

CAPITOLO I

IL TRASFERIMENTO D'AZIENDA OVVERO UN ISTITUTO
« INSTABILE » TRA CARTA COSTITUZIONALE E DIRITTO
DELL'UNIONE EUROPEA NEL LAVORO CHE CAMBIA

di GUIDO VIDIRI

SOMMARIO: 1. Il trasferimento d'azienda nel diritto del lavoro che cambia: premessa. — 2. Il « ravvivarsi » del dibattito sull'interpretazione dell'art. 2112 c.c. e l'individuazione dei negozi attuativi del trasferimento d'azienda. — 3. Il trasferimento d'azienda (o di un suo ramo) tra diritto del lavoro e diritto commerciale. — 4. Il “difficile” rapporto tra normativa nazionale ed ordinamento dell'Unione Europea sul trasferimento d'azienda. — 5. La libertà d'impresa nel mercato globalizzato e concorrenziale nella interpretazione conforme della Carta costituzionale all'ordinamento dell'Unione Europea. — 6. La « travagliata » definizione della nozione di “ramo d'azienda”. — 7 Il trasferimento d'azienda nelle imprese in crisi. — 8. Conclusioni.

1. Il trasferimento d'azienda nel diritto del lavoro che cambia: premessa.

È stato già in passato osservato nell'*incipit* di uno studio sul trasferimento d'azienda che, se si guarda a ritroso la disciplina che ha regolato l'istituto a partire dall'emanazione del codice civile, è possibile reperire le tappe di un itinerario normativo segnato dalle direttive comunitarie e dai cambiamenti radicali subiti in Italia dalla fisionomia dell'impresa nell'arco degli anni (1).

Cambiamenti normativi questi che conseguono non soltanto ai mu-

(1) Cfr. in questi termini: G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, Torino 2004, 1, cui *adde* per le numerose tematiche sul trasferimento d'azienda tra i molti anche M. MARAZZA, *Contributo allo studio della fattispecie del ramo d'azienda* (art. 2112, comma quinto, cod. civ.), WP. Csdle “Massimo D'Antona” it- 363-2018; G. VIDIRI, *Il trasferimento d'azienda: un istituto sempre in bilico tra libertà d'impresa* (art. 41 Cost.) *e diritto al lavoro* (artt. 1 e 4 Cost.), in CG, 2018, 965 ss.; A. PRETEROTI, *Il principio di continuità dei rapporti di lavoro nella disciplina del trasferimento d'azienda in crisi*, in Riv. it. dir. lav. 2018, I, 437 ss.; A. RICCIO, *Trasferimento di azienda in crisi e scelta dei lavoratori nel caso di passaggio parziale di manodopera*, *ivi*, II, 581 ss.; G. GAUDIO, *Trasferimento d'azienda e crisi d'impresa: una eterogenesi dei fini da parte del legislatore italiano?*, in WP Csdle “Massimo D'antona”. it — 347/2017; A. e D. CORRADO, *Crisi di impresa e rapporti di lavoro*, Milano 2016; R. COSIO, *Il trasferimento dell'impresa in crisi*, in DPL, 2015, 945 ss.; R. DE LUCA TAMAJO e M. T. SALIMBENI, *Il trasferimento d'azienda*, in *I contratti di lavoro* (a cura di A. Vallebona) Torino 2009; ed in precedenza: A. BUONAJUTO, *Il trasferimento dell'azienda e del lavoratore*, in *Il diritto del lavoro nella dottrina e nella giurisprudenza*, Collana di monografie curata da B. BALLETTI, Padova 1999.

tamenti dell'impresa, chiamata infatti a misurarsi con una crescente concorrenza e con mercati sempre più globalizzati, ma anche con una moltiplicazione delle tipologie del rapporto lavorativo in buona misura dovuta ad un progresso tecnologico spintosi sino a prospettare per il futuro la presenza di un "automatic management" guidato da macchine intelligenti capaci di operare come datore di lavoro o almeno di sostituirlo in molte delle sue funzioni (2).

Si è poi anche rilevato come la copiosa normativa che a livello statale e dell'Unione Europea ha disciplinato il trasferimento in esame è stata caratterizzata da un interventismo legislativo di natura "pendolare" « ora più sensibile alle esigenze dei lavoratori ora invece a quelle dell'impresa » (3).

Per di più il progressivo ed inarrestabile mutamento che ha coinvolto, come detto, sia l'impresa che la natura del rapporto lavorativo con l'eccessiva moltiplicazione delle sue tipologie ha creato nella dottrina e nella giurisprudenza tassi notevoli di incertezza, dovendo l'interprete misurarsi con un dato normativo non di rado di indecifrabile contenuto e spesso anche privo di coerenza programmatica.

Al momento non si rinvergono strumenti idonei ed efficaci per fronteggiare i fenomeni globali del mercato dovendo la legge dei singoli Stati oltrepassare i confini dei propri territori e « percorrere immensi spazi, e perciò affrancarsi dai luoghi originari », sicché l'inclusione nel diritto di fenomeni planetari può raggiungersi unicamente *con accordi fra gli Stati e consapevole impiego dell'artificialità normativa* (4).

(2) Cfr. ancora al riguardo: G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda*, cit., 1-2, per il quale le cause dei cambiamenti delle imprese vanno ricercate nella internalizzazione dei mercati che ha elevato il tasso di competitività tra di esse, con una conseguenziale riduzione dei costi di produzione e del lavoro. Inoltre va considerato che il massiccio progresso tecnologico ha contribuito in modo determinante al superamento della figura omogenea del lavoratore comune, sostituita da una pluralità di identità sociali dei produttori derivante da professionalità sovente molto sofisticate.

Ha di recente osservato T. TREU, *Rimedi e fattispecie a confronto con il lavoro della Gig economy*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".it — 136/2017, 3, che "l'emergere dei lavori digitali, ampiamente reclamizzato nel mondo dai casi più noti di Uber, Lyft e simili, ha aumentato i dubbi sulla tenuta delle categorie qualificatorie tradizionali, a cominciare dalla subordinazione, sino a far mettere in discussione dai giuristi più riflessivi e preoccupati l'identità stessa del diritto del lavoro.

(3) In questi termini cfr. G. VIDIRI, *Il trasferimento d'azienda tra diritto al lavoro e libertà dell'impresa*, in DDG, Vol. 2, Milano 2005, 32 ss..

(4) Sul punto cfr. *amplius* N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Ed. Laterza, 2001, 84-85, che precisa, in relazione alla legislazione, che « all'artificialità normativa deve risponderci con l'artificialità, con la flessibilità dei contenuti normativi e delle determinazioni spaziali ». L'Autore evidenzia anche che il diritto degli spazi non assorbe né annulla tutto il diritto del territorio perché la necessità di accompagnare i fenomeni globali determina una rottura del diritto interno che si fa omogeneo al diritto di altri Stati, e per una parte rimane invece quale era o subisce soltanto mutamenti per cause proprie. Rottura però che « non è fase transitoria e intermedia, destinata a concludersi con il definitivo tramonto della legge territoriale, ma piuttosto dà prova di due categorie di rapporti ».

Si è poi evidenziato su un piano più generale che il principale compito della geopolitica economica è quello di suggerire una ricomposizione dell'ottica con cui i Paesi sviluppati affrontano i problemi sollevati dal processo di globalizzazione e quelli in via di sviluppo li accettano o li subiscono; e ciò deve avvenire « assegnando minor peso agli interessi nazionali e più peso a quelli globali, nel convincimento che in tal modo i primi vengono meglio tutelati » (5).

Sul piano sociologico non si è mancato inoltre di rimarcare criticamente come si stia assistendo nel mondo del lavoro ad una costante diminuzione dei contratti a tempo indeterminato e ad una generalizzata precarizzazione con forme di flessibilità, che si traducono in situazioni di “intensificazione” del lavoro (che vuol dire fare più cose nel medesimo tempo) unite a varie modalità di “densificazione” del medesimo (che significa invece soppressione di ogni tipo di pausa nel calcolo dell'orario) (6).

È evidente inoltre come le rilevanti ricadute che in termini sociali scaturiscono dal trasferimento d'azienda debbano responsabilizzare il giuslavorista nell'esame dell'istituto scrutinato in ragione dell'evidente interferenza e conseguente permeabilità con possibile subordinazione del diritto all'economia. Il che ha portato ad evidenziare, con realistica lungimiranza, come non sia possibile affrontare il tema del dialogo fra giuristi ed economisti, senza tenere in conto che tale rapporto non può certo rimanere imm modificabile nel tempo, come sempre è accaduto.

Nello specifico si è rimarcato come la stagione « del diritto classico del lavoro » — in cui la legge 20 maggio 1970 n. 300 costituiva, sulla base dei suoi articoli 18 e 19, al tempo stesso il perno ed il simbolo di valori promozionali e costituzionali — abbia avuto l'indubbio merito di riconoscere per la prima volta in maniera espressa la tutela reintegratoria a favore dei lavoratori e nel contempo di garantire al sindacato il rispetto delle libertà e della propria autonomia negoziale (7).

(5) Sul punto più ampiamente cfr. P. SAVONA, *Geopolitica economica. Globalizzazione, sviluppo e cooperazione*, in *Postafazione*, pagg. 254-255, Sperling & Kupfer Editori, 2004.

(6) Sui costi umani della flessibilità nei diversi sistemi lavorativi cfr. L. GALLINO, *Vite rinviata. Lo scandalo del lavoro precario*, Editore Laterza GLF Repubblica, 2014, 16 ss., secondo cui pur dopo i lavori nell'economia che si suole denominare « post-fordista » o « post-taylorista » si rinviene un modello organizzativo, fondato sul criterio per cui tutto deve avvenire « giusto in tempo », il che conduce all'interiorizzazione da parte del lavoratore d'una sorte di « catena invisibile » che costringe a lavorare a ritmi frenetici, pur in assenza di controlli ravvicinati da parte dei capi (così pag. 25), cui *adde* dello stesso Autore, *L'impresa irresponsabile*, Einaudi, Torino 2005, il quale rimarca il ruolo rilevante che nelle imprese ha assunto — a discapito della proprietà del capitale — la classe manageriale, che tende a massimizzare i profitti degli azionisti rendendo stabile la redditività finanziaria netta attraverso una riduzione del costo del lavoro ed in assenza di una seria programmazione che guardi al futuro e persegua nel tempo fini di utilità sociale.

(7) Così F. CARINCI, *Brevi riflessioni sul rapporto tra diritto ed economia*, in *DLM* (a cura di M. BROLLO e M. MARAZZA), *Quaderni di Argomenti di diritto del lavoro* ordinati da M. PERSIANI e F. CARINCI,

Intorno agli anni dieci del nuovo secolo dopo numerosi interventi normativi si è giunti invece, con la legge Fornero e con il *Jobs Act*, a quella che ben può definirsi, la stagione di un « nuovo diritto del lavoro », che si è però negativamente caratterizzata per un radicale ridimensionamento delle tutele dei lavoratori e del ruolo delle organizzazioni sindacali per effetto di un profluvio di leggi frettolose, prive di organicità, non di rado tra esse sovrapponibili, e per di più dalla tecnica disinvoltata e spesso dai contenuti generici, e quindi del tutto inidonei a dare risposte chiare ed adeguate a giustificate esigenze della collettività (8).

In questo quadro ordinamentale l'approccio ermeneutico con le numerose problematiche riguardanti il trasferimento d'azienda si presenta dunque irto di difficoltà perché l'istituto in esame, risultando « un crocevia » di punti nodali dell'intero diritto del lavoro, impone all'interprete, nel groviglio di leggi che lo regolano, il compito non agevole di individuare — nella varie fattispecie e modalità attraverso le quali detto trasferimento si attua — un equo bilanciamento tra due interessi distinti, aventi ambedue copertura costituzionale, quale il diritto al libero esercizio dell'impresa (art. 41 Cost.) ed il diritto al lavoro (artt. 1 e 4 Cost.) (9).

Il che chiama il giudice ad una lettura del dato normativo imparziale, quindi non condizionata in alcun modo da opzioni culturali ovvero da pregiudizi di natura ideologica o politica, reclamizzati non di rado attraverso un “giusnaturalismo sognante”, nonché gratificante per chi lo professa (10), soprattutto se congiunto, come talvolta pure accade, ad un solidarismo o pauperismo di natura sociologica o religiosa (11).

n. 13, Wolters Kluwer Cedam 2015, n. 13, 74, che ricorda tra l'altro anche come il decennio 90° del secolo scorso si apra con il potenziamento dell'art. 18 Stat. lav. per mezzo della l. n. 108/1990 e del d.lgs. n. 29/1993 che ne allargano l'ambito applicativo con riguardo al settore privato ed al settore pubblico privatizzato ed anche con il coordinamento sindacale interconfederale per tramite del protocollo del luglio 1993.

(8) Nel mettere a confronto la stagione del « diritto classico del lavoro » con la stagione che perdura attualmente: F. CARINCI, *op. cit.*, 75-76, osserva testualmente che là vi è lo Statuto dei lavoratori, e cioè « una legge predisposta da una Commissione di autorevoli giuristi, sulla base di una autorevole elaborazione dottrinarie e di una acquisita disciplina collettiva, con una continua consultazione sindacale », mentre nel mondo del *Jobs Act* si rinvencono « un decreto legge ed una legge delega a tutto campo, ispirati da un *team* di economisti direttamente collegati con Palazzo Chigi, convertito il primo ed approvata la seconda sotto il ricatto del voto di fiducia, con la coda di decreti legislativi *in itinere* che, a stare all'esperienza di quello che è il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, sembrano destinati a essere emanati dall'esecutivo senza tener conto dei pareri espressi sui testi loro sottoposti dalle Commissioni parlamentari competenti ».

(9) Sul punto vedi più ampiamente G. VIDIRI, *Il trasferimento d'azienda cit.*, 975-977.

(10) Per N. IRTI, *I “cancelli delle parole”*, Lezioni Magistrali (Collana diretta da L. D'Alessandro e A. Sandulli), Editoriale scientifica, 2015, 19-20, il giurista positivo — o, se si vuole con qualche tono di dispregio, positivista — non anela alla trascendenza perché non segue *un moto ascensionale*, non salendo dalle norme positive a quelle costituzionali, e da esse a dichiarazioni di universali diritti e « poi a principi sempre più ampi, e ancora a valori; e talvolta qui non si acquieta e riposa, poiché i valori rimandano a colui che li pone e assicura (Dio, la natura o altre entità metafisiche) ».

