già individuabili venticinque giorni prima di un'intesa vincolante, che non sia già il contratto di cessione, ma, ad esempio, un contratto preliminare, prodromico ad una futura cessione<sup>44</sup>.

Ciò è ancor più evidente nelle cessioni che avvengono tramite fusione e/o scissione (artt. 2504, 2504 *bis*, 2506 e 2506 *quater* c.c.), laddove l'intesa vincolante che precede l'atto di fusione/scissione potrebbe essere la delibera *ex art. 2502 bis*, che di certo non prevede alcun effetto sul personale. L'evidente frustrazione del ruolo assegnato al sindacato in ipotesi di informazione, e successiva consultazione, in una fase in cui non possono preve-

<sup>43</sup> Sulle problematiche scaturenti dalla nuova formulazione del 1° co. art. 47 l. n. 428/1990 v. CESTER, *op. cit.*, 513 ss., SCARPELLI, *Nuova disciplina del trasferimento d'azienda, Dir. e prat. lav.*, 2001, n. 12, 785 ss.

<sup>44</sup> In questo senso v. LAMBERTUCCI, *op. ult. cit.*, 91.

dersi ancora i risultati lavoristici della programmata operazione, indurrebbe secondo alcuni a ritenere che il *dies a quo* debba considerarsi quello dell'atto definitivo di cessione<sup>45</sup> in modo da rendere utile l'eventuale trattativa con il sindacato mettendo quest'ultimo in grado di valutare i reali effetti sui lavoratori dell'operazione e delle modalità con cui la stessa è stata programmata.

### 8.3. *Contenuti dell'informazione.*

Passando al contenuto delle informazioni da rendere alle oo.ss., si osserva che la previsione legislativa ricalca l'elencazione contenuta nell'art. 1, § 1, 1° co., della direttiva 2001/23/CE, comprendendo, quindi, la data o data proposta del trasferimento, i motivi dello stesso nonché le conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori e le misure previste nei confronti di questi ultimi.

I motivi del trasferimento rilevano ai fini di una trasparente e veritiera informazione, ma non ai fini di una sindacabilità della decisione di trasferire l'azienda, la quale ultima rientra nella libertà di iniziativa economica dell'imprenditore ai sensi dell'art. 41 Cost.<sup>46</sup>.

Le conseguenze giuridiche, economiche e sociali sui lavoratori sono sia quelle che intervengono sul piano del rapporto individuale di lavoro sia quelle relative alla disciplina collettiva applicabile, così come le misure previste nei confronti dei lavoratori attengono ad entrambi i piani.

Quanto a quest'ultimo profilo dell'obbligo informativo, bisogna rilevare che le eventuali misure previste nei confronti dei lavoratori possono essere oggetto del successivo esame congiunto ed anche di un eventuale accordo concluso ai sensi dell'art. 47, 2° co., l. n. 428/1990. Accordo nel quale possono essere inserite previsioni anche peggiorative per i lavoratori sul piano delle tutele individuali, ad esempio in materia di orario di lavoro, o riguardanti l'adozione di licenziamenti collettivi, o relative al passaggio graduale dalla disciplina collettiva del cedente a quella del cessionario<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> *Ivi*, 92.

<sup>46</sup> V. ROMEI, *op. cit.*, 116 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 42 ss.

<sup>47</sup> V. sul punto MARESCA, *Gli obblighi di informazione e consultazione nel trasferimento d'azienda*, *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 1992, 15 ss.

#### 8.4. *Inadempimento.*

Posti gli obblighi di informazione e di esame congiunto, previsti anche qualora la decisione relativa al trasferimento sia stata assunta in altra impresa controllante (art. 47, 4° co.), il legislatore sancisce che il mancato rispetto degli stessi costituisce condotta antisindacale ai sensi dell'art. 28 l. 300/1970.

Ci si è posti al riguardo un duplice ordine di problemi: il primo, riguardante gli effetti del provvedimento del giudice che accerti la sussistenza della condotta antisindacale nel trasferimento d'azienda; il secondo, attinente all'esistenza di posizioni di diritto dei singoli lavoratori relativamente agli obblighi informativi e alla conseguente legittimazione a far valere in giudizio l'inosservanza degli stessi.

