

GUIDO 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.).

1. Il trasferimento d'azienda tra normativa statale e diritto dell'Unione Europea.

Quando in un Paese il tasso di disoccupazione è particolarmente alto il dibattito sulle molteplici problematiche scaturenti dal trasferimento d'azienda con il passaggio di lavoratori dall'impresa cedente a quella del cessionario – da sempre oggetto in dottrina ed in giurisprudenza di opinioni differenziate - è destinato a riaccendersi¹. E ciò avviene anche perché tale passaggio porta con sé immancabilmente un concreto pericolo di una crescita delle incertezze che caratterizzano l'assetto delle relazioni industriali, con consequenziali negative ricadute sul piano socio-economico².

¹ Sulle complesse problematiche del passaggio dei lavoratori da una impresa all'altra a seguito del trasferimento d'azienda vedi nella sterminata bibliografia : A. e D. CORRADO, *Crisi di impresa e rapporti di lavoro*, Milano 2016, per una utile panoramica delle difficili tematiche di confine tra diritto del lavoro e diritto fallimentare; R. DE LUCA TAMAJO – M. T. SALIMBENI, *Il trasferimento d'azienda*, in *I contratti di lavoro*, Tomo II (a cura di A. VALLEBONA), in *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO e E. GABRIELLI, Torino 2009; A. PIZZOFERRATO, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro*, , Tono II, in *Il lavoro subordinato* (a cura di F. CARINCI), in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, Torino 2007; cui *adde* più di recente : P. LAMBERTUCCI, *Circolazione d'impresa e rapporti di lavoro*, in *Arg. dir. lav.* 2018, I, fasc. primo; G. GAUDIO, *Trasferimento d'azienda e crisi di impresa: eterogenesi di fini da parte del legislatore italiano?*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".it, 347/2017; R. COSIO, *Il trasferimento dell'impresa in crisi*, in *Dir prat. lav.* 2015, 945 ss..

² E' stato sul versante economico osservato da MAX WEBER che l'economia capitalista ha bisogno di <un diritto che possa calcolarsi in modo simile ad una macchina>(*Storia economica. Linee di una storia universale dell'economia e della società*, Roma 1993, 298). In termini simili vedi N. IRTI, *Codice civile e società politica*, Bari, 1995, 22, il quale rileva che occorre una <matematica delle azioni> affinché ciascun soggetto del rapporto economico sia posto in grado di calcolare il comportamento degli altri e di valutare vantaggi e svantaggi della scelta da operare

Invero il trasferimento d'azienda, per gli interessi coinvolti, risulta assoggettabile, come altri istituti, ad una <variabilità normativa> dovuta ad una pluralità di fattori, primo tra tutti quello di una progressiva erosione del codice civile a seguito del sorgere di macrosistemi per l'emersione di gruppi, di classi nuove e di categorie economiche che, con l'accrescimento dei loro rispettivi poteri, pretendono di ottenere specifici statuti e tavole di diritto³.

Le numerose modifiche apportate nel tempo all'iniziale testo della norma codicistica (art. 2112 c.c.) risultano significativa espressione anche della generale, e sempre più stretta, relazione tra la normativa statale e quella comunitaria⁴, con <conseguente rottura del diritto interno che, per una parte si fa omogeneo al diritto di altri Stati, e per una altra parte, rimane quale era e subisce mutamenti per cause proprie e nazionali>⁵.

Sul versante sociologico si è rimarcato inoltre come la innegabile diffusione dei contratti precarizzati, a danno di quelli a tempo indeterminato, - sino a qualche tempo fa considerati normali - abbia finito per investire specialmente i giovani con incertezze capaci di vanificare speranze ed aspettative, tanto da trasformare le loro esistenze in "vite rinviate", dal momento che la limitata, o addirittura nulla, possibilità di formulare previsioni e progetti, incide sul loro futuro "professionale", e spesso anche "esistenziale e familiare" (cfr. sul punto più ampiamente : L. GALLINO, *Vite rinviate. Lo scandalo del lavoro precario*, Editore Laterza,-Gruppo Editoriale L'Espresso 2014,, *Dalla flessibilità del lavoro alla precarietà della vita*, 7-15).

³ Per tali considerazioni cfr. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano 1986, cui adde P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Bari 1991, 44,, secondo il quale < le leggi non sono più destinate ai cittadini nella loro astratta, naturale, indifferenziata uguaglianza, al contrario vengono provocate prima, e poi dettate ed applicate per ceti o gruppi o classi>.

⁴ Sui reciproci rapporti tra le due diverse normative cfr. la ricca e ragionata rassegna di R. FOGLIA, *L'evoluzione normativa giurisprudenziale comunitaria in materia di trasferimento d'azienda*, in AA. VV., *Il trasferimento d'azienda*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.* 2004, 189 ss. cui adde R. COSIO, *I trasferimenti d'impresa nella recente giurisprudenza comunitaria*, in *Mass. giur. lav.* 2016, 193 ss.; ID., *L'incidenza del diritto comunitario nel diritto del lavoro italiano nel dialogo tra le alte Corti*, in AA. VV., *Il diritto del lavoro nell'Unione Europeo* (a cura di R. FOGLIA e R. COSIO), Milano 2011, 47 ss..

⁵ Al riguardo vedi N. IRTI, *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Bari, 2004, 85 ss., per il quale attualmente la <nostra identità si scinde nel *cives* e nell'*homo oeconomicus*, nell'obbedienza alle leggi della città e alle leggi degli spazi globali>.

Sotto altro versante non può poi sottacersi che il frequente succedersi dei governi con la loro instabilità ha portato sovente al sovrapporsi - e, non di rado, anche al contraddirsi - di norme che per tradursi in scelte, non supportate da alcuna progettualità, risultano inadeguate ad affrontare problematiche di particolare rilievo quale quella del miglioramento delle relazioni industriali, e quella, dilagante sul piano fattuale, di una disoccupazione che rappresenta tuttora la maggiore preoccupazione di molti Stati dell'Unione europea⁶.

In questa ottica va da ultimo rimarcato come in questi ultimi anni alcune condotte datoriali abbiano di fatto assunto, anche a livello mediatico, una particolare rilevanza per avere visto accrescere la loro tradizionale permeabilità alle ideologie in materie che costituiscono snodi nevralgici delle relazioni industriali⁷, e la cui regolamentazione pure in sede

⁶ Per l'esigenza <di mantenere l'economia il più possibile vicino al livello di piena occupazione> cfr. JOSEPH E. STIGLITZ, *I ruggenti anni novanta (lo scandalo della finanza e il futuro dell'economia)*, Torino, Einaudi 2004, 283, il quale afferma anche che <la disoccupazione rappresenta il fallimento più drammatico dei mercati, uno spreco della nostra risorsa più preziosa>, sicchè <la responsabilità primaria del governo è mantenere l'economia a livelli di piena occupazione;>, ed ancora dello stesso Autore, *La grande frattura. La diseguaglianza e i modi per sconfiggerla*, Einaudi, 2016, Parte ottava, (*The book of Jobs*), 404 ss., il quale evidenzia come per superare i periodi di recessione sia necessario guardare alla cosiddetta economia reale <che affonda le radici nel tipo di posti di lavoro che abbiamo, di cui abbiamo bisogno e che stiamo perdendo, così come nel tipo dei lavoratori che vogliamo e quelli di cui non sappiamo cosa fare> (così pag., 7).