2. Il « ravvivarsi » del dibattito sull'interpretazione dell'art. 2112 c.c. e l'individuazione dei negozi attuativi del trasferimento d'azienda.

Prima di affrontare le numerose problematiche che si presentano lungo i diversi passaggi verso il trasferimento dell'azienda (o di un suo ramo) va dunque premesso che l'interprete è chiamato nella materia in esame a svolgere il difficile compito di individuare una ricomposizione tra diritti spesso confliggenti in un ordinamento particolarmente complesso, per essere, da un lato, l'Europa orfana di una Costituzione propria e di codici unificanti, e per essere, dall'altro, la nostra Carta Costituzionale ricca di principi che per mancanza di chiarezza sono stati spesso oggetto di contrasti a livello ermeneutico (12).

Da qui il periodico ravvisarsi di un dibattito sulla interpretazione da darsi al più volte ridisegnato articolo 2112 c.c., che si è tradotto in indirizzi ed orientamenti che sono tuttora, in molti casi, lungi dal consolidarsi.

Al di là di quanto ora si è premesso non può però disconoscersi che con le numerose modifiche apportate nel tempo al vecchio testo si è cercato di fornire margini di maggiore chiarezza in relazione ai negozi attraverso i quali viene trasferita l'azienda o un suo ramo.

Invero inizialmente il trasferimento riguardava solo le fattispecie di cessione determinate da un "acquisto traslativo volontario" annoverandosi tra queste anche le cessioni senza un accordo diretto tra le parti

Per le ragioni che inducono — pur a fronte di un giusnaturalismo dilagante con crescita esponenziale — a privilegiare con convinzione il positivismo giuridico cfr. — anche per i riferimenti bibliografici in materia — G. VIDIRI, *La certezza del diritto tra "positivismo giuridico" e "giusnaturalismo"*, in *RIFD* 2016 n. 4, 511 ss., che rimarca come la certezza del diritto sia stata da sempre un principio valoriale posto a tutela delle libertà dell'individuo e della stessa credibilità ed affidabilità dello Stato.

(11) Per una visione positivista e realistica dell'analisi scientifica in senso avalutativo e della correlata libertà dalla ideologia — perché i concetti della scienza non hanno nulla a che fare con « forze », « tendenze », « intuizione del mondo », « valori », « ideali », « reali », o « metafisici » — cfr. M. WEBER, *Vita, Pensiero, Opere scelte*, nella collana *I grandi filosofi*, n. 27, a cura di A. MASSINETTI, Ed. Il Sole 24 Ore 2006, 96-97, per il quale l'economia politica deriva le sue proposizioni da nessuna realtà né tantomeno da presupposti di valore del *giusnaturalismo*, dell'evoluzionismo o, in generale dell'etica. Il noto sociologo tedesco evidenzia ancora sul punto che l'economia ha in se stessa le leggi del suo essere naturale, comprensivo delle « uniformità tipiche », dell'« agire sociale dotato di senso » o dell'« agire sociale intellegibile » che, in quanto tali, sono regole « empiriche », « astratte », « fantastiche », il cui contenuto è unicamente risolto nella descrizione empirica e nella ricerca (cfr. in termini più ampi M. WEBER, *Die Borse*, in *Gesammelte Aufsätze zur Soziologie und sozialpolitik*, Tübingen 1924, 262-263).

(12) È stato rammentato in dottrina che i riferimenti all'Europa ed alla necessità di un comune diritto europeo sono state una costante nel pensiero di A. Trabucchi sicché non è un caso che sia stato suo il primo codice di diritto comunitario risalente al 1962. Ed infatti una Europa solo della moneta unica ma priva della forza connettiva di una stabile e compiuta integrazione giuridica non avrebbe potuto avere prospettiva di lunga vita e di sicuro sarebbe finita per ridursi a mera zona economica di libero scambio (in tali sensi e per un più ampio richiamo al pensiero di A. Trabucchi cfr. V. SCALISI, *Fonti-Teoria-Metodo. Alla ricerca della « regola giuridica » nell'epoca della post-modernità*, Milano 2012, 435 ss.).

mentre ai trasferimenti coattivi si riteneva applicabile la normativa sul trasferimento d'azienda solo in presenza di disposizioni speciali.

Successivamente però, a seguito della giurisprudenza comunitaria (13) e del d.lgs. 2 febbraio 2001 n. 18, si è ampliato l'ambito applicativo dell'art. 2112 c.c. prescrivendosi che deve considerarsi trasferimento d'azienda "qualsiasi operazione che comporti il mutamento nella titolarità di una attività economica organizzata.... a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato, ivi compresi l'usufrutto o l'affitto d'azienda" (14).

A seguito della indicata estensione della categoria degli atti legittimanti il trasferimento, alla stregua di autorevoli indirizzi dottrinari e giurisprudenziali, in tale categoria possono ora annoverarsi: gli atti autoritativi della pubblica amministrazione per avere l'art. 2112 c.c. contemplato espressamente "il provvedimento" come una delle possibili fattispecie suscettibili di attuare il trasferimento (15); tutti indifferentemente gli atti di trasferimento di proprietà o di diritti reali, quali la compravendita, la permuta — e stante l'acclarata "indifferenza" del tipo negoziale attuativo del trasferimento stesso — anche i negozi *mortis causa* (disposizione testamentaria o legato), con la salvaguardia in ogni caso della inderogabilità dell'art. 2112 c.c., insuscettibile di essere vanificato nelle tutele riguardanti i lavoratori coinvolti nel trasferimento (16); gli atti volontari

(13) Cfr. al riguardo Corte di giustizia 10 febbraio 1988, Causa n. 324/86, in *Foro it.* 1989, IV, c. 11 e, negli stessi termini, Corte di giustizia 15 giugno 1988, Causa n. 101/1987, *ivi*, 1991, IV, c. 287.

(14) Così G. SANTORO-PASSARELLI, *Il Trasferimento d'azienda*, cit., 12-13, che ricorda anche come l'art. 32 del d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276, in attuazione della direttiva comunitaria n. 23 del 2001, abbia aggiunto al testo introdotto dal d.lgs. n. 18 del 2001 il riferimento anche alla cessione ed alla fusione.

(15) In considerazione di tale innovazione è stata ritenuta la configurabilità di un trasferimento d'azienda in caso di cessione di elementi patrimoniali significativi tra due imprese a seguito di successive concessioni di appalti di servizi di pubblico trasporto (in tali sensi Cass. 10 maggio 2005 n. 9736 ed in precedenza Cass. 24 marzo 2004 n. 5934, in *FI*, 2004, I, 2034, con nota di A. PERRINO, *Ancora sul trasferimento d'azienda: le presunte novità*).

In dottrina sempre per l'assunto che costituisce una assoluta novità del d.lgs. n. 18 del 2001 l'espressa menzione — tra le possibili cause del trasferimento d'azienda — di un « provvedimento » vedi: G. DELLA ROCCA, *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, in *Mass. giur. lav.* 2001, 500, che ammette l'assoggettabilità al disposto dell'art. 2112, comma 5, c.c. del trasferimento disposto con atti autoritativi della pubblica amministrazione, e negli stessi termini infine: O. MAZZOTTA, *Manuale di diritto del lavoro*, Wolter Kluwer 2017, 305, per il quale il legislatore, richiamando espressamente il "provvedimento", lo qualifica strumento attraverso il quale si può realizzare il fenomeno successorio. Per un ragionato esame delle diverse tipologie di trasferimenti coattivi d'azienda cfr.: A. BUONAJUTO, *Il trasferimento d'azienda*, cit., 32.35.

(16) Per l'applicabilità dell'art. 2112 c.c. ai trasferimenti *mortis causa*: Cass. 1 agosto 1984 n. 4885, in *Rass. giur. Enel*, 1984, 880.

In dottrina *contra* invece A. BUONAJUTO, *Il trasferimento dell'azienda* cit., 31, sulla base della considerazione che la successione dell'erede nella posizione del *de cuius* attiene al diverso fenomeno successorio come tale estraneo alla regolamentazione dell'art. 2112 c.c..

con efficacia limitata nel tempo (affitto ed usufrutto) (17); le cessioni a titolo universale tra società, quali la fusione propria o per incorporazione, che determinano rispettivamente il venir meno dei due soggetti interessati o di uno soltanto (18); i negozi di trasferimento tra enti o soggetti svolgenti attività economiche con finalità non lucrative come si verifica, ad esempio, per le *istituzioni non profit* o per le c.d. *organizzazioni sindacali e di tendenza*, dal momento che il d.lgs. n. 276 del 2003 con l'usare — nel modificare il precedente testo dell'art. 2112 c.c. — l'espressione “ un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro ” ha mostrato di ritenere indifferente le concrete finalità sottese all'esercizio di detta attività (19); ed ancora i trasferimenti tra i quali non vi è un rapporto contrattuale diretto tra alienante ed acquirente per essere intervenuta la cessione dei beni aziendali tramite un intermediario (20).

Ritiene invece discutibile, pur dopo la riforma del d.lgs. n. 276 del 2003, l'estensibilità dell'art. 2112 c.c. all'ipotesi di successione *mortis causa*: O. MAZZOTTA, *Manuale cit.*, 305,

(17) Sottolinea come il disposto dell'art. 2112 c.c. si applichi ai trasferimenti temporanei e quindi anche alla retrocessione che si verifica al temine dell'usufrutto e dell'affitto d'azienda: A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Padova, 2004, 329 e nt. 8, che ricorda altresì come la normativa codicistica abbia trovato applicazione in giurisprudenza anche in caso di avvicendamento di imprenditori nel comodato d'azienda (Cass. 29 novembre 1996, n. 10688, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, 572). Ritiene inoltre applicabile la normativa in oggetto in caso di subentro nel *franchising* o nella locazione commerciale, con utilizzo della medesima azienda fornita dal concedente (Cass. 27 febbraio 1998, n. 2200, in *Mass. giur. lav.*, 1998 636, con nota di N. DE MARINIS, *Verso una nuova nozione di trasferimento d'azienda*, ed in *Dir. lav.*, 1999, II, 307, con nota di F. FEDELE, *Sempre più ampia la nozione di trasferimento d'azienda*); di retrocessione al preponente dell'azienda utilizzata da un agente e poi riaffidata ad uno nuovo (Cass. 3 giugno 1998, n. 5466, in *Mass. giur. lav.*, 1998, 635; Cass. 7 ottobre 1997, n. 9728, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, 382, con nota di A. PIZZOFRATTO, *Una definitiva conferma dell'inclusione, nella nozione di trasferimento di azienda, del subingresso nella titolarità di un'agenzia assicurativa*; Cass. 5 aprile 1995, n. 3974, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2729, con nota di M. CARO, *Subingresso, in due fasi, nella gestione di agenzia di assicurazione e trasferimento di azienda ex art. 2112 cod. civ.*).

(18) Per il riconoscimento della applicabilità alla fusione dell'art. 2112 c.c. anche per quanto attiene alla regolamentazione dei rapporti di lavoro vedi Cass. 29 settembre 2015 n. 19303 cui *adde* Cass. 19 aprile 2016 n. 7717 secondo cui i rapporti di lavoro di coloro che sono transitati nella nuova società sono regolati dal contratto collettivo applicato presso la società incorporante anche se più sfavorevole, atteso il loro inserimento nella nuova realtà organizzativa e nel mutato contesto normativo anche a livello contributivo, potendo trovare applicazione l'originario contratto collettivo unicamente nel caso in cui presso l'incorporante i rapporti di lavoro non erano regolati da alcuna disciplina collettiva.

In dottrina vedi in argomento anche per riferimenti bibliografici e giurisprudenziali prima e dopo il disposto dell'art. 52 del d.lgs. n. 276 del 2003: G. SANTORO-PASSARELLI, *Il trasferimento d'azienda*, cit., 11-18.

(19) Per l'affermazione che nel rinnovellato 5° comma dell'art. 2112 c.c. rientrano pressoché tutte le fattispecie « circolatorie » rispetto alle quali in precedenza ferveva un acceso dibattito cfr. O. MAZZOTTA, *Manuale cit.*, 304 cui *adde* per una estensione della normativa della norma codicistica anche in precedenza: G. VIDIRI, *Il trasferimento d'azienda*, cit., 52-53, e note 34-35, secondo cui la nozione del trasferimento d'azienda va ben oltre l'interpretazione tradizionale dell'art. 2555 c.c. e la lettura data in dottrina ed in giurisprudenza dell'art. 2082 c.c., dovendosi privilegiare scelte volte a tutelare il lavoro in sé per evitare che in presenza di fatti non addebitabili ai lavoratori possano esservi a danno degli stessi ingiustificate conseguenze.

(20) Cfr. tra le altre: Cass. 7 dicembre 2005 n. 23215 ed in precedenza Cass. 13 gennaio 2005 n. 493, in *Foro it.*, 2005, I, 690, con nota di A. PERRINO, *Trasferimento d'azienda ed appalto di*

3. Il trasferimento d'azienda (o di un suo ramo) tra diritto del lavoro e diritto commerciale.

Rimangono invece ancora zone d'ombra su talune specifiche problematiche riguardanti le regole da applicare in particolari fattispecie in cui il trasferimento d'azienda avviene tra società, soprattutto per non essersi sinora individuati con precisione i confini tra l'ambito applicativo della disciplina dell'art. 2112 c.c. e di quello degli artt. 2555 e ss. c.c..

È stato in dottrina ed in giurisprudenza ritenuto che il disposto dell'art. 2112 c.c. non può estendersi alla cessione di pacchetti azionari perché tale cessione non comporta una sostituzione soggettiva della persona dell'imprenditore ma determina unicamente la cessione di diritti di partecipazione all'impresa sociale (21), ed al riguardo è stato anche aggiunto che la suddetta norma codicistica è inapplicabile pure alle

servizio: le operazioni pericolose, che ha riconosciuto come il trasferimento d'azienda sia configurabile in casi di successione nell'appalto di un servizio, sempre che si abbia un passaggio di beni di non trascurabile entità ma tale da rendere possibile lo svolgimento di una specifica attività imprenditoriale così come affermato da Corte di Giustizia, C-171/94 e C-172/94.