Quanto al primo aspetto, la dottrina prevalente, e la giurisprudenza della Corte di Cassazione, escludono che le violazioni dell'art. 47 possano incidere sulla validità del negozio traslativo, non costituendone presupposto di legittimità<sup>48</sup>, potendo, semmai, essere interessati dal mancato adempimento degli obblighi imposti dalla legge i provvedimenti adottati dal cedente e dal cessionario in conseguenza del trasferimento<sup>49</sup> o ipotizzarsi un'inefficacia temporanea del negozio di cessione, finché le procedure non saranno compiutamente esperite dalle parti<sup>50</sup>.

In relazione al secondo aspetto, relativo alla legittimazione attiva dei singoli a far valere i vizi procedurali *ex art.* 47 l. n. 428/1990 al fine di caducare il negozio traslativo, l'interpretazione prevalente della norma e il raffronto con altre normative analoghe conducono ad escluderla.

Tale conclusione deriva innanzitutto dall'inconfigurabilità della procedura quale requisito di validità del negozio traslativo dell'azienda, negozio da cui deriva automaticamente la cessione dei rapporti di lavoro. Si è visto che la maggior parte della dottrina e la giurisprudenza prevalente della Corte di Cassazione considerano la procedura prevista dalla legge estranea alle scelte imprenditoriali sottese al trasferimento ed ininfluyente in ordine

<sup>48</sup> V. Cass., 4 gennaio 2000, n. 23, *Foro it.*, 2001, I, c. 1260; Id., 22 agosto 2005, n. 17072, *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 592; in dottrina: LAMBERTUCCI, *op. ult. cit.*, 51, sia consentito rinviare anche a SALIMBENI, *op. cit.*, 592 ss.

<sup>49</sup> In questo senso Cass., 4 gennaio 2003, n. 23, *cit.*; in dottrina: ROMEI, *op. cit.*, 138 s.; MARESCA, *Fruibilità della tutela sindacale nel trasferimento d'azienda*, *Mass. giur. lav.*, 2000, 6, 790 ss.

<sup>50</sup> In questo senso: G. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 51; PELAGGI, *Le procedure sindacali per il trasferimento d'azienda, a cinque anni dall'entrata in vigore dell'art. 47, l. 29 dicembre 1990, n. 428*, *Mass. giur. lav.*, 1995, 789.

alle stesse. Da ciò l'irrelevanza, anche per il singolo, dei vizi procedurali al fine di un annullamento dell'atto di cessione e del connesso cambiamento di titolarità del rapporto di lavoro dal lato datoriale<sup>51</sup>.

Da un punto di vista sistematico, si deve rilevare, nel testo dell'art. 47 l. n. 428/1990, l'assenza di previsioni analoghe a quelle contenute nell'art. 5, 3° co., l. n. 223/1991 e nell'art. 5 l. n. 64/1975 che, in relazione ai licenziamenti collettivi (esplicitamente) e alla c.i.g.s. (per via d'interpretazione giurisprudenziale)<sup>52</sup> consentono al singolo lavoratore di impugnare i provvedimenti, espulsivo e/o sospensivo, che li hanno riguardati per violazione delle procedure previste dalle leggi suddette.

Nel caso dell'art. 47 l. n. 428/1990, invece, in mancanza di precisi riscontri normativi quali quelli surrichiamati, può dirsi che la norma mantiene la funzione originaria, e per così dire naturale, di sostegno all'azione sindacale attraverso la concessione di diritti di informazione e consultazione volti a rafforzare il potere di fatto del sindacato di interferire nel processo decisionale dell'imprenditore al fine di condizionarne gli esiti finali ricadenti sui lavoratori. Ciò significa che una lesione di quei diritti consentirà al solo sindacato di reagire attraverso lo strumento privilegiato offerto dall'ordinamento e consistente nell'azione speciale di cui all'art. 28 l. n. 300/1970, al fine di costringere il datore di lavoro a fornire corrette e trasparenti informazioni e la concreta possibilità di un esame congiunto in ordine alle conseguenze del prospettato trasferimento.