⁷ Tra tali materie possono essere incluse: le delocalizzazioni o le esternalizzazioni degli apparati produttivi e le riorganizzazioni delle imprese in crisi, cui conseguono sovente passaggi di personale dipendente dal cedente al cessionario attraverso il trasferimento d'azienda o di un suo ramo; la riduzione di personale in caso di cassa di integrazione guadagni ex l. 23 luglio 1991 n. 223; le forme di appalti non genuini, quali quelli di servizio che nascondono affitti di manodopera in cui le aziende assumono in apparenza la posizione di appaltatori mentre si limitano dietro corrispettivo a fornire forza lavoro a imprese committenti.

8. Sulla delocalizzazione delle imprese per i diversi indirizzi dottrinari in materia cfr. AA, VV, *I processi di esternalizzazione. Opposizione e vincoli giuridici*, Napoli, Esi, 2002, e specificatamente per le ragioni della diffusione di un fenomeno avente una significativa portata il saggio di VICARI, *L'outsourcing come strategia per la competitività*, *ivi*, 71 ss., il quale rimarca come *l'outsourcing* non sia mai una scelta facile all'interno dell'impresa <perché implica che qualcuno perda potere, che qualcun altro cambi funzione, che taluno non possa più fare le cose che faceva prima, che un altro debba modificare il proprio rapporto> e perché spesso le organizzazioni sindacali in qualche modo <mettono ostacolo ai processi di *outsourcing*>..

giudiziaria non sempre è risultata sfociare in un giusto equilibrio tra diritto al lavoro e libertà di impresa⁸.

2. Ambito applicativo e finalità del trasferimento d'azienda

Il compito attualmente più utile - e nello stesso tempo forse il più difficile ed arduo da affrontare per il legislatore e per tutti quanti sono chiamati a vario titolo ad incidere nella sfera giuridica dei cittadini - è quello di trovare una giusta collocazione a valori che, in quanto costituzionalmente garantiti, si configurano come "pari ordinati", ma che nella realtà fattuale finiscono spesso per collidere finendo per trovarsi in posizione antitetica.

Un siffatto fenomeno si presenta più di frequente, e con una propria specificità, nella materia giuslavoristica perché il diritto del lavoro non può prescindere dalla esistenza dell'impresa e dalla sua perdurante vitalità, non potendo l'attività lavorativa che spiegarsi nell'impresa stessa. Da qui la particolarità della ricerca di un giusto equilibrio tra un diritto che, da un lato, rispetti e tuteli la dignità ed il decoro del lavoratore nell'intero corso della durata del suo rapporto e, dall'altro, garantisca la libera iniziativa economica privata senza però vanificare la libertà dell'imprenditore nel gestire in piena autonomia la propria azienda e nello scegliere le forme e le modalità della propria organizzazione produttiva sino a poterne determinare la cessazione. La già evidenziata influenza della economia sul diritto contribuisce poi in modo non certo trascurabile, come si è in precedenza accennato, a condizionarne la scelta tra esigenze di protezione del lavoratore e le prerogative imprenditoriali, ed a rendere mutevole il reciproco rapporto tra gli indicati diritti a seguito del verificarsi di una mutata <gerarchia dei valori>, in ragione dell'attuale frequente cambiamento dell'assetto

normativo generale alla cui stregua va interpretata la specifica norma da applicare ⁹.

Considerazioni queste che tutte suggeriscono un percorso capace di agevolare l'identificazione dell'ambito applicativo e delle finalità del trasferimento d'azienda, articolatasi nel tempo in una molteplicità di disposizioni che, per far parte di un ordinamento a più livelli, risultano sovente di non agevole lettura e conseguentemente fonte non di rado di incertezze per la perdurante assenza di affidabili approdi dottrinari e giurisprudenziali in molti dei punti qualificanti dell'istituto scrutinato.

3. L'art. 41 Cost. e la (reclamata) sua riscrittura

E' stato evidenziato già in passato che l'art. 41 Cost. è per generale riconoscimento il nucleo normativo fondamentale del titolo III, Parte I, della Costituzione, perché <nesso necessario di collegamento> fra le sue diverse disposizioni in tema di "rapporti economici"¹⁰. Ed è stato anche aggiunto che la suddetta disposizione è stata analizzata nell'ottica liberale attraverso l'antitesi autorità-libertà, privilegiando la iniziativa

⁹ In questi sensi cfr. *amplius*. G. VIDIRI, *Il trasferimento d'azienda tra diritto al lavoro e libertà di impresa*, in *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, Quaderni di diritto del lavoro, n.2, Milano 2005, 37 ss, anche per l'assunto che si riscontra sul trasferimento d'azienda un interventismo legislativo di natura "pendolare" <ora più sensibile alle esigenze dei lavoratori ora invece a quelle dell'impresa>(pagg. 39-40) .

Più in generale per quanto riguarda la posizione da assegnare di colta in volta a ciascun diritto in caso di contrasto tra valori ugualmente protetti cfr R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, Milano 2010, 366 ss. che per il superamento delle antinomie ricorre in sede ermeneutica alla regola della <gerarchia mobile>, definita come una relazione *stabile, mutevole*, che vale per il caso concreto, ma che potrebbe rovesciarsi all'occasione di un caso concreto diverso (in tali precisi termini cfr. *op. cit.*, 369 ed in precedenza ID., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano 2004, 219 e 295).

¹⁰ Vedi al riguardo F. GALGANO, in F. GALGANO - S. RODOTA', in *Commentario alla Costituzione* a cura di G. BRANCA (Art. 41-44), *Rapporti economici*, tomo II, sub art. 41, Bologna Roma 1982, 40, che ha anche aggiunto testualmente che <di questo articolo è mancata, a tutt'oggi, una chiave di lettura unitaria>, essendosi su di esso esercitata quella che è stata la tentazione dominante della nostra cultura giuridica, di leggere la Costituzione- come ha scritto Romagnoli - con gli occhiali della ideologia>

economica privata, e leggendo la riserva di legge, in chiave garantista, come baluardo a difesa di una libertà costituzionale del cittadino. La stessa norma però è stata anche guardata nell'ottica di un marxismo astratto e astorico o, se si preferisce, nell'ottica del marxismo praticato e teorizzato in altre realtà storiche e nazionali¹¹.