Per la riaffermazione che ai fini della applicazione della direttiva 2001/23 non è necessaria l'esistenza di rapporti contrattuali fra il cedente ed il cessionario atteso che la cessione può essere effettuata anche per effetto della intermediazione di un terzo vedi da ultimo Corte di Giustizia 11 luglio 2016, C-60/17, avente ad oggetto la controversia tra imprese alle quali era stato appaltato in successione un servizio di vigilanza. Per i giudici di Lussemburgo la suddetta direttiva trova applicazione nella fattispecie in cui il committente ha risolto il contratto di prestazione di servizi di vigilanza e di impianti concluso con un'impresa e ha poi stipulato, ai fini della esecuzione di tale prestazione, un nuovo contratto con altra persona che a sua volta riassume, in forza di un contratto collettivo, una parte essenziale, in termini di numero e di competenze, dell'organico che la prima impresa aveva assegnato all'esecuzione di detta prestazione, sempre che l'operazione venga accompagnata dal trasferimento di una entità economica tra le suddette due imprese.

Sul punto anche O. MAZZOTTA, *Manuale* cit., 304-305, il quale — dopo avere riconosciuto l'applicabilità della disciplina dell'art. 2112 c.c. alla fattispecie di una l'azienda dapprima restituita al proprietario e successivamente da questi nuovamente ceduta ad altri — afferma anche che, in caso di acquisizione di personale già impiegato in un appalto a seguito di un subingresso di un nuovo appaltatore, la riconduzione di tale fattispecie al trasferimento d'azienda, con tutte le conseguenze garantistiche ad esso connesse a tutela dei lavoratori, va esclusa soltanto nelle situazioni in cui l'impresa subentrante presenti caratteristiche tali da diversificarsi profondamente dall'attività economica esercitata dal precedente datore di lavoro giusta il dettato dell'art. 29, 3° comma, del d.lgs. n. 276 del 2003, come modificato dalla legge 7 luglio 2016 n. 122.

Sul tema si veda F. AMENDOLA, *Appalti e trasferimenti d'impresa*, in questo volume.

(21) In tali sensi tra le molte Cass. 27 ottobre 1992 n. 11645, in *Giur. it.* 1993, I, 930; Cass. 15 ottobre 1991 n. 10829, in *Foro it.* 1991, I, 3031 ed in *Dir. lav.* 1992, II, 260, con nota di P. ASSORGIA, *Trasferimento d'azienda e cessione del pacchetto azionario*, cui adde più di recente Cass. 12 marzo 2013 n. 6131 e Cass. 18 aprile 2007 n. 9251, in *Guida al lavoro*, fasc. 28, pag. 30, che escludono la configurabilità del trasferimento d'azienda nel trasferimento del pacchetto azionario di maggioranza di una società di capitali per non verificarsi la sostituzione di un soggetto giuridico ad altro nella titolarità dei pregressi rapporti ma solo una modifica degli assetti azionari interni sotto il profilo della loro titolarità, rimanendo ferma la soggettività giuridica di ogni società anche se totalmente etero diretta.

Sembra da ultimo porsi in contrasto con tale costante indirizzo: Cass. 23 aprile 2018 n. 9955, che riconosce in caso di trasferimento del pacchetto azionario di maggioranza di una società le indennità economiche previste per i dirigenti da un contratto collettivo — in ragione della sua incidenza sugli assetti societari e conseguentemente anche sui rapporti dirigenziali — attraverso l'estensione di una previsione contrattuale limitata al trasferimento d'azienda anche alla diversa

fattispecie di trasformazione di società di persone in società di capitali (art. 2500-*ter* c.c.) e viceversa (art. 2500-*sexies* c.c.) ed ugualmente alle fattispecie di trasformazione *da* società di capitali (art. 2500-*septies* c.c.) ed a quelle di trasformazione eterogenea *in* società di capitali (art. 2500-*octies* c.c.). L'istituto della trasformazione, circondato da necessarie cautele a garanzia dei soci e dei terzi, configura infatti una mera modifica dell'atto costitutivo seppure di particolare rilevanza tanto da potere autorizzare il socio al recesso, ma non importa l'estinzione del soggetto titolare dell'azienda per effetto di un fenomeno successorio, diversamente da quanto si è visto avvenire nella fusione (22).

Numerosi problemi sorgono invece allorquando — nell'ambito dei gruppi di impresa c.c. (23), e nei diversi e sempre più frequenti processi

fattispecie scrutinata, e quindi in assenza di un trasferimento di beni aziendali, che configura un elemento ontologicamente qualificatorio del trasferimento d'azienda o di un suo ramo.

Per O. MAZZOTTA, *Manuale* cit., 304 dopo le riforme al suo testo originario il nuovo tenore dell'art. 2112 c.c. con la sua allusione alla indifferenza rispetto alla « tipologia negoziale », consentendo tutte le fattispecie circolatorie della azienda o di un suo ramo, in precedenza discusse, sembra ora ricomprendere entro il suo specchio protettivo — diversamente da quanto unanimemente ritenuto in passato — anche la cessione di pacchetti di maggioranza delle quote di una società.

(22) A conforto di tale assunto va ricordato che sia nella ipotesi di c.d. *trasformazione omogenea* (tra società aventi tutti la stessa causa) ovvero di c.d. *trasformazione eterogenea* (riguardante invece la trasformazione di una società lucrativa in società cooperativa o mutualistica o in altro ente privato non societario) non si figura il fenomeno successorio caratterizzante il trasferimento d'azienda *ex* art. 2112 c.c. perché si è in presenza di una semplice modifica dell'atto costitutivo societario,

Al riguardo sulla regolamentazione della trasformazione societaria cfr. tra i molti: F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia* (diretto da F. GALGANO), XXIX, Padova 2003, 517 ss. cui *adde* da ultimo anche per le modifiche apportate dalla novella societaria del 2003: A. GRAZIANI, G. MINERINI, U. BELVISO, V. SANTORO, *Manuale di diritto commerciale*, Milano 2017, 355-358, i quali evidenziano: che l'art. 2500-*septies* c.c. — prevedendo e regolando la trasformazione eterogenea da società di capitali « in consorzi, società consortili, società cooperative, comunioni d'azienda, associazioni non riconosciute e fondazioni » — non contempla la trasformazione eterogenea *da* società di persone, ed in associazioni riconosciute.

Gli stessi Autori nella medesima ottica precisano che l'art. 2500-*octies* — regolando la trasformazione eterogenea da consorzi, società consortili, comunioni d'azienda, fondazioni in società di capitali — non contempla a sua volta la trasformazione eterogenea *in* società di persone, e da associazioni non riconosciute.

(23) Nella sterminata dottrina in tema di gruppi di impresa cfr. per tutti: C. SCOGNAMIGLIO, *Commento all'art. 31 d.lgs. n. 276 del 2003*, in R. DE LUCA TAMAJO-G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commento al d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276*, Padova 2007, 470 ss., cui *adde* N. RONDINONE, *Disposizioni in materia di gruppi di impresa e trasferimenti d'azienda*, ivi, 457 ss..

In argomento da ultimo: G. BRAICO, *L'obbligo di repechage tra gruppi di impresa e demansionamento*, nota a Cass. 27 maggio 2017 n. 12279 e Cass. 31 maggio 2017 n. 13809, in *Lav. giur.* 2018, 60-61 e nt. 3, secondo il quale la rubrica dell'art. 31 del d.lgs. n. 276/2003 ("Gruppi d'impresa") nel riferirsi all'art. 2359 c.c. — e quindi al "controllo" in senso tecnico e non al più ampio concetto di direzione e coordinamento — rinvia unicamente alla facoltà di delega alla capogruppo degli adempimenti amministrativi in materia di lavoro, previdenza e assistenza sociale dei lavoratori dipendenti (art. 1 l. n. 12/1979), senza però incidere sulla individuazione del datore di lavoro e della relazione soggettiva tra quest'ultimo ed il dipendente, mentre altri considerano il suddetto rinvio come un argine normativo rispetto alle tendenze emerse in giurisprudenza volte a superare lo schermo della formale separazione soggettiva tra le società appartenenti al medesimo gruppo, ed altri

di esternalizzazione del lavoro (24), ed ancora nelle ipotesi di subingresso di un nuovo appaltatore ad altro — debba stabilirsi se in concreto si configuri un trasferimento di azienda (o di un suo ramo) da regolarsi alla stregua dell'art. 2112 c.c., o invece se vi sia l'assoggettamento alla disciplina degli artt. 2555 e ss. c.c. (25).

Problematiche queste che creano incertezze anche in relazione alle c.d. piattaforme digitali in merito sia alla individuazione del datore di lavoro che all'accertamento della natura del rapporto (autonomo o subordinato) tra l'imprenditore e coloro che svolgono le loro prestazioni lavorative (26).

ancora reputano che l'immediata finalità del citato art. 31 “è quella di non influire sul dibattito sull'attuale rilevanza del gruppo nel diritto del lavoro”.

(24) Sui processi di esternalizzazione e sulle loro diverse problematiche che sorgono cfr. in dottrina AA.VV., *Esternalizzazioni e tutele dei diritti dei lavoratori*, a cura di M. P. AIMO e di D. IZZI, Torino 2014, cui *adde* da ultimo M. MARAZZA, *Contributo allo studio della fattispecie* cit., 5-7, il quale osserva che a seguito della intensificazione dei processi di esternalizzazione si sarebbe potuto registrare un deciso orientamento degli interpreti verso una lettura più elastica della fattispecie del ramo d'azienda (cui l'ordinamento, come è noto, ricollega l'effetto del passaggio dei rapporti di lavoro dal cedente al cessionario), magari bilanciata da più rigorosi controlli sui requisiti di genuinità di tali esternalizzazioni. Invece è accaduto a differenza delle attese che la giurisprudenza ha inteso la cessione di rami d'azienda, anche e soprattutto nell'ambito dei processi di esternalizzazione, alla stregua di una misura utilizzata dal mercato in modo alternativo alla riduzione del personale quale “*forma incontrollata di espulsione di frazioni*” dell'impresa “*non coordinate tra di loro*”, con la conseguenza che persiste una oggettiva e conclamata difficoltà di mettere a fuoco i contorni della fattispecie giuslavoristica del ramo d'azienda.

(25) Ai sensi dell'art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 276 del 2003, nel testo modificato dall'art. 30 della legge n. 122 del 2016 (in vigore dal 17 marzo 2017) viene statuito che l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa non costituisce trasferimento d'azienda “ove siano presenti strumenti di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa”. Il dato normativo è stato diversamente interpretato in relazione agli elementi identificativi della *discontinuità* dopo il subentro del nuovo appaltatore. Per una sintesi delle diverse letture date in dottrina ed in giurisprudenza della summenzionata normativa cfr. M. MARAZZA, *Contributo allo studio della fattispecie* cit., 25 ss., cui *adde* tra gli altri i contributi di A. SITZIA, *Il “subentro” di un nuovo appaltatore dopo “La legge Europea” 2015-2016*, in *Lav. giur.* 2017, 537 ss., e di L. A. COSATTINI, *Cambio appalto e trasferimento d'azienda: un intervento normativo poco meditato*, *ivi*, 953 ss., secondo cui la nozione di discontinuità va riferita, più che agli elementi del passaggio, alla organizzazione imprenditoriale dell'attività da cui emergano con evidenza le innovative modalità del servizio prestato dal subentrante. In argomento cfr. da ultimo F. AMENDOLA, *Appalti* cit., par. 5 nel presente volume, che dopo avere premesso che vi è trasferimento d'azienda o di un suo ramo quando l'entità economica organizzata prosegue con il cessionario conservando la propria identità, aggiunge poi che «all'inverso non sarà applicabile l'art. 2112 c.c. ma l'eccezione prevista dal nuovo terzo comma dell'art. 29 d.lgs. n. 276/2003 allorché sussistano nel cambio appalto “elementi di discontinuità” tali che l'entità trasferita non conservi la propria identità ma evidenzii una nuova e “specificità di identità di impresa”».

(26) Sulle tematiche delle piattaforme digitali cfr. di recente R. VOZA, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same of old story?*, in WW Cisdle, “Massimo D'Antona”. *it*, — 336/2017, ed ancora T. TREU, *Rimedi e fattispecie a confronto*, cit., 24 ss. che rimarca tra l'altro come il diffondersi in tutto il mondo del lavoro delle piattaforme ripropone radicalmente in termini nuovi il problema della qualificazione delle forme delle attività lavorative che in esse si svolgono e del trattamento da riservare ai lavoratori, determinando una difficoltà di inquadrare detti lavori in quelli tradizionali ed in particolare in quelli del lavoro subordinato, inducendo così alcuni studiosi a muoversi in una direzione simile, prospettando la necessità dell'applicazione di uno statuto protettivo adeguato ogni qualvolta questi lavoratori siano esposti a situazioni di rischio analoghe a quelle proprie del lavoratore subordinato, anche se non ricorrono gli elementi qualificatori della subordinazione (potere

Un approccio ermeneutico che senza avere di certo la pretesa di essere esaustiva sulle tematiche divenute di particolare attualità e che intenda limitarsi a prospettare, con le dovute cautele, soluzioni volte a rimarcare le differenze ontologiche tra gli istituti regolati dalle suddette discipline deve partire dalla premessa che la vicenda traslativa dell'azienda per i rapporti di diritto commerciale è in parte regolata dall'art. 2558 c.c. alla stregua del quale "se non è pattuito diversamente, l'acquirente subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale".

È stato al riguardo osservato che mentre la regolamentazione in materia commerciale è improntata al principio dispositivo nel pieno rispetto dell'autonomia contrattuale delle parti negoziali, l'art. 2112 c.c. si configura invece, per la natura degli interessi coinvolti, come una norma inderogabile nella misura in cui il rapporto di lavoro con l'imprenditore subentrante nella titolarità dell'azienda costituisce un effetto automatico *ex lege* di una vicenda circolatoria che assicura ai lavoratori una effettiva tutela in tema di continuità non solo dell'occupazione ma anche dei diritti che ne derivano, dal momento che detto trasferimento porta con sé, ai sensi del comma 3 dell'art. 2112 c.c., quella che può definirsi una ultrattività dei trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi (nazionali, territoriali ed aziendali) vigenti al momento del trasferimento e sino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili dall'impresa del cessionario (comma 3 dell'art. 2112 c.c.).