**9. *La disciplina del trasferimento di azienda in crisi contenuta nell'art. 47, 5° co., l. n. 428/1990. Il contrasto con il diritto comunitario.***

La disciplina del trasferimento di azienda in crisi, contenuta nell'art. 47, 5° co., l. n. 428/1990, ha vissuto, e vive, un problematico rapporto con le fonti comunitarie; ciò nonostante non è stata toccata dal nostro legislatore che, invece, con il d.lg. n. 18/2001, e poi con il d.lg. n. 276/2003, ha modificato l'art. 2112 c.c. e parte dello stesso art. 47 al fine di uniformarli al diritto europeo.

Il 5° co. dell'art. 47, teso a realizzare il difficile obiettivo della circolazione delle imprese in stato di insolvenza e/o di grave crisi economica rendendo l'acquisto delle stesse il meno oneroso possibile, sul versante dei costi lavoristici, ha escluso l'applicazione della direttiva 77/187/CEE al tra-

<sup>51</sup> In questo senso v. la citata sentenza Cass., 22 agosto 2005, n. 17072.

<sup>52</sup> V., per tutte, Cass., S.U., 11 maggio 2000, n. 302, *Mass. giur. lav.*, 2000, 915 ss.

sferimento di siffatte imprese anche nelle ipotesi di continuazione dell'attività, in ciò disattendendo l'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia. Ciò nondimeno la forte connotazione funzionalistica della norma, sul fronte della salvaguardia dell'occupazione, ha prodotto una sorta di "conciliazione" tra l'ordinamento comunitario e quello italiano, avvenuto mediante l'introduzione, nella direttiva 98/50/CE, di un art. 4 *bis* recante una disposizione con efficacia sanante la situazione di incompatibilità.

Per comprendere e spiegare le problematiche derivanti dalla formulazione, e dalla mancata riscrittura, della norma in esame, è necessario esaminarne il contenuto. L'art. 47, 5° co., accomuna in un'unica disciplina fattispecie diverse che consistono in: crisi aziendale accertata dal CIPI ai sensi dell'art. 2, 5° co., l. n. 675/1977, fallimento, omologazione di concordato preventivo consistente nella cessione dei beni, emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all'amministrazione straordinaria. Al verificarsi di tali situazioni il legislatore italiano consente che al personale trasferito non si applichi l'art. 2112 c.c., e che il trasferimento possa non riguardare il personale eccedentario che potrà rimanere, in tutto o in parte, alle dipendenze del cedente. Condizione per la legittimità di tale deroga è la stipulazione di un accordo che preveda il mantenimento anche parziale dell'occupazione. Nello stesso accordo, può disporsi un trattamento di miglior favore (rispetto alla disapplicazione totale dell'art. 2112 c.c.) per i lavoratori.

La deroga alla disciplina del trasferimento d'azienda resa possibile dall'art. 47, 5° co., l. n. 428/1990, si poneva in netto contrasto con la direttiva 77/87/CEE alla luce della quale il trasferimento d'azienda comporta il passaggio automatico dei dipendenti del cedente presso il cessionario e la conservazione di tutti i diritti esistenti in capo ai lavoratori in dipendenza del rapporto di lavoro.

In realtà il legislatore italiano aveva, già prima della l. n. 428/1990, emanato una serie di provvedimenti tesi a concedere ad imprese in condizioni di insolvenza o di difficoltà economica la possibilità di deroghe all'art. 2112 c.c., al fine di favorirne la commerciabilità<sup>53</sup>. Tale complesso normativo, ed in seguito anche l'art. 47, 5° co., l. n. 428/1990, in contrasto evidente con la direttiva sul trasferimento d'azienda 77/187/CEE, non hanno mancato di provocare un'intensa interazione tra l'ordinamento comunitario e il diritto interno che si è svolta sul piano sia legislativo sia giurisprudenziale. Conviene dare la precedenza al secondo, in considerazione del ruolo assunto

<sup>53</sup> V. tra le altre le leggi: n. 215/1978 c.d. legge Unidal; n. 62/1976 per l'industria; n. 39/1977 per il settore assicurativo; n. 25/1982; n. 212/1984; e n. 19/1987.

dalla giurisprudenza quale motore di una modifica importante della normativa europea sul tema, il cui obiettivo, e risultato in parte, è stato quello di colmare il solco che separava la nostra legislazione dalle prescrizioni del diritto europeo.