E' comunque opinione diffusa che l'art. 41 sia una delle norme della Carta che presenta maggiori difficoltà interpretative. Essa infatti richiede l'individuazione di un "equo" bilanciamento tra valori potenzialmente conflittuali e cioè tra il diritto alla libera iniziativa economica privata (art. 41, primo comma) 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, secondo comma).

La necessità di un equo bilanciamento tra diritti configgenti si avverte sovente nella materia giuslavoristica in cui i poteri direttivi dell'imprenditore devono costantemente parametrarsi con il diritto del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro e con il rispetto della sua libertà e dignità. Se il principio della libertà economica privata legittima, infatti, l'esercizio dei poteri datoriali¹², il suo esercizio non può però tradursi in arbitrio, perché incontra un limite invalicabile indicato dal costituente con la formula della "utilità sociale", la cui indecifrabilità ha

¹¹ Cfr. in tali termini F. GALGANO, *Rapporto economici* cit., 40-41, che ha rimarcato come l'art. 41 Cost. fosse stato considerato anche la <strada maestra> per la costruzione del socialismo ponendosi <l'accento, anziché sul sistema delle libertà, sul governo pubblico dell'economia>, e finendosi in tal modo <con il ridefinire la stessa libertà economica e con il convertirla, da diritto di libertà, in funzione sociale, come tale sottoposta, addirittura, al sindacato giudiziario dell'eccesso di potere>.

¹² Con riferimento alla libertà di impresa – consistente nella libertà di adottare tutti i provvedimenti di amministrazione e gestione del personale e di scegliere autonomamente l'organizzazione aziendale e quindi anche di decidere che cosa produrre, quanto produrre e dove produrre - ha ricordato F. GALGANO, *op. cit.*, 8 e nt. 3, che la suddetta libertà, nelle moderne Costituzioni occidentali, rappresenta la libertà borghese per eccellenza che ha conservato il significato suo proprio di prerogativa che spetta al cittadino in quanto tale, per avere perduto da tempo quei connotati antistatali e giusnaturalistici che al principio l'avevano accompagnato.

però portato sul piano fattuale ad attribuire ad essa molteplici significati contenutistici con l'effetto di creare una dannosa incertezza con effetti - è bene ribadirlo ancora una volta - dannosi sul piano economico e sociale¹³. Il che porta a prendere contezza che le difficoltà interpretative che hanno da sempre caratterizzato in sede dottrina e giudiziaria la lettura della normativa sul trasferimento d'azienda sono consequenziali sia alla difficoltà di decifrare la nozione di "utilità sociale" - al fine di accertare se nel trasferimento dei lavoratori da cedente a cessionario siano stati o meno rispettati i valori che tale passaggio giustificano¹⁴ - e sia alla individuazione dell'ambito applicativo degli accordi collettivi sul mantenimento - dopo l'avvenuto trasferimento

¹³ R. NIRO, *sub art. 41 Cost.* in *Commentario della Costituzione* a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Torino 2006 854, , osserva che nella nozione di "utilità sociale" si è inteso ravvisarvi : l'esigenza di raggiungere "i massimi livelli occupazionali" secondo una lettura della norma proposta da Mortati , che coniugava in maniera sistematica l'art. 41 con l'art. 4 della Costituzione; il recupero della concezione utilitaristica del Bentham secondo cui essa corrisponderebbe alla "maggiore quantità di benessere per il maggiore numero possibile di uomini"; ed ancora un "principio valvola" che consente l'adattamento dell'ordinamento al mutare dei fatti sociali, o anche un "concetto di valore" intriso di giustizia sociale, che partecipa dei valori costituzionali connotanti l'ordinamento e che è quindi teso alla realizzazione di quel progetto di trasformazione della società italiana voluto dal comma 2 dell'art. 3 Cost..

Parla invece di "irriducibile poliedricità " riscontrabile nella nozione di utilità sociale : A. BALDASSARE, *Iniziativa economica privata* , in *Enc. dir.* vol. XXI, Milano 1971, 603, secondo cui il riferimento di 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 od a quel soggetto che nella singola fattispecie si presenta come investito dell'interesse sociale".

¹⁴ E' opportuno rammentare al riguardo che l'art. 41 Cost. è stato redatto all'esito di un acceso dibattito - avvenuto in sede di terza Sottocommissione dell'Assemblea Costituente - su due distinti articoli (art. 37 e 39), espressivi di due opposte visioni dell'attività economica, supportate da differenti opzioni culturali e politiche circa la qualificazione dell'iniziativa economica privata e la dimensione ed operatività dell'intervento statale. All'esito di tale dibattito si è così giunti alla formulazione del vigente art. 41 , aspramente criticato per la sua "pericolosa genericità" dovuta alla impossibilità di coniugare la tesi (richiamata dall'art. 37), volta a configurare l'attività economica come interamente finalizzata alla realizzazione di scopi sociali, con l'altra (espressa dall'art. 39) deputata invece a riconoscere l'attività economica privata come libera e con il solo limite di non arrecare danno alla collettività

dell'azienda- dei diritti dei lavoratori. Tematica quest'ultima che ha costituito oggetto più volte di interventi della Corte di giustizia¹⁵.

Il difficile riconoscimento dei limiti che incontra l'esercizio dell'iniziativa economica privata – scaturente dalla mobilità semantica con la quale è stata interpretata la suddetta formula¹⁶ - è dunque all'origine dei dubbi che più in generale si incontrano tutte le volte in cui – pure in riferimento ad istituti diversi dal trasferimento - si contrappongono due

Sul punto non può tralasciarsi di rammentare che L. EINAUDI nel suo intervento nell'Assemblea Costituente in Adunanza plenaria del 9 maggio 1947, nell'opporre all'inserimento nel testo normativo di clausole di rinvio alla necessità 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 in 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 mai riuscito 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, **IBLLIBRI** Torino 2011, 121 ss.).

¹⁵ Cfr. tra le altre : Corte di Giustizia 6 settembre 2011, C-108/10, *Scattolon c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*, che in relazione all'applicazione immediata ai lavoratori trasferiti del trattamento riconosciuto dal contratto collettivo applicato dal cedente ha statuito che l'art. 3 della direttiva 12 marzo 2001 n. 23 osta a che i suddetti lavoratori subiscano, rispetto alla loro posizione precedente, un peggioramento retributivo sostanziale per il mancato riconoscimento della anzianità da loro maturata presso il cedente; Corte di Giustizia 15 ottobre 1996 C-298/94, Corte di Giustizia 10 dicembre 1998, cause riunite C-173/96 e C-247/96, Corte di Giustizia 4 giugno 2002 c-164/00, che hanno tutte sostenuto l'applicazione della direttiva in tema di mantenimento dei diritti dei lavoratori in seguito al trasferimento d'azienda anche nella ipotesi in cui tale trasferimento veda come parti una persona di diritto pubblico e una persona di diritto privato sempre che non si versi nei casi di riorganizzazione di strutture della pubblica amministrazione e di un trasferimento di funzioni amministrative tra pubbliche amministrazioni. Più di recente cfr. Corte di Giustizia 27 aprile 2017, cause riunite C-680/15 e C-681/15, ha riconosciuto l'estensibilità della clausola cosiddetta di <rinvio dinamico> alla impresa cessionaria, salvo contestualmente limitarne la portata applicativa.