In altri termini si configura nel suddetto trasferimento d'azienda (o di un suo ramo) con riferimento alla posizione del lavoratore una successione legale nel contratto che, non richiedendo il consenso del contraente ceduto, non è assimilabile alla cessione del contratto per la quale il consenso opera da elemento costitutivo della fattispecie di cui all'art. 1406 c.c., né alla fattispecie di cessione di azienda regolata dagli artt. 2555 e ss., nel pieno rispetto quindi del principio dispositivo e della autonomia contrattuale delle parti negoziali (27).

direttivo ed eterorganizzazione). Per una sostanziale valorizzazione di tutele differenziate in ragione dei bisogni e delle necessità delle varie categorie dei lavoratori e delle loro specifiche esigenze, che vadano al di là dei rigidi schematismi qualificatori vedi G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di incertezza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2015, 1103, il quale evidenzia che l'interprete deve dare risposte conferenti ed adeguate alle domande di tutela delle situazioni soggettive violate, ricercando gli strumenti "da rinvenire in modo agile e concreto" pure nella complessità di un ordinamento sovranazionale, nonché P. Loi, *Il lavoro nella economy nella prospettiva del rischio*, in *Riv. giur. lav.* 2017, I, 259 ss..

(27) Di recente in giurisprudenza sul comportamento del lavoratore ceduto nel trasferimento d'azienda e sul suo diritto di recesso alla stregua del quarto comma dell'art. 2112 c.c. in ragione di una specifica normativa propria dell'istituto scrutinato cfr. Cass. 23 maggio 2017 n. 12919, in *Giur.*

Motivi questi che portano a ritenere che la normativa sull'art. 2112 c.c. può qualificarsi come una *normativa speciale* regolante un tipo *negoziale autonomo* — utilizzabile per fattispecie trasversali (trasferimento di proprietà, usufrutto, diritti personali di godimento, ecc.) — come tale ben distinto, come già detto, da altri istituti circolatori della azienda, espressione della piena libertà di impresa non condizionata dalla condotta del cessionario per restare irrilevante l'uso che questi vuol fare del complesso trasmesso ai fini della qualificazione del tipo negoziale (28).

Corollario di quanto sinora detto è che — nel rapporto tra le parti del trasferimento d'azienda (siano esse società o singoli imprenditori) — debba trovare applicazione la normativa dell'art. 2112 c.c. allorché si intenda trasferire “una attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conservi la propria identità”; elemento questo qualificante del negozio scrutinato e della conseguente regolamentazione incentrata sul bilanciamento tra il diritto all'esercizio libero dell'impresa ed il diritto dei lavoratori alla continuazione dell'occupazione. In assenza di tali presupposti il trasferimento d'azienda si concretizza invece in una cessione avente ad oggetto una universalità di beni (29) a seguito di un negozio al quale rimangono estranei i singoli

it., 2018, 152 con nota di F. R. GRASSO, *Sul comportamento (concludente) del lavoratore nel trasferimento d'azienda*, ma già in epoca risalente per una chiara differenziazione tra il trasferimento d'azienda e la mera esternalizzazione di servizi attraverso la distinta fattispecie della cessione dei contratti di lavoro (che necessita del consenso dei lavoratori ceduti) cfr. Cass. 17 luglio 2008 n. 19740.

(28) L'assunto di cui al testo sembra trovare condivisione in dottrina da parte di chi — dopo avere premesso che rimane controversa sotto molti profili la disciplina dei negozi aventi ad oggetto l'azienda — patrocinava la tesi che la normativa dell'art. 2112 c.c. debba trovare applicazione non in ogni ipotesi di cessione dell'azienda ma invece soltanto nell'ipotesi normale in cui alla cessione dell'azienda si accompagni la successione del nuovo proprietario (o dell'usufruttuario o dell'affittuario per i quali esiste l'obbligo di continuare l'attività intrapresa) nell'esercizio dell'impresa (così A. GRAZIANI-G. MINERVINI-U. BELVISO-V. SANTORO, *Manuale di diritto commerciale*, cit., 72 per i quali però alla questione in esame non può probabilmente darsi una soluzione unitaria perché va correlata alla finalità di ciascuna norma).

Sul punto cfr. anche M. CIAN, *La “circolazione” dell'impresa: il trasferimento dell'azienda*, in AA.VV., *Diritto commerciale* (a cura di M. CIAN), vol. I, *Diritto dell'impresa*, Torino 2017, che dopo avere ritenuto — contrariamente a quanto sostenuto da altri studiosi — che l'applicazione delle norme che coinvolgono l'interesse dei terzi *deve seguire e non precedere* la qualificazione della fattispecie aggiunge testualmente: *irrilevante ai fini della qualificazione del negozio resta invece l'uso che il cessionario intenda fare del complesso acquisito* (il motivo che lo induce all'acquisto non incide sulla causa del negozio).

(29) Definiscono l'azienda “un insieme di beni collegati tra loro da un nesso di dipendenza reciproca, in guisa da servire al fine produttivo comune”: A. TORRENTE e P. SCHELISINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano 2009, 185-187, che — dopo avere ricordato i diversi indirizzi dottrinari riguardanti la sua natura giuridica (*universitas facti*: universalità diversa da quella regolata dall'art. 816 c.c.; cosa composta funzionalmente in cui le singole cose sono collegate non materialmente ma funzionalmente; ed ancora figura *sui generis* non inquadrabile in alcuna delle categorie tipicizzate) — evidenzia che secondo l'opinione prevalente l'azienda è lo strumento indispensabile per l'attività dell'imprenditore per rappresentare il *complesso dei beni*, di cui si avvale per svolgere la sua attività economica.

lavoratori coinvolti, perché in esso il momento unificante è dato da una “predeterminata entità economica”, tradottasi in un “autonomo ramo aziendale” (30).

Le evidenziate differenze sul versante ontologico delle tipologie negoziali esaminate finiscono poi per riflettersi in modo marcato sul versante della forma e delle loro ricadute negoziali in ragione di un diverso bilanciamento dei diritti in gioco, la cui graduazione è destinata infatti a variare a seconda delle specifiche finalità che le parti negoziali intendono nel concreto perseguire e del contesto socio economico in cui il singolo e specifico atto di trasferimento (della proprietà, dell'usufrutto o dell'affitto d'azienda, ecc.) è destinato ad interagire (31).

4. Il “difficile” rapporto tra normativa nazionale ed ordinamento dell'Unione Europea sul trasferimento d'azienda.

Si è di recente puntualmente rilevato che per la dottrina e la giurisprudenza giuslavoristica il discorso sulla “circolazione dell'impresa” va allargato sia sulla nozione di “circolazione” che su quella di “azienda trasferita” (ex art. 2112, quinto comma, c.c.) alla luce dell'ordinamento comunitario e nella scia dell'indirizzo interpretativo della Corte di Giustizia. Con riguardo al tema in esame infatti si è evidenziato come il diritto

Per le diverse teorie sulla natura dell'azienda cfr. tra gli altri di recente: M. CIAN, *La “circolazione” dell'impresa* cit., 143-144, il quale evidenzia come sia discusso se giuridicamente all'azienda appartengano anche i servizi, cioè le prestazioni d'opera cui il titolare dell'azienda ha diritto in forza dei contratti di lavoro autonomo o dipendente stipulati con i propri collaboratori, mentre non costituiscono sicuramente elementi aziendali le relazioni giuridiche instaurate dall'imprenditore nell'esercizio dell'attività svolta (c.d. *patrimonio aziendale*, contratti con la clientela, debiti verso i fornitori, ecc.), la cui sorte infatti la legge regola variamente in base alla tipologia del rapporto ed agli interessi implicati).

(30) Osserva M. CIAN, *La “circolazione” dell'impresa* cit., 144, che l'art. 2112 c.c. contiene una definizione del ramo d'azienda che, pur rilevando di per sé soltanto ai fini della regolamentazione della sorte assegnata ai rapporti di lavoro, enuncia un concetto di ramo sicuramente di valore più generale, perché ramo è “una parte dell'azienda intesa come articolazione funzionalmente autonoma di una attività economica organizzata identificata come tale dal cedente e cessionario al momento del suo trasferimento”.

(31) Va precisato che la netta diversità tra le varie fattispecie di forme circolatorie dell'impresa non impedisce che in presenza di lacune possa farsi ricorso ad interpretazioni estensive o anche all'applicazione analogica — se ne ricorrono i presupposti — delle “Disposizioni generali” sulla azienda (Titolo VIII, Capo I, Libro V, c.c.). Pertanto in sede negoziale tra le parti può stabilirsi — in presenza di una lacuna sul punto nel trasferimento ex art. 2112 c.c. — l'estensione a chi trasferisce l'azienda del divieto di concorrenza avendo la giurisprudenza più volte stabilito che l'art. 2557 c.c. non ha carattere eccezionale in quanto con esso il legislatore non ha posto in essere una norma derogativa del principio di libera concorrenza per cui non ne è escluso il ricorso anche all'analogia (cfr. *ex plurimis*: Cass. 14 luglio 2000 n. 9862, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1031, con nota di M. T. STILE, *Trasferimento di quote sociali e divieto di concorrenza*, ed in *Foro it.* 2000, I, 3015, con nota di R. RODORF, *Cessione di quote sociali e divieto di concorrenza: il velo societario si fa più trasparente*).

Più in generale sulle numerose problematiche inerenti alla cessione d'azienda nel diritto del lavoro e nel diritto commerciale cfr.: G. VIDIRI, *Il trasferimento d'azienda*, cit., 974-975.

comunitario abbia avuto con il nostro legislatore un rapporto “difficile” in quanto contrassegnato dall'intervento di una giurisprudenza che ha inciso pesantemente sul diritto nazionale (32).

Non può però negarsi che le difficoltà interpretative sussistenti in relazione ai punti nodali della cessione d'azienda sono dovute anche: alla non sempre agevole ricerca del giusto equilibrio tra il diritto alla libertà d'impresa da un lato ed il diritto al posto di lavoro dall'altro; alla difficile definizione della nozione del “ramo d'azienda”; all'individuazione delle diversità di regolamentazione nella circolazione delle imprese, a seconda che versino o meno in crisi, al fine di accertare la possibilità di deroghe alle garanzie apprestate a tutela dei lavoratori trasferiti; ad una tecnica legislativa divenuta nel corso degli anni sempre più approssimativa; ed infine anche ad una lettura della legislazione nazionale e della stessa Carta Costituzionale, non di rado permeata da scelte ideologiche o da pregiudizi, preconcezioni e da rigide opzioni culturali con specifico riferimento per quanto attiene all'art. 41 Cost. sulla libertà di impresa e agli artt. 1 e 4 Cost. sul diritto al lavoro (33).

Considerazioni queste che inducono ad alcune ulteriori e necessarie riflessioni a livello ordinamentale per giungere a soluzioni meditate ed esenti da condizionamenti di qualsiasi genere, come tali capaci di svolgere il compito del giuslavorista e soprattutto il ruolo istituzionale del giudice

(32) Cfr. al riguardo in termini più articolati: P. LAMBERTUCCI, *Circolazione d'impresa e rapporti di lavoro*, in *Arg. dir. lav.* 2018, I, 25, che — a dimostrazione che la definizione della crisi d'impresa sia a “maglie larghe” — precisa che a prescindere dal *nomen iuris* del “titolo” del trasferimento si considera sufficiente il subingresso di un “nuovo” imprenditore nella gestione della impresa (*rectius* entità economica) intesa in senso ampio, perché comprensiva degli elementi patrimoniali, immateriali e, altresì, dei rapporti di lavoro in ragione dell'assetto organizzativo-gestionale dell'azienda.

(33) L'individuazione di un giusto equilibrio tra distinti e talvolta confliggenti diritti, ognuno dei quali a copertura costituzionale, è per il giuslavorista un compito abituale perché incrocia — in varia misura e modalità — tutti i rilevanti istituti del diritto del lavoro (licenziamenti individuali, licenziamenti collettivi, trasferimenti d'azienda e dei lavoratori; controlli sull'attività lavorativa, ecc.). Problematiche queste che fanno emergere nella dottrina e nella giurisprudenza settoriale una insufficiente attenzione — unita talvolta anche ad una carenza culturale — che porta sovente all'occultamento di precostituite e rigide scelte valoriali sotto l'usbergo di una (abusata) clausola, ormai divenuta di stile (“interpretazione costituzionalmente orientata”).

Per una più completa esplicitazione delle ragioni sinteticamente espresse nel testo cfr. G. VIDIRI, *Il giudice e la legge nel diritto del lavoro: il giuslavorista alla ricerca di se stesso tra sentenze « creative » e (in)certezza del diritto*, in *Arg. dir. lav.* 2017, I, 982 ss.; e con specifico riferimento alle interpretazioni di carattere ideologico delle norme della Carta Costituzionale Id., *Art. 41 Cost.: licenziamento per motivi economici e “repechage” dopo il Job Act*, in *Corriere giur.* 2017, 659 ss.; Id., *Il licenziamento per motivi economici nel “nuovo corso” del diritto del lavoro*, in *Lavoro, Diritti, Europa* 2017, fascicolo 1.

Infine sul principio della certezza del diritto, che costituisce il presupposto della legalità, senza la quale non c'è la libertà (né politica né morale), insita naturalmente in ogni consociato, vedi P. CALAMANDREI, *Non c'è libertà senza legalità*, Editori GLF Laterza, n. 39, 5-8. Per di più il *vulnus* alla certezza del diritto finisce per ledere la stessa credibilità dello Stato come avviene, ad esempio, in presenza di leggi incidenti con efficacia retroattiva sui trattamenti pensionistici, perché con esse si disconoscono unilateralmente i patti contratti in precedenza con i consociati.

tenuto ad “interpretare” la legge e non certo a “disapplicarla” sino ad “abrogarla” di fatto con sentenze “creative” ed “a sorpresa” in tal modo violando il principio della certezza del diritto ed alterando a lungo andare lo stesso corretto equilibrio tra poteri dello Stato (34).

5. La libertà d'impresa nel mercato globalizzato e concorrenziale nella interpretazione conforme della Carta costituzionale all'ordinamento dell'Unione Europea.

È stato ricordato che la Costituzione Italiana per la prima volta nella storia ha riunito i rappresentanti di tutto il popolo nella stessa ansia di rinnovamento espressa nella solenne dichiarazione dei « Principi fondamentali », conferendo ad essi una diretta ed immediata efficacia normativa potenziata sia nei confronti del legislatore sia di ogni altro soggetto (35).