**9.1.** *La giurisprudenza della Corte di Giustizia sul rapporto tra l'ordinamento italiano e le direttive comunitarie (77/187/CEE e 98/50/CE).*

All'uopo giova ricordare due importanti e note sentenze della Corte di Giustizia, la sentenza D'Urso<sup>54</sup> e la sentenza Spano<sup>55</sup>, intervenute la prima, antecedentemente, la seconda, successivamente, all'introduzione della l. n. 428/1990 nell'ordinamento italiano.

Il principio enunciato nella sentenza D'Urso riguarda la non applicabilità della direttiva 77/87/CEE all'ipotesi di amministrazione straordinaria, purché la stessa comporti la cessazione dell'attività dell'impresa ceduta. Nell'altra sentenza, avente ad oggetto il trasferimento di una unità produttiva in crisi, la Corte, sulla base dell'accertata non conformità alla direttiva comunitaria dell'art. 47, 5° co., l. n. 428/1990 nella parte in cui consente la disapplicazione dell'art. 2112 c.c. anche in caso di crisi dell'azienda non implicante la cessazione dell'attività dell'impresa cedente, ha ritenuto che il giudice nazionale dovesse applicare il suddetto articolo in conformità alla direttiva 77/87/CEE, e pertanto ritenere possibile la deroga all'art. 2112 c.c. (alla disciplina cioè di tutela dei lavoratori coinvolti nel trasferimento implicante il passaggio automatico di costoro alla cessionaria e la conservazione dei diritti) soltanto ove, oltre al requisito dell'accordo, sussista anche quello della cessazione dell'attività unito alla finalità liquidatoria.

Pur se in riferimento a fattispecie e leggi nazionali diverse, la Corte di Giustizia, nelle due citate sentenze, sostiene con determinazione la necessità, ai fini della disapplicazione della direttiva 77/1987/CEE, della non continuazione dell'attività del cedente.

In realtà nella seconda sentenza, sulla problematica relativa all'individuazione delle ipotesi in cui è possibile, in caso di trasferimento d'azienda, derogare all'art. 2112 c.c. si innesta un'altra tematica densa di implicazioni e ben più gravida di conseguenze, a livello generale, per i rapporti tra l'ordinamento comunitario e quello interno degli Stati membri. Ci si riferisce all'efficacia delle direttive non attuate sui rapporti intersoggettivi privati,

<sup>54</sup> C. Giust. CE, 25 luglio 1991, C-362/89, *Racc.*, 1991, I, 4139.

<sup>55</sup> C. Giust. CE, 7 dicembre 1995, C-472/93, *Racc.*, 1995, I, 4321.



che, secondo la Corte di Giustizia non può mai essere invocata, potendosi soltanto, da parte del singolo, richiedere un'applicazione del diritto interno in conformità alla lettera e allo scopo della direttiva. Tale ragionamento ha poi condotto, nella sentenza Spano, ad affermare la necessità, sotto le mentite spoglie dell'applicazione conforme, della disapplicazione del dettato dell'art. 47, 5° co., l. n. 428/1990, che consente di derogare all'art. 2112 c.c. anche quando lo stato di crisi accertato dall'organo amministrativo non si accompagna alla cessazione dell'attività dell'azienda stessa.