In dottrina cfr. *amplius* per un utile e ragionato esame del diritto dell'Unione europea : G. BRAICO, *I diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di impresa nelle sentenze della Corte di Giustizia*, in *Il lavoro nella giurisprudenza* 2017, 712- 720.

¹⁶ Sull'art. 41 Cost. si è detto anche che tale norma è espressione di tendenze "diverse e contraddittorie" per tentare di conciliare il principio della libertà economica con quello dell'intervento pubblico nell'economia (cfr. P. CALAMANDREI, *Atti Ass. Cost.*, 157-158). Per l'affermazione 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 cfr. M. S. GIANNINI, *sub art. 41 Cost.*, *Commentario breve della Costituzione* a cura di S.. Bartole e R. Bin, Padova 2008, 406.

diversi diritti che impongono all'interprete di fissare una gerarchia tra le fonti normative ponendo a raffronto gli interessi configgenti in gioco ¹⁷.

In un ordinamento complesso perché a più livelli, come quello dell'Unione, è necessario infatti mettere a confronto disposizioni appartenenti a testi giuridici di diversa origine e natura mediante un procedimento ermeneutico con il quale le norme interne devono conformarsi a quelle sovranazionali¹⁸.

Al fine di rendere più agevole il compito dell'interprete a seguito di una riscrittura dell'art. 41 Cost. si è già, a partire dagli anni ottanta del secolo scorso, rimarcato da parte di autorevole dottrina l'esigenza di una modifica del citato art. 41 sulla base del principio secondo il quale l'iniziativa economica dovrebbe essere garantita "come struttura imprescindibile di un sistema economico che vuole organizzarsi per servire principalmente le esigenze del mercato" al fine di contenere massicce forme di intervento pubblico nell'economia o, prima ancora, "la direzione pubblica dell'economia"¹⁹.

¹⁷ Cfr. al riguardo per quanto riguarda i controlli a distanza e le consequenziali problematiche : G. VIDIRI, *I controlli difensivi : ovvero il bilanciamento degli interessi nel "nuovo" art. 4 Stat. lav.* , in *Mass. giur. lav.* 2017, 731 ss., che evidenzia come il bilanciamento debba in tal caso riguardare il diritto alla libera organizzazione aziendale dell'imprenditore, da una parte, ed il diritto alla *privacy* del lavoratore, dall'altra. Per quanto attiene - sempre con riguardo al bilanciamento di interessi - al licenziamento individuale per ragioni economiche cfr. ancora ID., *Art. 41 Cost.: Licenziamento per motivi economici e "repechage" dopo il Jobs Act*, in *Corriere giur.* 2017, 659 ss., che rimarca come la giurisprudenza comunitaria nel valutare gli interessi in gioco abbia finito per declinare la libertà di iniziativa economica privata di cui al comma 1 dell'art. 41 Cost. "in chiave di norma di riconoscimento del mercato concorrenziale"(così *op. cit.*, 667).

¹⁸ In tale modo l'interprete è chiamato a rendere attuativo tra i diversi Stati dell'Unione il principio della leale collaborazione sancito dall'art. 4, par. 3, T.U.E. al fine di pervenire -a seguito di corretta utilizzazione dello spazio valutativo delle norme interne da parte del giudice nazionale - alla formazione di quello che è stato definito "diritto euro-unitario".

In tema cfr. per tutti in dottrina : M. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, voce *Enc. dir.*, Ann. IX, 2016, 391 ss. nonché R. COSIO, *L'interpretazione conforme al diritto europeo*, in AA. VV., *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*, a cura di R. COSIO e G. BRONZINI, Milano 2016, 41-70.

¹⁹ A favore di una modifica dell'art. 41 Stat. cfr. R. NIRO, *op. cit.*, 862-863, la quale lamenta che il diritto comunitario ha finito nel tempo per rendere la suddetta norma da strumento di garanzia

Nell'esaminare però la disciplina vigente del trasferimento d'azienda va rilevato che le numerose modifiche dell'istituto, per essere frutto di norme sovente non chiare e di contenuto non agevolmente decifrabile, e per appartenere inoltre a fonti normative di diversa natura, impongono un approccio con le stesse – segnatamente da parte delle Alte Corti - volto a privilegiare sulla interpretazione letterale quella logico-sistematica, funzionalizzata al coordinamento della normativa statale con quella dell'Unione europea. Ciò al fine di eliminare antinomie e pericolose sovrapposizioni di disposizioni e di agevolare in tal modo approdi giurisprudenziali maggiormente affidabili²⁰.

4. L'art. 2112 c.c. ed il trattamento (normativo ed economico) dei lavoratori nel trasferimento del ramo d'azienda

In coerenza con le considerazioni sinora svolte è opportuno procedere ad un esame del testo dell'art. 2112 c.c. che disciplina sia il trasferimento dell'azienda²¹ che quello di un suo ramo²².

di una libertà, quella economica, a tutela di un sistema economico condizionato da un mercato concorrenziale,

²⁰ Un assetto ordinamentale complesso che fa confluire in una pluralità di norme, con propri contenuti valoriali di diversa portata, il raggiungimento di approdi dottrinali e giurisprudenziali affidabili, è anche ostacolato sia dal ruolo residuale che finisce per assumere l'interpretazione letterale del dato normativo e sia - sul piano istituzionale - dai c.d. <contro-limiti>, vere e proprie barriere sollevate da ciascuno Stato per impedire l'ingresso nel proprio ordinamento di principi estranei a quelli fondanti della propria Costituzione.

In ordine alle difficoltà che incontra la formazione di un ordinato diritto sovranazionale che garantisca uguali certezze e pari diritti a tutti i cittadini dell'Unione Europea - cfr. S. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Il Mulino, Bologna 2013, 315-319, il quale rileva anche come due Corti, quella italiana e quella tedesca, si siano mosse in due direzioni opposte: <quella italiana nella direzione di trarre dai vincoli comunitari limiti alla sovranità interna ed all'esercizio di poteri pubblici, quella tedesca nella diversa direzione di trarre dalla propria Costituzione limiti ai poteri degli organi comunitari>

²¹ Con l'art. 2112 c.c. il legislatore ha inteso disciplinare: sia in trasferimento dell'intera azienda, e cioè ogni operazione di carattere economico avente ad oggetto <il complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa>, che è realizzabile a prescindere dalla tipologia negoziale o del provvedimento sulla base del quale detto trasferimento è attuato,

E' stato affermato da più parti che, nel modificare l'originario testo dell'art. 2112 c.c., l'art. 47 della legge n. 428 del 1990 e il d.lgs, 2 febbraio 2001 n. 18 (emanato in attuazione della direttiva 98/50 CE) si sono mossi nella direzione di un rafforzamento dei diritti del

compreso l'usufrutto o la locazione> ; sia un specifico ramo dell'azienda da intendersi come una specifica parte di essa..