La serie delle dichiarazioni, è stato poi rimarcato, si apre con quella consacrata nell'art. 1, la quale proclamando « l'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro », pone « il più generale criterio regolativo dell'intero sistema dei rapporti dei cittadini tra loro e con lo Stato », ubbidendo « all'intento di esprimere una volontà di netto distacco dalle Costituzioni del passato (le quali riflettevano strutture sociali basate sulla proprietà privata dei beni di produzione, proclamata e tutelata come bene inviolabile) ». Si è così invertito il valore attribuito ai due termini del rapporto proprietà-lavoro « conferendo la preminenza a quest'ultimo sul

(34) Considerazione questa che rende utile e tuttora di viva attualità il monito di B. LEONI, *La libertà e la legge*, Macerata 2000, 147, per il quale « il potere giudiziario dovrebbe indirizzarsi molto di più a scoprire quale è la legge piuttosto che imporre alle parti in causa ciò che il giudice pensa sia la legge ». Monito questo che potrebbe completarsi — senza di certo vanificarne il significato e nella fondata speranza di non compiere una spericolata operazione di ortopedia giuridica — aggiungendo le seguenti parole finali « ... o ciò che il giudice desidera sia legge ».

Per quanto attiene alla certezza del diritto ed ai valori di tutela delle libertà individuali da tale principio garantite e per riferimenti anche agli elementi (di natura materiale ed ideologica) ostativi alla sua applicazione cfr. la nota monografia di F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, nella Collana *Civiltà del diritto* (già diretta da F. Calasso e curata da Francesco Mercadante, a cura di G. Astuti, comprensiva anche dei saggi di G. Capograssi, P. Calamandrei, F. Carnelutti e P. Fedele), Milano 1968.

(35) Cfr. sul punto: C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, vol. XI, Milano 1962, 214, per il quale la « superlegalità costituzionale » dei « principi fondamentali » della Carta è resa palese dal rigetto della proposta, che pure era stata avanzata, di trasferirli in un « preambolo » proprio per eliminare la possibilità di dubbi sul carattere da attribuire loro. Dubbi analoghi a quelli sorti in passato in Francia a proposito della Dichiarazione dei diritti formulati in documenti distinti da quelli della Costituzione, dal momento che con i suddetti principi « doveva esprimersi la funzione ad essi assegnata di porre le linee direttive del disegno poi svolto nelle parti successive, di fornire il criterio generale di interpretazione, suscettibile di riunire in un insieme unitario le molteplici manifestazioni di vita dello Stato, segnando altresì i limiti invalicabili ad ogni mutamento costituzionale ».

primo »; e tutto ciò con un passaggio dal tipo di *ordinamento astensionista* a quello di *ordinamento interventista*, per essere lo Stato chiamato « a modificare le condizioni che influenzano i rapporti contratti tra i singoli, a correggere i risultati derivanti dal giuoco delle forze sociali contrapposte » al fine « di consentire a tutti, e non ad alcuni privilegiati, l'uso effettivo delle libertà, la possibilità per ogni uomo di esplicitare le capacità insite in lui, svolgendo pienamente la propria personalità » (36).

Sulla capacità in termini immediatamente applicativi dei principi fondamentali della Carta e sulla la loro affermata specifica forza espansiva si sono però già in epoca risalente mosse riserve (37).

In particolare con riferimento all'art. 1 Cost. non solo si è ritenuto che gli intenti e le finalità del Costituente sono stati nella realtà fattuale del tutto disattese (38), ma si è anche osservato da autorevole dottrina una assoluta inefficacia della suddetta norma attraverso una severa e caustica critica sul piano ordinamentale della solennità del suo contenuto (39).

E sempre in epoca risalente è stato anche rilevato, per quello che interessa in questa sede, che il nucleo normativo dell'art. 41 Cost. deve ritenersi elemento fondante del titolo III, Parte I, della Carta perché “nesso necessario di collegamento” tra le sue diverse disposizioni in tema di “Rapporti economici”. Al riguardo è stato aggiunto che la suddetta disposizione si è analizzata nell'ottica liberale attraverso l'antitesi autorità-libertà, privilegiando l'iniziatica economica privata in chiave

(36) Risultati questi che aggiunge ancora C. MORTATI, *La Costituzione*, cit., 215, e nt. 214, non potrebbero raggiungersi se non si accogliesse un principio di differenziazione fra libertà essenziali alla persona, e pertanto suscettibili di estendersi ad ogni soggetto senza danno per gli altri, e le libertà meno essenziali o comunque tali per il loro oggetto, da sottrarsi alla possibilità di un godimento illimitato.

(37) Per l'affermazione infatti che nella proclamazione « L'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro » le parole non hanno lo stesso valore, determinativo e vincolante della struttura dello Stato, delle altre norme della Carta vedi: C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Padova 1954, 15.

(38) Sul punto cfr. G. ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'art. 1*, Giulio Einaudi Editore 2013, secondo cui la Costituzione pone il lavoro come un principio da cui dipendono le politiche economiche e più in generale l'intera economia mentre oggi tale sequenza risulta ribaltata dal momento che dall'economia dipendono invece le politiche economiche e da queste i diritti ed i doveri del lavoratore sicché il lavoro da “principale” è divenuto di fatto “conseguenziale”.

(39) In una Conferenza tenuta nel 1965 nell'Accademia dei Lincei CARLO ARTURO JEMOLO facendo l'analisi del linguaggio della Carta Costituzionale e mettendone in luce alcune ambiguità e contraddizioni riscontrabili sin dalla sua stessa nascita ebbe tra l'altro ad affermare testualmente con sottile ironia: “A rischio di attirarmi anatemi comincerei con il mettere tra le espressioni che nulla significano quelle dell'art. 1, Repubblica fondata sul lavoro, e lo stesso appellativo democratico, termine che viene accettato da tutti, da persone che hanno le opinioni più antitetiche”. Nella suddetta sede l'illustre giurista ebbe ad interrogarsi anche sul significato da dare al principio dell'art. 4 Cost.. Tale principio aggiunse avrebbe un senso solo se importasse per chiunque « il diritto di ottenere da un ufficio statale, da un giorno all'altro, un posto di lavoro retribuito » (per una lettura integrale dell'intera Conferenza vedi C. A. JEMOLO, *Cos'è la Costituzione?*, Roma 2008, Collana Saggine n. 123, in cui accanto ad altri scritti dello stesso Autore viene affiancato il testo della suddetta Conferenza).

garantista, come baluardo a difesa di una libertà costituzionale del cittadino. La stessa norma è stata però guardata più spesso come finalizzata ad accreditare un marxismo astratto e astorico o, più precisamente, un marxismo praticato e teorizzato in altre realtà storiche e nazionali (40).

È innegabile che il citato art. 41 Cost., per l'indeterminatezza e la vaghezza del suo contenuto, che ne fanno una disposizione inquadrabile nella categoria di quelle a contenuto generico è suscettibile di essere letta in vario modo sino ad essere non di rado utilizzata con finalità ideologiche (41).

Di certo per il giuslavorista ed il costituzionalista è questa una norma di difficile interpretazione perché ha ad oggetto l'individuazione di un "equo bilanciamento" tra valori potenzialmente conflittuali e specificamente — è bene ribadirlo — tra il diritto alla libera iniziativa economica privata (art. 41, comma 1) ed altri diritti che per avere analoga copertura costituzionale non possono essere vanificati dalla libertà di impresa non essendo consentito che essa si svolga in modo da arrecare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana (art. 41, comma 2).

Un approccio ermeneutico che voglia essere pertanto di qualche utilità deve indurre l'interprete ad interrogarsi sulla capacità del testo della vigente Carta costituzionale a dare risposte alle domande nuove

(40) Cfr. sul punto ampiamente: F. GALGANO, in F. GALGANO-S. RODOTÀ, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA (Artt. 41-45), *Rapporti economici*, II, sub art. 41, Bologna-Roma, 40-41, che evidenzia anche come l'art. 41 Cost. sia stato considerato la "strada maestra" per la costruzione del socialismo, finendosi in tal modo "con il ridefinire la libertà economica e convertirla, dal diritto di libertà, in funzione sociale, come tale sottoposta, addirittura, al sindacato giudiziario dell'eccesso di potere".

(41) Per una severa critica a quello che poi sarebbe divenuto il vigente art. 41 Cost. cfr. L. EINAUDI, che in sede di Assemblea Costituente in Adunanza plenaria del 9 maggio 1947, nell'opporvi all'inserimento nel testo normativo di forme di pianificazione economica ebbe ad affermare che "la difficoltà intorno a cui si sono sinora travagliate generazioni intere di studiosi è costituita da quello che nel linguaggio abbreviato si dice essere il ponte tra l'individuo e l'utilità di ogni altro individuo", perché mentre si può apprezzare l'utilità che il singolo individuo conferisce al fine che vuole conseguire "nessuno è riuscito mai a sapere quale sia il significato che una collettività, anche di due persone, può dare all'utilità non dei singoli ma dell'insieme dei due" (il citato intervento è riportato in L. EINAUDI, *In lode del profitto e altri scritti*, a cura di A. GIORDANO, Torino 2011, 121 ss.).

Sull'art. 41 si è detto ancora che tale norma è espressione di tendenze "diverse e contraddittorie" per cercare di conciliare il principio della libertà economica con quello dell'intervento pubblico, (cfr. P. CALAMANDREI, *Atti Ass. Cost.*, 157-158), ed ancora è stato affermato che risulta impossibile individuare nell'art. 41 un "centro di equilibrio", stante la diversa sensibilità degli interpreti, oscillante ora verso il principio della libertà ora verso il principio di direzione economica nell'economia (cfr. ancora P. CALAMANDREI, *Atti Ass. Cost.*, 157-158).

A. BALDASSARE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano 1971, 603, parla di "irriducibile poliedricità" riscontrabile nella nozione di "utilità sociale" perché il richiamo a tale concetto "ha l'effetto di produrre una vera e propria bipolarità semantica, il cui referente oggettivo si identifica nella soddisfazione di bisogni imputabili, in un caso ai lavoratori dipendenti e, nell'altro, all'intera società o, più precisamente, a quel gruppo o a quel soggetto che nella singola fattispecie si presenta come investito dell'interesse sociale".

poste dai mutamenti culturali, sociali e politici intervenuti nel tempo con velocità esponenziale e consequenziali tra l'altro all'accrescersi delle conoscenze scientifiche, all'avvento ed utilizzazione di tali conoscenze e alle recenti tecnologie digitali e soprattutto alla crisi della « impresa fordista ».

A tutto ciò si aggiunge una globalizzazione dei mercati priva di adeguata regolamentazione, una moltiplicazione delle tipologie del rapporto di lavoro con un appannarsi dei criteri tradizionali distintivi della autonomia e della subordinazione, ed infine una progressiva crescita della flessibilità dei contratti di lavoro e di quelli a termine con una decrescita di quelli a tempo indeterminato.

Fattori questi che impongono nel loro insieme una rilettura delle legislazione nazionale sul lavoro, divenuta parte integrante di un ordinamento complesso ed a più livelli.

Per pervenirsi dunque a soluzioni affidabili anche in relazione alla tenuta temporale delle risposte da darsi alle indicate nuove problematiche deve passarsi attraverso la c.d. “interpretazione conforme” che porta a confrontare la nostra Carta con il diritto sovranazionale, attraverso una lettura delle norme volta ad accertare il rapporto tra diritto alla libertà di impresa ed il diritto al lavoro, radicalmente mutato nelle sue componenti qualificanti.

Una siffatta operazione ermeneutica induce a certificare — a seguito delle direttive dell'Unione Europea e delle numerose sentenze applicative delle Corti di giustizia — che il mero riferimento alla “utilità sociale” non può ai sensi del comma 2 dell'art. 41 Cost, limitare la libertà d'impresa attraverso un bilanciamento di diritti, che disattenda le esigenze della produzione e della sicurezza e tutela del patrimonio aziendale, con negative ricadute in termini occupazionali ed economici (42).

Ed infatti il primo e secondo comma dell'art. 41 nell'applicazione che ne hanno dato sia i giudici nazionali (43) che quelli dell'Unione europea

(42) Per una maggiore esplicitazione delle causali e dei fattori che portano a privilegiare sul diritto al lavoro il diritto alla libertà di impresa nell'economia globalizzata e nei mercati concorrenziali attraverso una lettura della nozione di “utilità sociale” cfr. G. VIDIRI, *Il trasferimento d'azienda*, cit., 979-980. Per una analisi, da condurre alla stregua del diritto europeo, del bilanciamento degli opposti interessi coinvolti nei complessi meccanismi della “crisi aziendale”, nel corso delle quali l'azienda subisce una modificazione nella titolarità cfr.: A. PRETEROTI, *Continuità dei rapporti* cit., 473-475.

(43) Al riguardo vedi Corte Cost. n. 548 del 1990, in *Giur. cost.* 1990, 3147, e tra le altre Corte Cost. n. 339 del 2001, *ivi*, 2001, 2900.

In dottrina per la condivisione dei principi enunciati dal giudice delle leggi vedi G. MORBIDELLI, *Iniziativa giuridica privata*, in *Enc. giur.*, Treccani XXVIII, Roma 4-5, e più in generale sui progetti di riforma del vigente art. 41 Cost. — norma di cui si chiede da più parti una riscrittura, unitamente alle altre disposizioni contenute nel Titolo III, Parte I, della Carta — vedi: F. ANGELICI, *Costituzione ed economia al tempo della crisi*, e F. ZATTI, *Riflessioni sull'art. 41: la libertà di iniziativa economica*

portano a rafforzare il principio della libertà di impresa intesa come « esercizio di libertà personale da conservare, per quanto possibile, nella sua forma *pura*, come potere di libertà », arrivando per questa strada sinanche a comprimere in modo “pre-constituito”, e non sulla base della regola del bilanciamento degli interessi, i diritti sociali a vantaggio delle libertà economiche » (44).

In tale ottica l'esercizio di una attività economica non può più subire arbitrarie giustificazioni sul versante della libertà organizzativa dell'imprenditore, come si evince con chiarezza da una decisione della Corte di Lussemburgo, che — con riferimento alla fattispecie del trasferimento d'azienda ed in presenza di clausole di contratti collettivi di “natura dinamica” vincolanti il cedente ed il cessionario — ha statuito che “la direttiva 2001/23 non mira unicamente a salvaguardare gli interessi del lavoratore, ma intende assicurare un giusto equilibrio tra gli interessi di quest'ultimo e quelli del cessionario” sicché “ne deriva in particolare che il cessionario deve essere in grado di procedere, successivamente alla data del trasferimento, agli adeguamenti ed ai cambiamenti necessari alla continuazione della sua attività” (45).