**9.2.** *L'efficacia sanante dell'art. 4 bis della direttiva 98/50/CE ed i restanti dubbi di non conformità del nostro ordinamento alla normativa europea.*

I precedenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia, e una indubbia consapevolezza della necessità di considerare positivamente l'obiettivo della salvaguardia delle opportunità occupazionali sotteso alla normativa italiana in materia di trasferimento di azienda in crisi per la quale non si prevede la cessazione dell'attività, hanno indotto il legislatore comunitario ad introdurre nella direttiva 98/50, che ha riformato la direttiva 77/187/CEE, un art. 4 *bis* (ora 5 nella direttiva 2001/23/CE che ha riorganizzato la materia pur senza innovare alcunché). In questo articolo, oltre a codificarsi il principio già introdotto nell'ordinamento comunitario dalle sentenze della Corte di Giustizia, per cui è consentita la non applicabilità delle tutele individuali previste dalla direttiva sul trasferimento d'azienda nelle ipotesi in cui il cedente sia sottoposto a fallimento o ad analoga procedura di insolvenza finalizzata alla liquidazione dei beni, si autorizza la modifica delle condizioni dei lavoratori, attraverso accordi sindacali che tendano a salvaguardare le opportunità occupazionali garantendo la sopravvivenza dell'impresa ceduta, o di parti di essa, nelle ipotesi: *a*) di trasferimento operato nel caso di una procedura di insolvenza (a prescindere dalla finalità liquidatoria della stessa); *b*) trasferimento di azienda in grave crisi economica, quale definita dal diritto nazionale, «purché tale situazione sia dichiarata da un'autorità pubblica competente e sia aperta al controllo giudiziario, a condizione che tali disposizioni fossero già vigenti nel diritto nazionale il 17 luglio 1998».

Tale disposizione è stata letta quasi unanimemente dalla dottrina italiana come una sorta di sanatoria *ad hoc* del nostro preesistente assetto normativo sul tema, convinzione avvalorata dal fatto che il legislatore comunitario subordina la salvezza di una normativa statale, che disponga nel

senso indicato, alla previgenza della stessa rispetto alla direttiva<sup>56</sup>. In realtà la nostra giurisprudenza di legittimità, anche prima della riforma introdotta dalla direttiva 98/50/CE, non aveva seguito l'invito della Corte di Giustizia ad interpretare la norma interna in conformità della direttiva comunitaria. La Corte di Cassazione ha ripetutamente ribadito la piena applicabilità dell'art. 47, 5° co., nell'ordinamento interno, in ragione dell'assenza di efficacia nei rapporti tra privati della direttiva comunitaria non recepita dal legislatore statale<sup>57</sup>.

Posto allora che a seguito dell'introduzione dell'art. 4 *bis* contenuto nella direttiva 98/50/CE, di riforma della direttiva 77/187/CEE, si sia creato un allineamento tra gli ordinamenti sulla base di una condivisione della finalità della normativa italiana tesa, anche in relazione all'ipotesi di deroga costituita dalla crisi aziendale, a tutelare l'occupazione, alcuni dubbi di non conformità permangono tuttora, riguardanti non più le fattispecie derogatorie, ma bensì l'ampiezza della deroga ammessa nell'ordinamento italiano per le ipotesi di procedure di insolvenza non liquidative e di crisi aziendale.

Nel prevedere, infatti, che attraverso l'accordo si possa derogare anche al principio della trasmissione automatica dei rapporti di lavoro in capo al cessionario (laddove si consente il trasferimento anche parziale del personale), l'art. 47, 5° co., è parso contrastare con il § 2 dell'art. 4 *bis* della direttiva 98/50 [ora § 2, lett. b), dell'art. 5 della direttiva 2001/23/CE] che

<sup>56</sup> PIZZO-FERRATO, *I riflessi della direttiva 98/50/CE sull'ordinamento italiano*, *Dir. lavoro rel. ind.*, 1999, 471; MENGHINI, *L'attenuazione delle tutele individuali dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda di impresa in crisi o soggetta a procedure concorsuali dopo la direttiva 50/98 e il d.lgs. 270/99*, *Riv. giur. lavoro*, 2000, 208; VILLANI, *Trasferimento d'azienda*, in *Digesto comm.*, Aggiornamento, Torino, 2000, 863; ARRIGO, *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea*, II, Milano, 2001, 112; COSIO, *Il trasferimento delle imprese in crisi*, in G. SANTORO PASSARELLI e FOGLIA (a cura di), *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa*, cit., 152; PASSALACQUA, *Autonomia collettiva e mercato del lavoro. La contrattazione gestionale e di rinvio*, Torino, 291; *contra* CARABELLI e VENEZIANI, *Il trasferimento di azienda in Italia*, in AA.VV., *La transmission de impreses en Europa*, Bari, 1999, 155 ss.