²² Più specificatamente il ramo d'azienda – intorno al quale ruotano i crescenti fenomeni della delocalizzazione e del lavoro esterno - è definito dall'art. 2112 c.c. una parte della intera azienda, intesa <come articolazione funzionalmente autonoma di una attività economica organizzata, identificata dal cedente e dal cessionario al momento del trasferimento>.

In giurisprudenza è stato più volte affermato che per "ramo d'azienda" deve intendersi ogni entità economica organizzata in maniera stabile, che conservi la sua identità (così Corte di Giustizia, sentenze 24 gennaio 2002, C-51/00 e 28 settembre 2015 C-4587/12) e che consenta l'esercizio di una attività economica finalizzata al perseguimento di uno specifico obiettivo (cfr. al riguardo *ex plurimis* : Cass. 28 settembre 2015 n. 19141; Cass. 28 aprile 2014 n. 9361 e più di recente Cass. 26 luglio 2016 n. 15438, che ribadiscono tutte la necessità, prima del trasferimento, di una sufficiente autonomia funzionale della quota di impresa ceduta).

Va evidenziato però che pur dopo la modifica apportata all'art. 2112 c.c. dal d. lgs. n. 276/2003 - che ha previsto l'individuazione del ramo in occasione del trasferimento - la giurisprudenza ha continuato a ritenere, a tutela dei lavoratori, necessario il requisito della "preesistenza" unitamente a quelli dell'autonomia funzionale e conservazione dell'entità trasferita, rifiutando in tal modo la tesi di quanti hanno dato decisivo rilievo per la opposto indirizzo alla lettera del rinnovato testo normativo (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 una tutela bivalente*).

In dottrina sulle numerose problematiche del trasferimento del ramo d'azienda, molte delle quali ancora irrisolte, cfr. tra gli altri : G. SANTORO PASSARELLI, *Il trasferimento di parte dell'azienda tra libertà dell'impresa e tutela dei lavoratori*, in *Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza*, cit. 15 ss. ; G. VIDIRI, *Il trasferimento d'azienda tra diritto del lavoro e libertà d'impresa*, *ivi*, 37 ss. ; A. MARESCA, *L'oggetto del trasferimento : azienda e ramo d'azienda*, *ivi*, 87 ss.; A. PERULLI, *L'autonomia privata individuale e collettiva nella determinazione dell'articolazione funzionalmente autonoma*, *ivi*, 109 ss.. Di recente cfr. C. CESTER, *Il trasferimento del ramo d'azienda ancora 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, 461 ss., e spec. 472, che - nel criticare la sentenza della Corte di giustizia 6 marzo 2014 C-458/12, *Amatori* - evidenzia come dal testo della suddetta sentenza si evinca una reciproca indipendenza tra diritto comunitario e diritto interno, cui *adde* successivamente R. DIAMANTI, *Trasferimento di ramo d'azienda, preesistenza e autonomia alla luce della più recente giurisprudenza comunitaria*, *ivi*, 2015, II, 1221 ss., e spec. 1226-1229, il quale dopo avere premesso che il requisito della "preesistenza" del ramo d'azienda è un falso problema – perché per potere trasferire una articolazione funzionalmente autonoma di una attività organizzata questa deve esistere prima che il trasferimento venga effettuato - afferma che l'autonomia può essere potenziale e come tale valutabile dal giudice in ogni singolo caso in ragione della sua connessione con le altre parti dell'organizzazione del cessionario ed in applicazione dei criteri di ragionevolezza e buona fede.

lavoratori²³. Il suddetto decreto²⁴ ha innegabilmente un intento agevolativo del trasferimento d'azienda, affrancando l'istituto da eccessive rigidità, capaci di ostacolare processi di scomposizione delle imprese e di ampliarne nello stesso tempo l'ambito applicativo²⁵, ma ha anche il fine - pure a fronte di comprovate esigenze di riduzione di organico da parte delle imprese cedenti – di consentire la praticabilità di

²³ Per l'assunto che le modifiche apportate dal d. lgs. n. 18 del 2001 hanno assicurato al lavoratore efficaci garanzie cfr. per tutti : M T. SALINBENE, *Trasferimento d'azienda e conservazione dei diritti del lavoratore*, in R. DE LUCA TAMAJO, M, RUSCIANO, L. ZOPPOLI, *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli del sistema*, Napoli, ESI, 2004, 602 ss. , che sul punto rileva come ciò risulti dallo stesso mutamento della rubrica dell'art. 2112 c.c., ora titolata <mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda>.

²⁴ Decreto questo chiamato a coordinarsi - soprattutto nei casi di destrutturazione ed integrazione delle imprese - con la direttiva 12 marzo 2001 n. 23 e con le già indicate sentenze della Corte Europea succedutesi nel tempo.

²⁵ L'utilizzazione dell'espressione <attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro> in luogo di <entità economica> ha portato ad ampliare l'ambito applicativo del trasferimento d'azienda sino a smaterializzarne l'oggetto. Al riguardo consulta : Cass. 6 dicembre 2016 n. 24972, secondo cui il "know how" può essere elemento idoneo a conferire autonomia funzionale ad un gruppo di lavoratori; Cass. 7 marzo 2013 n. 5678, che ribadisce ancora come il "Know how" o anche l'utilizzo del *copyright*, o dei brevetti , marchi, ecc., possano costituire elementi qualificanti del trasferimento ; Cass. 21 novembre 2011 n. 29422, in *Giur. it.* 2013, 2299, con nota di P. LAMBERTUCCI, *Il trasferimento del ramo d'azienda dopo l'art. 32 del d. lgs 276/2003: una importante " conferma" della Corte di Cassazione*, che ribadisce come l'art. 2112 c. c. – nel riconoscere il trasferimento sia di beni materiali che immateriali destinati all'esercizio dell'impresa nella loro funzione unitaria e strumentale - neghi la legittimità del trasferimento ove si sia in presenza di una creazione fittizia proprio in vista della cessione; e sempre per una estesa applicabilità dell'istituto scrutinato : Cass.6 luglio 2009 n..15820, secondo cui le disposizioni contenute nell'art. 2112 c.c.. trovano applicazione pure in presenza di interventi legislativi diretti a disciplinare cessioni di aziende o di loro rami, a meno che l'inapplicabilità sia espressamente prevista o che dall'intero contesto dell'intervento legislativo si ricavi con certezza una contraria volontà ovvero, infine, sia ravvisabile una oggettiva e totale incompatibilità tra la nuova legge e la disciplina codicistica. Con riferimento poi al pubblico impiego privatizzato ed alla normativa ad esso applicabile cfr. *ex plurimis* : Cass. 31 luglio 2017 e Cass. 2 febbraio 2007 n. 2265, che hanno statuito che in difetto di disposizioni speciali che espressamente definiscano un trattamento retributivo come non assorbibile (o, comunque, ne prevedano la continuità indipendentemente dalle dinamiche retributive del nuovo comparto) si applica il principio generale della riassorbibilità degli assegni "ad personam" al fine di rispettare il divieto di "reformatio in peius" del trattamento, In questi sensi dovendosi argomentare dall'art.34 del d.lgs n. 29 del 1993 (come sostituito prima dall'art. 19 del d. lgs n. 80 del 1998 e successivamente dall'art. art. 31 d. lgs. n. 165 del 2001), secondo le regole dettate dall'art. 2112 c.c., estensibili pure a fattispecie diverse dal trasferimento di azienda.