Né può da ultimo sottacersi che l'esigenza evidenziata di rivisitare il dato normativo alla stregua dei continui mutamenti del diritto del lavoro induce ad attribuire il dovuto rilievo alle prescrizioni dell'art. 46 Cost. — aventi una eco nel combinato disposto degli artt. 2094 e 2104 c.c. — al fine di pervenire ad un migliore e più utile assetto delle relazioni industriali che non sia cioè *conflittuale* ma *collaborativo*, nell'intento di incrementare la produzione anche attraverso la partecipazione dei lavoratori all'impresa (46).

privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione, in *Studi in onore di Claudio Rossano*, IV, Napoli 2013, rispettivamente alle pagine 1820 ss. e 2235 ss..

(44) Sul punto vedi le sentenze *Viking* (Corte di Giustizia 11 dicembre 2007, C-438/08) e *Laval* (Corte di Giustizia 18 dicembre 2007, C-341/05), che sono state oggetto di numerosi commenti tra i quali: U. CARABELLI, *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Laval e Viking*, in *Riv. lav. e rel. ind.*, 2008, 147 ss.; M. PALLINI, *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione Europea*, in *Riv. giur. lav.* 2009, II, 3 ss..

(45) In questi termini cfr. il punto 22 della sentenza *Asklepios* della Corte di Giustizia 27 aprile 2017, cause riunite C-680/15 e C-681/15, (che si leggono anche in *Lavoro e giur.* 2017, 1067, con nota di R. COSIO, *Trasferimento d'impresa e contratto collettivo*), e punto 23 che più specificamente evidenzia che “l'art. 3 della direttiva 2001/23, letto alla luce della libertà di impresa, implica che il cessionario deve avere la possibilità di fare efficacemente i propri interessi in un *iter* contrattuale al quale partecipa e di negoziare gli elementi che determinano l'evoluzione delle condizioni di lavoro dei suoi dipendenti in vista della sua futura attività economica”.

(46) A ben vedere l'intento del legislatore di rendere permeabile la materia giuslavoristica al principio della collaborazione in linea con la *ratio* dell'art. 46 Cost. può ravvisarsi nel c.d. “lavoro agile” che, introdotto con la legge 27 maggio 2017 n. 81, prende le distanze dalla impostazione che vuole da sempre la subordinazione ancorata ad un apparato di regole per lo più inderogabili a tutela di un lavoratore (sempre e comunque ritenuto debole), lasciando in tal modo ampi spazi di libertà ed

6. La « travagliata » definizione della nozione di “ramo d'azienda”.

I descritti radicali cambiamenti caratterizzanti la legislazione del lavoro del Paese, in buona misura scaturenti dal graduale assestarsi del nostro ordinamento ai principi fondanti del diritto dell'Unione Europea, forniscono le coordinate per una riesame della nozione stessa del « ramo d'azienda ». Evento questo intorno al quale ruotano i crescenti fenomeni della localizzazione e del lavoro esterno, che hanno riaperto il dibattito sul disposto del comma quinto dell'art. 2112 c.c. pure in relazione alla disciplina ed agli effetti relativi al cedente e cessionario del ramo trasmesso (47).

Nella giurisprudenza comunitaria è stato più volte affermato che per “ramo d'azienda” deve considerarsi ogni entità economica organizzata in materia stabile che conservi la sua entità e che consenta l'esercizio di una attività economica finalizzata al perseguimento di uno specifico obiettivo (48). Indirizzo questo cui hanno aderito concordemente anche i giudici di legittimità in applicazione della direttiva 2001/23 nella lettura che ne ha dato la Corte di Lussemburgo (49).

In dottrina è inoltre opinione universalmente condivisa che nel modificare l'originario testo dell'art. 2112 c.c., prima con l'art. 47 n. 428 del 1990 e poi con il d.lgs. n. 18/2001, si sia inteso procedere nel rafforzamento dei diritti dei lavoratori.

Nello stesso tempo non può però disconoscersi nella norma codici-

autonomia nella determinazione delle modalità dello svolgimento delle prestazioni, facendosi così interprete delle molteplici e differenziate esigenze scaturenti dall'evolversi dei sistemi produttivi e dei progressi tecnologici.

In dottrina cfr. per tutti in materia: L. FIORILLO, *Il lavoro agile: continua il processo di ridefinizione del diritto del lavoro*, in L. FIORILLO-A. PERULLI (a cura di), *Il Job act del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Torino 2018, 170, secondo il quale tale nuova tipologia negoziale prende le distanze dalla tradizionale disciplina del rapporto subordinato quale apparato di regole in buona misura indisponibili dalle parti negoziali.

(47) Il ramo d'azienda è definito dall'art. 2112 c.c. come una parte dell'intera azienda intesa “come organizzazione funzionalmente autonoma di una attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento”.

(48) Cfr. *ex plurimis*: Corte di Giustizia sentenze 24 gennaio 2002, C-51/00 e 28 settembre 2015, C-458/12 e più di recente sentenza 11 luglio 2018, C-60/17 cit., che ribadisce che il trasferimento deve riguardare « un'entità economica che conserva la propria identità intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria ».

(49) Cfr. tra le altre: Cass. 26 luglio 2016 n. 15438; Cass. 28 aprile 2014 n. 9361, che hanno tutte ribadito la necessità, prima del trasferimento di un ramo d'azienda, di una sufficiente autonomia funzionale della quota di impresa ceduta.

Al riguardo va anche evidenziato che pur dopo la modifica apportata all'art. 2112 c.c. dal d.lgs. n. 275/2003, che ha previsto l'individuazione del ramo in occasione del trasferimento, la giurisprudenza dei giudici di legittimità ha continuato a ritenere, a tutela dei lavoratori, necessario il requisito della “preesistenza” unitamente a quella dell'autonomia funzionale e conservazione dell'entità trasferita, rifiutando in tal modo la tesi di quanti hanno dato decisivo rilievo, al fine di sostenere l'opposto indirizzo, alla lettera della rinnovata disposizione codicistica (cfr. sul punto tra le altre: Cass. 28 settembre 2015 n. 1941; Cass. 15 aprile 2015 n. 8757; Cass. 4 dicembre 2012 n. 2151, in *Riv. it. dir. lav.* 2013, II, 604, con nota di GIANNI GAETANO, *Le errate ragioni di un tutela bivalente*).

stica una finalità agevolativa del trasferimento d'azienda, affrancando l'istituto da eccessive rigidità capaci di ostacolare processi di scomposizione delle imprese e di trasferimento anche di parte del loro patrimonio con il conseguente effetto che — in presenza di comprovate esigenze di riduzione di organico da parte dei cedente — vanno favoriti strumenti alternativi al licenziamento collettivo perché il consentire la circolarità dell'impresa ha di certo un impatto socialmente utile sul versante della produttività e dello stesso mercato del lavoro in termini occupazionali.

Permangono tuttavia zone di incertezza sugli elementi richiesti per la configurabilità del ramo aziendale: ora vedendosi in esso una articolazione funzionalmente autonoma di una attività economica organizzata identificabile come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento al fine della sua continuazione anche se relativa solo ai servizi accessori (50); ora facendosi riferimento invece al requisito della sua "autonomia funzionale" che — al di là del basso (servizi di pulizia) o alto valore aggiunto (servizi informatici) dei contesti organizzativi con cui si realizza — si individua nell'elemento personale (il lavoro dell'uomo) che assume un contenuto preponderante (rispetto agli elementi materiali) nella qualificazione dei contenuti dell'attività economica organizzata (51); ed ora infine configurando il ramo d'azienda come una "piccola azienda" in grado di funzionare in modo autonomo ed esaustivo senza smembrarsi in frazioni autosufficienti e non coordinate tra loro e senza espulsione del personale che si rilevi eccedentario (52).

Non è mancato inoltre chi ha affermato che l'autonomia può essere solo potenziale e come tale valutabile dal giudice in ogni singolo caso in ragione della sua connessione con le altre parti dell'organizzazione del

(50) Cfr. sul punto G. SANTORO-PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda* cit., 25 e nota 44, il quale chiarisce che le modifiche all'art. 2112 c.c. hanno devoluto la disciplina del trasferimento alla autonomia individuale delle parti (alienante e acquirente), a quella del singolo lavoratore e a quella collettiva nella determinazione delle componenti dell'azienda ceduta, ricordando però come si sia anche sostenuto che la nozione di articolazione funzionalmente autonoma debba comprendere almeno una fase del ciclo produttivo dell'impresa, non potendo invece riguardare i servizi accessori.

(51) In questi esatti termini M. MARAZZA, *Contributo allo studio della fattispecie*, cit. 12, il quale evidenzia a conforto del suo assunto come l'organizzazione del lavoro possa assurgere ad oggetto principale, se non proprio esclusivo, di valutazione del requisito funzionale del ramo d'azienda.

(52) Per tale opinione cfr. P. Tosi, *La "preesistenza" del ramo d'azienda tra Corte di Giustizia U.E. e Corte di cassazione: il re ora è nudo*, in *Giur. it.* 2014, 1950 ss..

Per la possibilità di fissare la soglia dell'autonomia funzionale del ramo ad un livello che imponga la presenza dei soli elementi strettamente essenziali del ciclo produttivo di modo che l'autonomia dell'entità ceduta debba essere obiettivamente apprezzabile, pur dovendosi tener conto della sua destinazione che, normalmente, è quella di essere integrata nella organizzazione del cessionario cfr. di recente: M. MARAZZA, *Contributo alla fattispecie*, cit., 13-14.

cessionario ed in applicazione dei criteri di ragionevolezza e buona fede (53).

Per quanto attiene poi all'ulteriore requisito della "preesistenza" va ribadito che, pur dopo l'emendamento apportato dall'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003 al disposto dell'art. 2112 c.c., la giurisprudenza della Cassazione ha continuato a ritenere il requisito della "preesistenza" indispensabile per la configurabilità del ramo aziendale rifiutando in tal modo la tesi opposta basata sull'interpretazione letterale della rinnovata norma codicistica (54).

Indirizzo questo non sempre però seguito dai giudici di merito (55) e da parte della dottrina che ha evidenziato come il requisito ora scrutinato sia da valutare unitamente a quello dell'autonomia funzionale a tutela dei lavoratori giusta quanto statuito a livello sovranazionale (56).

Per garantire una qualche credibilità alla soluzione che si intende dare a problematiche che, come visto, vagano nella incertezza è opportuno qualche considerazione aggiuntiva sulla attuale legislazione del diritto del lavoro.

Contrariamente ad ottimistiche previsioni e fiduciosi auspici di autorevole dottrina sul futuro del diritto del lavoro (57), a partire dal 2012 ad

(53) Vedi sul punto in termini più articolati R. DIAMANTI, *Trasferimento di ramo d'azienda, preesistenza e autonomia alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. it. dir. lav.* 2015, II, 1221 ss. e spec. 1226-1229.

Più in generale sulle numerose problematiche del trasferimento del ramo aziendale, non tutte ancora risolte, vedi tra i molti: A. MARESCA, *L'oggetto del trasferimento aziendale e ramo d'azienda*, in *Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza* cit., 87 e ss.; A. PERULLI, *L'autonomia privata e collettiva nella determinazione dell'articolazione funzionalmente autonoma*, *ivi*, 109 ss. e più di recente C. CESTER, *Il trasferimento del ramo d'azienda alla prova della Corte di giustizia fra uso capovolto della normativa di tutela e disciplina di maggior favore*, in *Riv. it. dir. lav.* 2014, II, 470 ss., che — nel criticare la sentenza della Corte di Giustizia 6 marzo 2014, C-458/12, *Amatori e altri* — evidenzia come dal testo della suddetta sentenza si evinca una reciproca indipendenza tra diritto comunitario e diritto interno.

(54) In tali sensi vedi le decisioni riportate alla nota 48 e più di recente Cass. 24 gennaio 2018 n. 1769 non massimata.

(55) Infatti per il *dictum* che il ramo non è "preesistente" se costituito, seppure con anticipo, in vista della cessione oppure in prossimità di essa, vedi la giurisprudenza citata da M. MARAZZA, *Contributo allo studio* cit., pag. 24, e nota 61, e cioè: Trib. Ravenna 22 gennaio 2013, in *Arg. dir. lav.*, fasc. 2, 2014, con nota di BOSCATI, nonché da ultimo anche Trib. Roma 5 marzo 2018.

(56) Cfr. da ultimo M. MARAZZA, *Contributo allo studio* cit., 21-25, che — dopo avere richiamato la sentenza della Corte di Giustizia 6 marzo 2014, C-458/12 e l'orientamento secondo il quale il ramo d'azienda non può essere identificato come tale in occasione del suo trasferimento — mostra di essere favorevole ad una rilettura del requisito della preesistenza nel senso che non dovrebbe essere precluso all'autonomia negoziale del cedente e del cessionario qualificare come ramo d'azienda una struttura creata *ad hoc* per essere ceduta, restando però ben saldo il principio per il quale il ramo d'azienda deve essere apprezzabile da un punto di vista oggettivo,

Nega del tutto invece la rilevanza del requisito della preesistenza P. Tosi, *La "preesistenza" del ramo d'azienda*, *op. e loc. cit.*

(57) Cfr. al riguardo P. GROSSI, *La grande avventura giuslavoristica*, in *Riv. it. dir. lav.* 2009, I, 5 ss. che dopo avere affermato che il cultore del diritto del lavoro lungi dal rinserrarsi in un comodo bozzolo tranquillizzante « non può che sentirsi all'avanguardia, in una trincea sempre aperta nello

iniziativa dei governi Monti e Renzi, vi sono stati interventi normativi a pioggia, mal coordinati tra loro, dalla tecnica normativa non certo raffinata per essere il frutto di una politica compromissoria volta ad acquisire nell'immediato una crescita di consenso, e per di più privi di qualsiasi progettualità tanto da rendere indecifrabile finanche i valori di supporto delle numerose riforme orgogliosamente e frettolosamente rivendicate come strutturali.