<sup>57</sup> Cfr. Cass., 21 marzo 2001, n. 4073, *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, 114, con nota di LAMBERTUCCI; Id., 30 agosto 2002, n. 11422, *Mass. giur. lav.*, 2003, 1334; difformemente Id., 15 maggio 1999, n. 4724, *Riv. giur. lavoro*, 2000, II, 227 ss., con nota di VALENTE, secondo la quale «la questione del rapporto tra l'art. 47, c. 5, l. n. 428 del 1990 e direttiva comunitaria 77/187 (...) deve essere risolta alla luce del principio per il quale tra più significati possibili della norma interna i giudici nazionali debbano preferire quello maggiormente conforme al diritto comunitario»; secondo parte della dottrina l'obbligo di interpretare la disciplina interna in conformità alla normativa comunitaria non sussiste in caso di contrasto inequivocabile; in tal senso: G. SANTORO PASSATELLI, *Il difficile adeguamento del diritto interno al diritto comunitario*, *Riv. it. dir. lav.*, 1998, I, 317 ss.; LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore*, cit., 70 s.; *contra*, nel senso che il giudice sia tenuto a disapplicare la normativa interna contrastante con la normativa comunitaria, v. CARABELLI e VENEZIANI, *op. cit.*, 103 ss., 105 ss.

invece consente soltanto che l'accordo modifichi *in pejus* le condizioni di lavoro dei lavoratori che passano alle dipendenze del cessionario.

Tale contrasto è risolto da parte della dottrina italiana attraverso la valorizzazione della finalità cui è ispirata la direttiva.

Se infatti obiettivo primario della deroga consentita è la salvaguardia dell'occupazione e lo strumento prescelto l'accordo sindacale modificativo delle condizioni di lavoro, sarebbe contraddittorio negare poi alle parti la possibilità di adottare strumenti, come la cessazione di una parte dei rapporti di lavoro, quando tale ipotesi sia considerata necessaria per la sopravvivenza dell'impresa e la continuità dei restanti rapporti di lavoro<sup>58</sup>.

D'altro canto l'opzione favorevole alla legittimità della deroga apparentemente più ampia consentita dal nostro legislatore rispetto a quella prevista nella direttiva 98/50/CE (ora 2001/23/CE), che qui si ritiene di condividere, poggia anche sulla considerazione che la contrazione dei diritti dei lavoratori ceduti, anche di quello al passaggio automatico, è subordinata al controllo del sindacato, soggetto naturalmente deputato sì a mediare tra le istanze dei lavoratori interessati e le esigenze economiche e tecnico produttive dell'impresa, ma soprattutto a evitare abusi ed utilizzi fraudolenti di cessioni agevolate.

La convinzione, da parte del nostro legislatore, della piena compatibilità delle ipotesi contemplate nell'art. 47, 5° co., l. n. 428/1990 con l'art. 4 *bis* della direttiva 98/50/CE, ha spinto lo stesso ad ampliare il novero delle deroghe ammesse, introducendovi anche le grandi imprese in amministrazione straordinaria per le quali non è prevista l'interruzione dell'attività economica. L'art. 63 d.lg. 8 luglio 1999 n. 270, infatti, modificando la disciplina dell'art. 47, 5° co., l. n. 428/1990, in base alla quale la non applicazione dell'art. 2112 c.c. può essere ammessa, previo accordo sindacale, solo quando l'attività sia cessata, consente il trasferimento solo parziale dell'occupazione e ulteriori modifiche delle condizioni di lavoro, nelle ipotesi di amministrazione straordinaria con «finalità conservative del patrimonio produttivo» dell'impresa insolvente mediante «prosecuzione, riattivazione o conservazione delle attività imprenditoriali».