strumenti alternativi al licenziamento collettivo che si traducano in una indubbia tutela di larghe fasce di lavoratori.

Con la cessione d'azienda infatti al fine di evitare nel passaggio da una impresa all'altra il peggioramento del trattamento economico e normativo goduto dai lavoratori al momento del trasferimento si è prevista l'ultrattività della contrattazione collettiva attributiva di tale trattamento²⁶. Ed inoltre, per favorire il soddisfacimento dei crediti che il lavoratore ha maturato presso il precedente datore di lavoro, si è anche prescritto che "il cedente ed il cessionario sono obbligati in solido, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento (art. 2112, secondo comma, c.c.)"²⁷.

²⁶ E' stato rilevato da R. DEL PUNTA *Diritto del lavoro*, Milano 2017, 767, che il principio di cui al comma 3 dell'art. 2112 c.c. (in base al quale il lavoratore che passa alle dipendenze di un nuovo datore ha diritto a vedersi applicati *i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti alla data del trasferimento fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi dall'impresa del cessionario*) costituisce una regola che non vale però nel caso - nella realtà di maggiore frequenza - in cui vi siano altri contratti collettivi (del medesimo livello) "applicabili all'impresa cessionaria", i quali sostituiscono immediatamente i contratti collettivi precedenti pure se questi non siano ancora scaduti, sicchè i lavoratori ben possono subire una riduzione delle precedenti retribuzioni. In giurisprudenza in termini simili : Cass. 13 maggio 2011 n. 10614, in *Giur. it.* 2012, 1619, con nota di A. STANCHI e G. CAMILLI, *Fusione societaria : quale contratto collettivo applicabile?* ed in precedenza Cass. 11 marzo 2010 n. 5882, in *Il lavoro nella giurisprudenza* 2010, 785, con nota di E. BAVASSO, *Sostituzione automatica della contrattazione collettiva e usi aziendali*.

²⁷ Per il dettato legislativo il cessionario obbligato in solido per i debiti del cedente può rivalersi su quest'ultimo. Con un accordo transattivo in sede sindacale o presso l'Ispettorato del lavoro può però da parte del lavoratore consentirsi la liberazione del cedente dalle obbligazioni derivanti dal pregresso rapporto e può giungersi - tramite l'esercizio di autonomia assistita ex art. 2113, comma 4, c.c. - alla liberazione anche nei riguardi del cessionario (R. DEL PUNTA, *Manuale cit.*, 768).

In giurisprudenza si è ribadito più volte che ex art. 2112, comma 2, c.c. il datore di lavoro cedente rimane obbligato in solido con il cessionario al pagamento della quota del trattamento di fine rapporto maturata dal lavoratore prima del trasferimento, mentre il cessionario rimane il solo obbligato per la quota maturata nel periodo successivo (cfr. tra le altre Cass. 11 settembre 2013 n. 20837 nonché Cass. 14 maggio 2013 n. 11479, ord., che ha fatto conseguire dal vincolo di solidarietà anche la legittimazione del lavoratore a proporre istanza di fallimento del datore di lavoro che abbia ceduto l'azienda, in quanto creditore dello stesso, ed in precedenza ancora Cass. 22 settembre 2011 n. 19291, in *Riv. crit. dir. lav.* 2011, 951, con nota di M. MORANDI, *Trasferimento d'azienda : il cedente resta obbligato per la sua quota di t.f.r.. Contra* però in precedenza : Cass 9 agosto 2004 n. 15371, in *Notiz. giur. lav.* 2005, 132, secondo cui obbligato al pagamento dell'intero t.f.r. è solo il cessionario sul presupposto che al momento della

Come è stato correttamente osservato però la disciplina del trasferimento d'azienda (rimodulata nel testo originario dell'art. 2112 c.c. a seguito delle direttive 77/117 CE, 98/50 CE e 2001/23 CE) presenta "due anime" : la salvaguardia della continuità occupazionale, da una parte, e l'agevolazione/sostegno del fenomeno circolatorio dei complessi aziendali in un mercato globalizzato, dall'altra²⁸.

Un approccio metodologico sulle problematiche scaturenti dal trasferimento d'azienda, che voglia essere esente da pregiudizi, non può portare a negare che la disciplina su tale istituto – sempre che si attui un rafforzamento degli ammortizzatori sociali – vada condivisa perché volta ad incentivare la competitività (ormai su scala globale) delle imprese. Per di più non può disconoscersi che il nuovo assetto delle relazioni industriali ha il merito di avere dato voce adeguata ad una cultura alternativa a quella che, in tempi anche recenti, ha negato rilevanza ed una effettiva utilità (ai fini giuridici ed economici) alla flessibilità del mercato del lavoro, rinvenendo nell'accentuato accrescimento del contratto a termine un pericoloso strumento di scardinamento delle tutele acquisite nel tempo dai lavoratori e per di più non mostrando alcuna sincera propensione verso il <diritto alla libera iniziativa economica>²⁹.

risoluzione del rapporto matura il diritto del lavoratore al suddetto trattamento, del quale la cessazione del rapporto è fatto costitutivo.

²⁸ In questi termini cfr. R. FOGLIA, *La cessione del ramo d'azienda*, in AA. VV. *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea* (a cura di R. FOGLIA e R. COSIO), Milano 2011, 115 ss. , cui si rinvia per utili riflessioni sulla necessità di armonizzazione della normativa statale con quella dell'Unione Europea.