Condizioni queste che causando un *vulnus* al principio della certezza del diritto costituiscono terreno fertile per far rivivere l'antico vizio di interpretare, oltre che le leggi ordinarie, anche la Carta Costituzionale, in termini ideologici attraverso correnti di pensiero tuttora influenti e trasversali nella magistratura e nella scienza giuridica, che tendono a vanificare o a screditare detto principio, reputandolo socialmente dannoso (58).

Un'ottica doverosamente esente da pregiudizi di qualsiasi genere induce invece a considerare — in linea con quanto attestato dalle già citate sentenze della Corte Costituzionale e dalle decisioni della Corte di Giustizia — che vi è stato nel tempo un graduale rafforzamento della libertà dell'impresa per cui non può allo stato più negarsi che persegua una *utilità sociale* l'imprenditore che, nel rispetto del comma 2 dell'art. 41 della Carta e nell'accordo delle parti sociali — al fine di ridimensionare il personale per reali esigenze produttive — si vede costretto ad incidere *in peius* sul trattamento normativo dei dipendenti trasferiti con la cessione, oltre che di componenti del patrimonio aziendale, anche delle loro già collaudate professionalità, come tali utilizzabili da parte del cessionario nella gestione della propria impresa.

È stato da ultimo precisato che, per l'applicazione dell'art. 1, paragrafo 1, lettera b) della direttiva 2001/23, il trasferimento deve riguardare « una entità economica che conserva la propria identità, come insieme di

sviluppo rapido della nostra civiltà giuridica », aggiunge poi: « io credo che la disciplina giuslavoristica meriti pienamente quell'appellativo che un nostro pensoso civilista, Vittorio Polacco, dava al diritto commerciale, cioè di essere il vero bersagliere del diritto privato » (pag. 31).

(58) Appaiono profetiche dopo quasi ottanta anni da quando furono pronunziate le seguenti parole di F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, cit., 81: « L'oscurità della norma, la sua lacunosità, la sua mancanza di semplicità, la sua instabilità, la molteplicità delle disposizioni in cui può articolarsi, la pluralità delle leggi, la difficoltà e la lunghezza dei giudizi sono i modi di manifestazioni, che ho chiamato *di fatto*, della incertezza del diritto (...). In essi c'è però una consapevolezza oscura, non una dichiarazione programmatica: questa si ritrova invece nelle correnti che apportano una minaccia anche teorica alla certezza del diritto, e che si propongono proprio di scalzare questa certezza, che considerano non come un valore ma un disvalore, nell'esperienza giuridica e nel mondo sociale ».

mezzi organizzati, al fine di svolgere una attività economica, sia essa necessaria o accessoria » (59).

Da qui la necessità che il giudice nazionale nella valutazione delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione del trasferimento in esame deve tener conto del tipo di impresa o di stabilimento di cui trattasi, della cessione delle componenti materiali dell'azienda, del valore degli elementi immateriali al momento della cessione, ed infine della riassunzione o meno della parte più rilevante del personale ad opera del nuovo imprenditore.

In questo quadro ricostruttivo vanno pure attenzionati la cessione della clientela ed il grado di somiglianza delle attività esercitate prima e dopo il trasferimento, nonché la durata di una eventuale sospensione di tale attività (60).

Corollario delle svolte considerazioni e dell'intento del legislatore di favorire la circolazione dell'impresa ampliando gradualmente l'ambito applicativo dell'art. 2112 c.c. è che per la configurabilità della cessione di un ramo aziendale è sufficiente una coesione funzionale ed organizzativa dell'attività ceduta anche se priva da sé solo di una autonomia gestionale o amministrativa, di una indipendenza economica-commerciale o, infine, di una assoluta autonomia del risultato produttivo (61).

In altri termini ai fini della configurabilità della cessione di un ramo aziendale quel che più conta non è tanto l'autonomia del ramo ceduto ma la funzionalità che detto ramo potrà assumere per la sua obiettiva idoneità ad accrescerne la produttività ed a garantirne conseguentemente la continuazione dei rapporti lavorativi trasferiti (62).

Il requisito dell'autonomia funzionale e della preesistenza devono, per-

(59) Così da ultimo Corte di giustizia 11 luglio 2018, C-60/17 cit., punto 29.

(60) Cfr. Corte di Giustizia 11 luglio 2018, C-60/17 cit., punti 30 e 31, che — facendo riferimento anche alla sentenza del 19 settembre 2017, *Securitas*, punto 26 — precisa anche che i suddetti elementi devono essere apprezzati nell'ambito di una valutazione di insieme delle circostanze del caso di specie e non possono perciò essere considerati isolatamente.

(61) In questi termini R. DE LUCA TAMAJO e M. T. SALIMBENI, *op. cit.*, 1821 ss., che con riguardo alle numerose interferenze tra normativa sul trasferimento d'azienda e quella della riduzione del personale rilevano come 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, risultino altresì sintonici all'interesse del cedente di liberarsi agevolmente del fattore umano relativo al segmento aziendale ceduto, senza faticose trattative e senza affrontare i costi dei licenziamenti collettivi. Opinione questa condivisa da M. MARAZZA, *Contributo allo studio cit.*, pag. 7 e nota 9.

(62) Motivi questi che rendono configurabile il trasferimento anche allorquando il ramo ceduto sia accessorio o di non particolare rilevanza ai fini produttivi. Cfr. in tema Corte di giustizia 11 luglio 2018, C-60/17, punto 29 nonché punto 33, dove la Corte ha ribadito che una « entità economica può essere in grado, in determinati settori, di operare senza elementi patrimoniali materiali o immateriali significativi, di modo che la conservazione dell'identità di un'entità di questo tipo al termine della operazione di cui essa è oggetto non può, per ipotesi, dipendere dalla cessione di tali elementi ».

tanto, essere valutate con lo sguardo rivolto al futuro. L'imprenditore non dovrà infatti essere invogliato a scegliere il licenziamento collettivo ma dovrà invece essere indotto — a livello normativo ed interpretativo ed in applicazione dei diritti dell'Unione europea — a tutelare, attraverso un giusto equilibrio tra il diritto al lavoro e quello alla libertà di impresa, la continuazione della totalità o almeno di una parte dei rapporti lavorativi ceduti, senza però che si verifichi una limitazione del potere discrezionale del cessionario di apportare nella gestione della sua azienda le innovazioni o gli adattamenti ritenuti necessari o utili per incrementarne la produttività.

Tutto ciò in un diverso e auspicato assetto delle relazioni industriali tra le parti sociali, che rifuggendo da una permanente conflittualità, risultino concordi nella condivisione del principio che solo attraverso la produttività delle imprese si perviene ad un miglioramento del mercato del lavoro con l'effettiva riduzione di una crescente disoccupazione (63).

7. Il trasferimento d'azienda nelle imprese in crisi.

Il costante e progressivo adeguamento della legislazione nazionale al diritto dell'Unione europea a seguito della procedura dell'interpretazione conforme porta di fatto a differenziare il trasferimento d'azienda da altre simili fattispecie allorquando si sia in presenza di una crisi in cui versa l'impresa (64).

Al riguardo è stato rimarcato come l'art. 47 l. n. 428 del 1990 nella versione attualmente vigente con i commi 4-bis e 5 e, sul versante dell'Unione, la direttiva 2001/23 nella lettura datane dalla Corte di giustizia con la sentenza 22 giugno 2017, in causa n. 126/2016, forniscono le coordinate per stabilire le condizioni in presenza delle quali è consentito alla legislazione interna di derogare sia ai diritti acquisiti dai lavoratori prima del trasferimento e sia ancora all'apparato garantistico ad essi spettanti in sede di licenziamento (65).

(63) L'intento di rendere permeabile la materia giuslavorista ai principi di collaborazione tra le parti del rapporto lavorativo, in applicazione del precetto dell'art. 46 Cost., non ha trovato sinora una concreta attuazione per effetto di politiche conflittuali non sempre supportate da valide ragioni.

Spiega puntualmente le ragioni della concreta disapplicazione del precetto di cui all'art. 46 Cost.: M. D'ANTONA, *Partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, in *Enc. giur.* XXII, Roma 1990, 16 ss., che rileva come nel nostro Paese le forme partecipative si siano sviluppate non come « partecipazione dei lavoratori » alla gestione delle imprese, bensì come « partecipazione del sindacato, discostandosi di fatto dall'art. 46 Cost. ».

(64) Per un esame delle problematiche scaturenti dal trasferimento d'azienda delle imprese in crisi cfr. di recente G. GAUDIO, *Trasferimento d'azienda e crisi di impresa: una eterogenesi dei fini da parte del legislatore italiano?*, in *WP CISDLE "Massimo d'Antona".it* — 347/2017, spec. 19-22.

(65) Più ampiamente in tema di trasferimento d'azienda nell'impresa in crisi nell'ambito del diritto dell'UE cfr. G. VIDIRI, *Il trasferimento d'azienda*, cit., 981-982, cui *adde*, in tema: per quanto

È opportuno specificare che la normativa di regolamentazione del trasferimento ora in esame è data, come si è detto, dai commi 4-*bis* e 5 dell'art. 47 l. n. 428 del 1990.

In particolare il summenzionato comma 5 — nella interpretazione da dare a seguito di quanto dettato dall'art. 5, commi 2 e 3, par. 1 della direttiva 2001/23 (66) — statuisce che, in situazioni di accertate crisi economiche come definite dal diritto nazionale, se nel corso della procedura prevista dal suddetto articolo 47 sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento anche parziale della occupazione, ai lavoratori il cui rapporto di lavoro continua con l'acquirente non può applicarsi l'art. 2112 c.c., salvo che dall'accordo stesso non risultino condizioni di maggior favore (cfr. comma 4-*bis* art. 47 cit.).

Più specificamente ai lavoratori trasferiti non può estendersi il generale apparato protettivo di cui all'art. 2112 c.c. se il cedente sia coinvolto in una delle seguente procedure concorsuali: « dichiarazione di fallimento; concordato preventivo già omologato consistente nella cessione di beni; provvedimento di liquidazione coatta amministrativa qualora sia stata già emanato il relativo provvedimento; amministrazione straordinaria se la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata » (67).

Quanto ora esposto sollecita riflessioni di carattere generale alla stregua dei *dicta* della citata sentenza della Corte di Giustizia del 22 giugno 2017. Ed invero i principi in essa enunciati rimarkano in modo chiaro come in presenza di imprese in crisi la ragione fondante dell'affievolimento delle tutele dei lavoratori vada individuata nell'esigenza di salvaguardare, per quanto possibile, la produttività delle imprese (o delle

attiene alle problematiche relative alla decadenza di cui all'art. 32 della l. 183/2010 nel caso di trasferimento d'azienda in crisi, A. PRETEROTI, *Continuità dei rapporti* cit., 468-469; e per il riferimento invece all'applicazione dei criteri di scelta nel caso di licenziamento di lavoratori a seguito di trasferimento solo in parte di manodopera di azienda in crisi, A. RICCIO, *Trasferimento di azienda* cit., 581-585, che nell'assenza in tema di uno specifico criterio legale di selezione, ritiene inapplicabile per analogia la scelta di cui all'art. 5 della l. n. 223 del 1993, dovendo la selezione seguire i principi generali di ragionevolezza e di correttezza e buona fede.

(66) La sentenza della Corte di Giustizia 22 giugno 2017, C-126/16, precisa che "la direttiva 2001/23, costituisce la codificazione della direttiva 77/187/CE del Consiglio del 14 febbraio 1977, concernente il ravvicinamento della legislazione degli Stati membri sul mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese e di stabilimenti (o di sue parti), come modificata dalla direttiva 98/50/CE del Consiglio del 29 giugno 1988 (punto 3 della sentenza).

(67) L'art. 47 l. n. 428 del 1990, dopo la legge n. 134/12, statuisce anche che il predetto accordo può prevedere che il trasferimento non riguardi il personale eccedentario e che quest'ultimo continui a rimanere in tutto o in parte alle dipendenze dell'alienante.

Sulla normativa delle imprese in crisi cfr. da ultimo tra gli altri: R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Milano 2017, 769-770; O. MAZZOTTA, *Manuale*, cit., 309-310, il quale ricorda che i lavoratori che non transitano presso l'impresa acquirente hanno diritto di precedenza in caso di nuove assunzioni entro un anno dalla data di trasferimento ovvero nel periodo maggiore previsto dagli accordi successivi.

sue diverse unità) economicamente sostenibili, al fine di evitare l'interruzione delle loro attività con possibili ripercussioni negative sul loro valore e sulla stessa loro sopravvivenza (68).

Ragione questa che ha portato inoltre a negare qualsiasi rilevanza, in sede di cessione di imprese, all'obiettivo di massimizzarne gli introiti per l'insieme dei creditori dell'impresa trasferita (69).

(68) Cfr. Corte di Giustizia 22 giugno 2017 cit., punti 48 e 49. Le argomentazioni svolte nel testo unitamente alla *ratio* ed al bilanciamento degli interessi in gioco nel trasferimento d'azienda, confortate dalla ora citata Corte di Giustizia, trovano in buona misura riconoscimento nelle disposizioni del recente d.lgs. 12 gennaio 2019 n. 14 (*Codice della crisi d'impresa e della insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017 n. 155*) che con riferimento alla materia in questa sede scrutinata entrerà in vigore il lontano 15 agosto 2020 (ma, verrebbe da chiedersi, perché non il 15 agosto 2030?).

Tra le norme del suddetto decreto — ad un primo approccio privo quindi di una compiuta riflessione — appare di rilievo l'art. 84 (*Finalità del concordato preventivo*), in cui è previsto in sede di concordato la continuità aziendale nel caso di gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa dell'attività da parte del soggetto diverso dal debitore in forza di cessione, usufrutto ed affitto. Nella fattispecie dettagliatamente regolata dal suddetto articolo emerge che la disposizione in esame, se è vero che ha come scopo quello di ampliare l'ambito applicativo del trasferimento d'azienda in tutti i casi in cui vi sono condizioni idonee per il recupero della produttività dell'impresa, è però nello stesso tempo anche innegabile che, al fine di pervenire ad un equo bilanciamento dei diritti in gioco, si preferisce dare la *preferenza* ai creditori del fallimento nel comitato (art. 84 cit., comma secondo).