<sup>58</sup> In questo senso PIZZOFERRATO, *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in crisi*, *Quaderni dir. lav. e relaz. ind.*, 2004, 159 ss.; MENGHINI, *L'attenuazione delle tutele individuali dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda di impresa in crisi o soggetta a procedure concorsuali dopo la direttiva 98/50 e il d. lgs. 270/99*, *Riv. giur. lavoro*, 2000, I, 208 ss. Per la non compatibilità della deroga al principio del passaggio automatico dei lavoratori con l'art. 4 *bis* della direttiva 98/50/CE: CARABELLI e VENEZIANI, *op. cit.*, 155 ss.; PELISSERO, *L'individuazione della fattispecie*, *Riv. giur. lavoro*, 1999, I, 830 ss.

L'ulteriore avanzamento del nostro Paese verso il totale superamento della rilevanza dell'elemento della continuazione dell'attività a fini di esclusione delle possibilità di deroga alla tutela di cui all'art. 2112 c.c. (e quindi alle direttive comunitarie), nonché verso l'introduzione all'interno dell'espressione «modifiche delle condizioni di lavoro», anche della continuità o meno dei rapporti di lavoro del cedente, costituiscono non certo l'abbandono della tecnica di tutela garantistica contenuta nell'art. 2112 c.c., ma il riconoscimento della impossibilità di congelare tali tutele nelle vicende circolatorie delle imprese in crisi e nell'attuale situazione di mercato.

Il vero interesse sotteso alle norme relative al trasferimento di impresa o in stato di insolvenza e/o di crisi è quello di agevolare il salvataggio dell'impresa stessa e la continuità del numero maggiore possibile di rapporti di lavoro e tale obiettivo non può essere ottenuto se non rendendo il più appetibile possibile il subentro nella titolarità dell'impresa (e dei relativi rapporti di lavoro).

La tecnica adottata dal nostro legislatore a tal fine è quella della flessibilizzazione delle tutele attraverso il controllo del sindacato cui spettano ampi diritti di informazione e di consultazione (ai sensi dell'art. 47, 1°, 2°, 3° e 4° co.) nonché poteri di stipulare accordi che, nel rispetto della salvaguardia dell'occupazione e della sopravvivenza dell'impresa possano, nei termini consentiti dalla legge, attenuare le rigide tutele previste in caso di trasferimento d'azienda *in bonis*.

Le circostanze su esposte non hanno impedito che la Commissione Europea proponesse in data 29 marzo 2001 un ricorso, a norma dell'art. 226 CE, diretto ad ottenere la condanna del nostro Paese per la non corretta applicazione della direttiva 77/87/CEE, sia pur modificata dalla direttiva 98/50/CE.

La Corte di Giustizia, pronunciata in data 5.6.2003 (*Commissione v. Repubblica italiana*, causa C-145/01), non è entrata nel merito della questione avendo accolto l'eccezione di irricevibilità del ricorso sollevata dal governo italiano per vizio procedurale consistente nella difformità tra il contenuto della diffida intimata dalla Commissione in data 16 luglio 1997, cui l'Italia aveva risposto in data 16 settembre 1997, ed il parere motivato del 4 agosto 1999 in cui la Commissione, modificando la precedente posizione che si attestava sul non corretto adempimento della direttiva 77/187/CEE, contesta all'Italia la non conformità del proprio ordinamento anche al successivo art. 4 *bis* della sopravvenuta direttiva 98/50/CE. La sfasatura di contenuto tra i due atti della Commissione non ha consentito all'Italia il pieno esercizio del diritto di difesa in fase precontenziosa essendo i presupposti giuridici in base ai quali il nostro Paese aveva esposto

le proprie ragioni in data 16 settembre 1997 diversi da quelli sui quali si basava il parere successivo della Commissione.

La Corte di Giustizia, pur non pronunciandosi, insinua la possibilità di una valenza modificativa dell'art. 4 *bis* della direttiva 98/50/CE rispetto al precedente assetto comunitario, laddove al punto 16 afferma: «Non è escluso che le disposizioni di cui all'art. 47, nn. 5 e 6, della L. n. 428/1990, possano eventualmente, almeno in parte, corrispondere alle ipotesi considerate dal citato art. 4 *bis*».