²⁹ In generale sulla diversità di opinioni relative al mercato del lavoro : G. VIDIRI, *il trasferimento d'azienda* cit. , 62-63. Su detto mercato e sul d. lgs n. 276/2003 la valutazione è stata da sempre di diverso tenore perché la relativa normativa è stata vista da alcuni come una risposta di stampo liberistico alle regole giuridiche di scomposizione, esternalizzazione e circolazione dell'impresa (C. CESTER, *Il trasferimento d'azienda e di parte d'azienda*, in *Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003 n. 276, Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, coordinato da F. CARINCI, Milano 2004, 238-239), e da altri come una mal riuscita manifestazione di una politica volta a porre termine alla <lunga stagione delle troppe rigidità> che ha finito per garantire gli occupati e per produrre poi sempre più disoccupati o sottoccupati (per una generalizzata critica delle rigidità riscontrabili nella materia giuslavoristica per tutti : P. ICHINO, *Il mercato del lavoro*, Milano, Mondadori, 1996, che ha patrocinato la necessità di un mutamento del diritto del lavoro

Ciò non vale però per promuovere a pieni voti il vigente testo dell'art. 2112 c.c. .

Nella normativa sul trasferimento d'azienda sia la genericità della nozione di < autonomia funzionale del ramo aziendale>, tarata sulle più diverse variabili (organizzative, produttive, gestionali e commerciali), e sia la indecifrabilità della portata da assegnare all'ulteriore elemento tipologico della "preesistenza" dell'autonomia funzionale dei beni da trasferire, sono elementi dell'istituto destinati a creare incertezza in termini di un dannoso soggettivismo giurisprudenziale³⁰.

Ma , al di là di quanto sinora detto sul punto, va evidenziato che un indirizzo dottrinario ha sostenuto che, grazie alla vigente disposizione del comma 5 dell'art. 2112 c.c., deve considerarsi sostanzialmente irrilevante il requisito della "preesistenza" per essere venuta meno - con la modifica apportata dal d. lgs 276/2001 alla norma codicistica - ogni elemento testuale idoneo a giustificare la necessità di tale requisito ai fini del riconoscimento della legittimità del trasferimento³¹. Conseguentemente il giudice sarà chiamato ad accertare l'autonomia funzionale del ramo ceduto, non già riscontrandone la sua "pregressa" operatività nell'organizzazione del cedente, ma valutando al momento del trasferimento se i beni trasferiti siano funzionalmente idonei nella

ed un cambiamento della cultura sindacale al fine di correggere le disfunzioni di un sistema volto a privilegiare gli *insiders* e trascurare gli *outsiders*).

Per una incondizionata critica alla flessibilità del mercato del lavoro e dei provvedimenti che la realizzano cfr. L. GALLINO, *Vite rinviate* cit, 9, che scrive di volere condividere il pensiero di chi <ha scritto giustamente, che in seguito alla diffusione di contratti precarizzati a danno dei contratti di lavoro a tempo indeterminato, fino a qualche tempo fa considerati normali, è stata la stessa normalità del lavoro e della vita a venire revocata. Una condizione che col tempo finisce per investire e modificare anche la mente, l'interiorità della persona. Coloro che trascorrono lunghi periodi nella precarietà finiscono con il percepire se stessi in modo diverso dagli altri>.

³⁰ Cfr. sul punto G. VIDIRI, *Trasferimento d'azienda* cit. , 63, secondo cui una ulteriore fonte di incertezza del diritto con un consequenziale soggettivismo giurisprudenziale, deriva nella materia scrutinata anche da una perdurante < ipertrofia di schemi negoziali> con dirette ricadute sull'ambito applicativo della cessione d'azienda e sulla individuazione dei suoi caratteri differenziali con altri istituti in qualche misura ad essa assimilabili per riguardare anche essi il passaggio di lavoratori da un datore di lavoro ad altro al fine della esternalizzazione delle imprese (appalti di servizi, somministrazione di lavoro, comandi, licenziamenti collettivi).

³¹ Così P. LAMBERTUCCI, *Modifica all'art. 2112, comma 5, del codice civile .La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, a cura di di E. GRAGNOLI e A. PERULLI, Padova 2004, 463 e spec. 468.

loro oggettività a produrre un risultato economicamente apprezzabile al fine della continuità dell'occupazione dei lavoratori³².

Indirizzo questo criticato sul presupposto che il disancorare il requisito di idoneità del ramo aziendale dalla preesistente funzione produttiva dell'impresa cedente finisce per assegnare alle parti negoziali della cessione margini amplissimi di discrezionalità valutativa con conseguente riduzione degli spazi del controllo giudiziario. Per di più si è osservato che se si intende limitare il controllo a quello fondato sulla normativa regolativa della frode (art. 1344 c.c.) si introduce uno strumento del tutto inidoneo ad impedire forme genuine ma esasperate di segmentazione del processo produttivo. E sempre in senso critico si sono infine richiamati i *dicta* della Corte di Giustizia, per la quale oggetto del trasferimento è una <entità economica organizzata in modo stabile, la cui attività non si limiti all'esecuzione di una opera determinata> ma <sia finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo>; elementi questi che depongono entrambi nel senso della "preesistenza" di una articolazione funzionalmente autonoma³³.

A tale *iter* argomentativo è stato opposto che se il legislatore con il d. lgs. 10 settembre 2003 n. 276 ha nel testo dell'art. 2112 c.c. espressamente fatto riferimento al "trasferimento" come momento di identificazione da

³² In questi termini A. MARESCA, *L'oggetto del trasferimento* cit., 99, che riconosce anche il permanente carattere inderogabile dell'art. 2112 c.c. per quanto attiene all'individuazione dell'articolazione funzionalmente autonoma ceduta, per essere la suddetta norma applicabile solo a condizione che il bene trasferito sia dotato di una sua oggettiva autonomia funzionale, sicché la sua mancanza non consente il prodursi, in capo all'acquirente, dell'effetto legale della cessione del contratto di lavoro. Per ulteriori riflessioni cfr. : R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in R. DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Esi, Napoli 2002 32 ss., per il quale la conservazione dell'autonomia funzionale dei beni ceduti esaurisce i suoi effetti nel momento del trasferimento; e, ancora, M. MARAZZA, *Impresa e organizzazione nella nuova nozione d'azienda trasferita*, in *Arg. dir. lav.* 2001, 612.