In verità i principi enunciati dal summenzionato art. 84 sono stati anticipati dalla giurisprudenza di legittimità con sentenza 19 novembre 2018 n. 29742, in *Foro it.* 2019, I, 145 (con nota di M. FABIANI, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza tra definizioni, principi generali e qualche omissione*, *ivi*, colonne 163-169), con la quale è stato affermato che anche nel caso di impresa affittata o in esercizio possa trovare applicazione il *concordato in continuità* se l'azienda sia esercitata dal debitore o, come nell'ipotesi dell'affitto della stessa, pure da un terzo. Ed infatti nella sopra menzionata decisione i giudici della Corte di Cassazione hanno legittimato il trasferimento d'azienda nella fattispecie esaminata per la sua *funzione conservativa* del valore e della produttività dell'impresa, motivo per il quale hanno ritenuto indifferente che la gestione dell'azienda da parte del debitore o da un terzo dal momento che « il contratto d'affitto — recante o meno l'obbligo dell'affittuario di procedere poi all'acquisto dell'azienda (rispettivamente, affitto c.d. ponte, oppure c.d. puro) — può costituire uno strumento per giungere alla cessione o al conferimento dell'azienda sempre che non vi sia un rischio della perdita dei suoi valori intrinseci, prima fra tutti l'avviamento che un suo arresto, anche momentaneamente, rischierebbe di produrre in maniera irreversibile » (così 3.10 in motivazione).

Infine va sul punto osservato che l'estensione delle ipotesi di circolazione di azienda nelle imprese in crisi — ai fini di incremento o, in senso più riduttivo, di conservazione del valore e della produttività dell'impresa — risulta accreditata: per quanto attiene al concordato *ex* comma quarto dell'art. 94 (*Effetti della presentazione della domanda di concordato*) del d.lgs. n. 14/2019, in ragione della prescrizione secondo cui « L'alienazione e l'affitto d'azienda, dei rami d'azienda e di specifici beni autorizzati ai sensi del comma 2, sono effettuati *tramite procedure competitive, previa stima ed adeguata pubblicità* » (comma 5); e per quanto riguarda invece la liquidazione giudiziale, dal combinato disposto dei commi 5 e 4 dell'art. 189 (*Rapporti di lavoro subordinato*) del suddetto decreto, nella parte in cui subordina la proroga del termine di quattro mesi, dalla data di apertura di detta procedura liquidatoria, al previo giudizio del curatore (o del direttore dell'Ispettorato territoriale del lavoro) sulla « *sussistenza di possibilità di ripresa o trasferimento a terzi dell'azienda o di un suo ramo* ».

Per l'esame delle diverse problematiche sul trasferimento delle imprese in crisi comprensivo anche delle tematiche giuslavoristiche interessate dal recente decreto n. 14 del 2019 cfr. *amplius*: A. PERRINO, *Il trasferimento dell'impresa in crisi*, Capitolo VIII di questo volume.

(69) Cfr. Corte di Giustizia 22 giugno 2017 cit., punto n. 59. Le prescrizioni dettate dalla ora citata decisione della Corte di giustizia e dalle altre fonti normative dell'Unione Europea devono — alla stregua dell'art. 191 del d.lgs. n. 14/2019 — essere armonizzate con « *le procedure di gestione della crisi e dell'insolvenza del datore di lavoro e con le forme di tutela dell'occupazione e del reddito* ».

Sotto il versante ordinamentale non può per di più trascurarsi di rilevare che, a differenza di quanto avviene nelle altre fattispecie di circolazione delle imprese, nelle procedure di fallimento o in quelle analoghe di insolvenza — in ragione della diversità e della consistenza degli interessi in esame e della necessità di trovare un equo bilanciamento tra di questi (70) — non può mancare in sede di dismissione dei beni del cedente un « organo giudiziario » oppure un « curatore designato » da un giudice, che funga da garante delle operazioni da compiere e delle azioni da svolgere (71).

In tale contesto normativo va condiviso il potere riconosciuto nella circolazione delle imprese in crisi alle organizzazioni sindacali nella regolamentazione delle tutele dei lavoratori e nella definizione di un giusto equilibrio tra i diritti in gioco. Il che attesta una significativa ed utile innovazione rispetto alla disciplina introdotta dal d.lgs. n. 23 del

del lavoratore». Regole queste che vincolano dunque il giuslavorista nell'approccio ermeneutico con il nuovo testo dell'art. 47 della legge n. 428/1990 — ad opera del comma 4-bis lettera b) dell'art. 368 (*Coordinamento con la disciplina del diritto del lavoro*) del d.lgs. n. 14/2018.

Nei casi di procedure non liquidatorie, specificatamente di ammissione a procedure concordatarie in regime di continuità indiretta, di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti e di amministrazione straordinaria, il nuovo testo dell'art. 47 della l. n. 428/90 ha per effetto che la norma dell'art. 2112 c.c., in presenza di un accordo « con salvaguardia dell'occupazione », rimanendo « fermo il trasferimento al cessionario del rapporto di lavoro », trova applicazione per quanto attiene alle condizioni di lavoro « nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo stesso ». Ne consegue che una interpretazione, oltre che letterale anche logico-sistematico del dato normativo, induce a legittimare pure trattamenti (normativi e retributivi) anche peggiorativi per il lavoratore nei termini previsti nell'accordo, sempre che non risultino lesivi di diritti costituzionalmente garantiti. Il tutto nella ragione fondante del rispetto dell'autonomia negoziale della parti dell'accordo stesso, del pattuito equilibrio tra diritti configgenti, e dell'impossibilità di imporre al cessionario vincoli e/o oneri suscettibili di incidere sul suo diritto al libero esercizio dell'attività di impresa.

Più in generale sul codice della crisi di impresa cfr.: F. DI MARZIO, *La riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza. Osservazioni sulla legge delega (l. n. 155/2018)*, Milano 2018; M. FABIANI, *op. loc. cit.*; L. BALESTRA, *La recente legge delega di riforma della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Corriere giuridico* 2017, 1483, il quale lamenta come nella legge delega non vi sia una regolamentazione dei privilegi perché occorrerebbe operare dapprima una compiuta catalogazione di detti privilegi e poi valutare se non sia il caso di differenziare fra i privilegi nei confronti dell'impresa e privilegi nei confronti del debitore civile. Nel primo caso, rileva l'Autore, dovrebbe confrontarsi con l'attività di impresa talché il privilegio a tutela del creditore dovrebbe essere funzionale anche alla regolazione della crisi, mentre nel secondo caso il privilegio dovrebbe riguardare il rapporto statico del credito e debito in combinato con il principio della garanzia patrimoniale (art. 2740 c.c.). Differenza questa che potrebbe far sorgere dubbi di incostituzionalità.

(70) Il bilanciamento dei diritti in gioco in relazione ai quali deve individuarsi un equilibrio presenta nel trasferimento delle imprese in crisi una specificità consistente nel fatto che gli interessi tra loro configgenti si estendono — al di là di quelli delle parti del negozio di cessione e dei lavoratori in tale cessione coinvolti — anche agli interessi dei potenziali creditori delle imprese cedenti. Motivo questo che giustifica la necessità che sulle operazioni da compiere vi sia un organo di controllo affidabile.

In dottrina sul bilanciamento dei diritti vedi di recente il volume dal titolo: *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali* (a cura di G. BRONZINI e R. COSIO), Parte III (*Il bilanciamento dei diritti*), con i contributi di G. BRONZINI, L. FERRAIOLI, L. TRIA, R. CONTI, F. BUFFA, P. GORI, G. ALLEGRI, Milano 2017, pagg. 147-297.

(71) Sostanzialmente in questi termini cfr. ancora la sentenza della Corte di Giustizia 22 giugno 2017 cit., punti 44. 54 nonché il suo dispositivo.

2015 che in materia dei licenziamenti collettivi — destinati per la loro frequenza a determinare una decrescita occupazionale in termini esponenziali in una economia già in difficoltà — ha previsto « una agibilità in via unilaterale » della relativa procedura da parte della impresa (72), con una effettivo svilimento del ruolo del sindacato (73).

8. Conclusioni.

Le argomentazioni svolte non possono tradursi in una certa e definitiva opzione valutativa dell'attuale assetto del diritto del lavoro e delle relazioni industriali ma inducono unicamente a sperare che non vi siano più letture ideologiche del dato normativo volte a perseguire, sempre e comunque, forme ingiustificate di "ipergarantismo" delle tutele dei lavoratori, che si traducano nella realtà fattuale in danni alla produttività ed in un concreto pericolo per la stessa sopravvivenza delle imprese.

Sotto il distinto e generale versante del rapporto tra i poteri dello Stato, che ha effetti rilevanti in termini socio-economici, non può infine trascurarsi di considerare che si sia in presenza di una crescente conflittualità tra il potere esecutivo e quello giudiziario, improntato ad un mancato rispetto delle rispettive funzioni, ed in illegittime invasioni di campo, con l'effetto che i giudici finiscono non di rado per "creare" decisioni che appaiono chiara espressione di una giustizia politicizzata (74).

È però di conforto in relazione alla materia qui scrutinata che il diritto

(72) Così F. SANTONI, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23*, in *I licenziamenti nel contratto « a tutele crescenti »*, a cura di G. FERRARO, *Quaderni di argomenti di diritto del lavoro*, ordinati da M. PERSIANI e F. CARINCI, 14, Padova 2015, 134, il quale osserva anche che il sostanziale venir meno della tutela reale sopraggiunge in un contesto che a breve diventerà scarsamente favorevole ad esiti negoziati dalla procedura sindacale in ragione della graduale soppressione dell'indennità di mobilità dell'art. 2, comma 71, l. 92 del 2012.

(73) In tema vedi G. VIDIRI, *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti collettivi nel tempo e la certezza del diritto in Licenziamento collettivo in Italia nel quadro del diritto dell'unione Europea*, a cura di R. COSIO, F. CURCUTO e R. FOGLIA, Milano 2016, 108, secondo il quale in istituti come il licenziamento collettivo, si trovano disposizioni che — attraverso "giochetti linguistici" ("contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti") e messaggi mediatici eterodiretti — tentano di occultare, come è ormai di diffusa percezione, un effettivo affievolimento delle tutele dei lavoratori ed una progressiva marginalizzazione del sindacato.

(74) Denuncia una consistente politicizzazione del giudice, facilmente rinvenibile in molti settori ordinamentali (diritto del lavoro, diritto penale, diritto tributario, diritto commerciale) ed addebitabile in buona misura alla "inarrestabile ascesa" di una classe giudiziaria "ambiziosa" ed "autoreferenziale" cfr. G. VIDIRI, *Il caso Contrada tra (in)certezza del diritto e (in)giusto processo*, in *Corriere giuridico* 2018, 395-396.

Parla infine di "giudici ingiudicabili", usando l'ironia per attestare la sua scarsa fiducia nella magistratura: M. AINIS, *Privilegiarmi. L'Italia divorata dalle lobby*, Ed. Rizzoli, 2012, 37-38, che, dopo essersi domandato chi giudica i giudici risponde: "I giudici medesimi attraverso il C.S.M." sicché "per un giudice italiano è più facile un incidente aereo che un castigo" a seguito di "una giustizia domestica che spara a salve". In compenso "qualsiasi magistrato ha una carriera assicurata. Basta invecchiare, possibilmente in buona salute".

del lavoro, come correttamente ricordato e contrariamente a quanto spesso si è detto, non ha reso mai assoluti i propri fondamenti assiologici, mostrandosi « sin dalle sue origini ed a tutte le latitudini, come una materia convenzionale e reversibile » (75).

È dunque da sperare in un prossimo futuro, come è stato auspicato, che il cultore del « diritto del lavoro », contemplando senza sgomenti le sue “inquietudini” e la sua perenne tensione alla ricerca di se stesso « lungi dal rinserrarsi in un comodo bozzolo tranquillizzante, si senta all'avanguardia del diritto, e cioè in una trincea aperta nello sviluppo rapido della nostra civiltà giuridica » (76).

Il ravvivarsi però di ogni speranza e la realizzazione di tutti gli auspici possono trovare fondamento solo se da parte della magistratura non vi siano chiusure corporative con una tutela dei propri privilegi, volta ad ostacolare riforme strutturali dell'ordinamento giudiziario. Riforme sollecitate da più parti al fine di porre un argine al “sovranecciare” dei giudici, senza limiti e condizioni, anche sul potere esecutivo, ponendo in tal modo termine a condotte permeabili da scelte politiche, espressione sovente di un giustizialismo manicheo, oscillante, pendolare e sovente “strabico” che ha finito per incidere pesantemente sulla credibilità della magistratura, in passato ad essa riconosciuta per il suo operato (77).

(75) Per tale assunto cfr. L. FIORILLO, *Il lavoro agile*, cit., 165-166, che prendendo atto della realtà, e cioè di un lavoro che cambia, aggiunge che la materia giuslavoristica registra ora i mutamenti e se ne fa interprete. Ragione per cui il diritto del lavoro è adesso « più inquieto che mai », al punto che si interroga (...) sul suo futuro e sulla sua matrice disciplinare.

(76) Parole queste proprie di P. GROSSI, *La grande avventura giuslavoristica*, in *Riv. it. dir. lav.* 2009, I, 31 riprese, per la fiducia che suscitano sul ritorno ad un diritto valoriale, da G. VIDIRI, *Il trasferimento d'azienda*, cit., pag. 982 e nota 83 e nel presente saggio in nota 57.

(77) Le affermazioni di cui al testo trovano valido conforto proprio in questi giorni in una intervista sul “caso Diciotti” di un noto politologo e storico liberale, Giovanni Orsina, che ha criticato le toghe evidenziando come intervenire su un tema che riguarda la sovranità di uno Stato, sia grave. L'illustre intervistato ha evidenziato al riguardo che negli ultimi trenta anni “il diritto si è espanso e dilatato fino a invadere una serie di campi non suoi” e ciò vale sia per il diritto nazionale, sia per le Corti Costituzionali che decidono sulle leggi elettorali, le più politiche delle leggi, e sia infine per il diritto internazionale, che per altro non è sempre chiaro e univoco proprio perché va ad incidere sulla sovranità degli Stati. La critica si è fatta infine più diretta e personalizzata quando l'intervistato, da osservatore della politica, si è dichiarato preoccupato dal fatto che un atto squisitamente politico come quello sulla sicurezza del Ministro dell'interno finisca sotto lo scrutinio del potere giudiziario perché « di questo passo, il Viminale tanto varrà chiuderlo ». (L'intervista di Antonio Signorini a Giovanni Orsina si legge nel quotidiano “*Il Giornale*” del 27 agosto 2018, pag. 3).