³³ In dottrina cfr. : A. PERULLI, *L'autonomia privata individuale e collettiva* cit., 1112-117, che richiama a supporto della sua opinione, con riferimento alla giurisprudenza comunitaria, la sentenza della Corte di Giustizia 24 gennaio 2002, in causa C-51/00, *Tenco*, punto 23, che si legge in *Foro it.* 2002, IV, 142); ed ancora C. CESTER, *Il trasferimento d'azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa : l'attuazione delle direttive comunitarie e conclusa?*.

parte del cedente e del cessionario della “articolazione funzionalmente autonoma di una attività economica organizzata”, ha di certo con tale modifica voluto introdurre una rilevante novità rispetto al precedente dato normativo³⁴. Per di più sul versante del diritto dell’Unione si è contestualmente obiettato che la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha statuito che la normativa nazionale può consentire la successione del cessionario al cedente nei rapporti di lavoro pure nel caso in cui dopo il trasferimento il cedente eserciti un intenso potere nei confronti del cessionario³⁵, non contrastando con le direttive europee una normativa nazionale che fornisca una diversa nozione di ramo d’azienda con l’eliminazione nel testo di legge del requisito della “preesistenza”³⁶.

5. I negozi (inter vivos e mortis causa) del trasferimento d’azienda.

La normativa sul trasferimento d’azienda - configurabile nel suo complesso come una disciplina astratta per applicarsi non ad un determinato tipo negoziale ma ad una serie di fatti quale sia la loro origine - si è caratterizzata perché le problematiche da essa scaturenti sono state avvolte da sempre da una nebulosa incertezza, anche se va riconosciuto che, con le numerose modifiche apportate al vecchio testo dell’art. 2112 c.c., si è cercato di fornire margini di maggiore chiarezza all’istituto scrutinato³⁷.

³⁴ Problema questo che si pone nel suo scritto R. DIAMANTI, *Trasferimento del ramo d’azienda* cit., 1226, secondo cui si è in presenza di un falso problema perché il legislatore ha inteso evidenziare come il requisito della “preesistenza” non possa considerarsi elemento costitutivo della fattispecie del trasferimento d’azienda risultando il dato temporale di scarsa rilevanza causale rispetto alla individuazione dell’autonomia funzionale dell’entità economica da trasferire, che può essere ben effettuata - in una ottica di utile e sollecita circolazione dei beni - in prossimità della cessione del ramo aziendale .

³⁵ In questi termini cfr. ancora R. DIAMANTI, *Trasferimento di ramo d’azienda* cit., 1223, per il riferimento alla sentenza della Corte di Giustizia 4 marzo 2014 C--458/12, *Amadori*, in *Riv. it. dir. lav.* 2014, II, 470

³⁶ Così ancora R. DIAMANTI, *Trasferimento di ramo d’azienda* cit., 1225, secondo il quale - avendo la Corte di Giustizia affermato che non contrasta con la direttiva europea una normativa nazionale che elimina dalla nozione del ramo d’azienda la “preesistenza” - non può più dirsi che il diritto comunitario imponga l’interpretazione sinora adottata dalla nostra Corte di legittimità.

³⁷ Definisce la disciplina contenuta nell’art. 2112 c.c. come astratta : R. ROMEI, *Il campo di applicazione della disciplina sul trasferimento d’azienda*, in *Il mercato del lavoro* cit. , 583.

Considerazione questa in parte confortata da approdi giurisprudenziali in relazione ai fatti generatori del trasferimento, che risultano in buona misura consolidati.

Allo stato possono tra tali fatti ritenersi oggetto di affidabili indirizzi dottrinari e giurisprudenziali sulla loro regolamentazione: 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 trasferimento³⁸; tutti indifferentemente i negozi traslativi, quali la compravendita, la permuta e - stante l'acclarata indifferenza del tipo negoziale attuativo del trasferimento stesso - anche i negozi *mortis causa* (successione dell'erede o del legatario per atto testamentario), salvaguardando la inderogabilità dell'art. 2112 c.c. come tale insuscettibile di essere vanificato nelle tutele riguardanti i lavoratori coinvolti nel trasferimento³⁹; gli atti volontari anche con efficacia temporanea (affitto ed usufrutto)⁴⁰; quelli a titolo

³⁸ Proprio in considerazione di detta innovazione è stata riconosciuta la configurabilità di un trasferimento d'azienda in caso di cessione di elementi patrimoniali materiali significativi tra due imprese, a seguito di successive concessioni di appalti di servizi di pubblico trasporto (in tali sensi cfr. Cass. 10 maggio 2005 n. 9736, ed in precedenza Cass. 24 marzo 2004 n. 5934, in *Foro it.* 2004, I, 2034, con nota di A. PERRINO, *Ancora sul trasferimento d'azienda: le presunte novità*.

Per l'affermazione in dottrina 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> cfr. : G. DELLA ROCCA, *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, in *Mass. giur. lav.* 2001, 500, che ammette dunque l'assoggettabilità al disposto dell'art. 2112, comma 5, c.c. del trasferimento disposto con atti autoritativi della pubblica amministrazione; e negli stessi sensi: O. MAZZOTTA, *Manuale cit.*, 305, secondo cui il legislatore, richiamando espressamente, il "provvedimento", lo qualifica come strumento attraverso il quale si può realizzare il fenomeno successorio.

³⁹ Per l'applicabilità dell'art. 2112 c.c. anche per i trasferimenti *mortis causa* cfr. Cass. 1 agosto 1984 n. 4885, in *Rass. giur. Enel*, 1984, 990.

Contra invece in dottrina : A. BONAJUTO, *Il trasferimento dell'azienda e del lavoratore*, Padova 1999, 31, sulla base delle considerazioni che la successione dell'erede nella posizione del *de cuius* attiene al diverso fenomeno della successione universale, nonché R. ROMEI, *Il campo di applicazione della disciplina su trasferimento d'azienda*, in *Il mercato del lavoro cit.*, 584 sul presupposto che il negozio *mortis causa* non deriva né da un provvedimento né da un negozio traslativo. Ritiene invece discutibile l'estensibilità dell'art. 2112 c.c., pur dopo la riforma del d. lgs n. 276 del 2003, all'ipotesi di successione *mortis causa* : O. MAZZOTTA, *Manuale cit.*, 305.

⁴⁰ Sottolinea come il disposto dell'art. 2112, comma 5, c.c. si applichi anche ai trasferimenti temporanei e quindi, anche alla retrocessione, che si verifica al termine dell'usufrutto e dell'affitto d'azienda : A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Cedam, Padova 2004, 329 e nt. 8, che ricorda altresì come la normativa codicistica abbia trovato applicazione in giurisprudenza

universale tra vivi (fusione propria o per assorbimento)⁴¹; gli atti di trasferimento tra soggetti aventi finalità economiche prive di scopo di lucro come si verifica, ad esempio, per il settore delle *istituzioni non profit* ed anche per le attività economiche espletate dalle c.d. *organizzazioni di tendenza*, atteso che il d. lgs n. 276/2001 – con il ripetere l’espressione <al fine della produzione e dello scambio dei beni e servizi> (cfr. d. lgs. n. 18/2001) - ha mostrato di ritenere indifferenti le finalità sottese all’attività economica organizzata⁴²; ancora gli atti di trasferimento in cui non vi è un rapporto contrattuale diretto tra alienante ed acquirente perché il trasferimento può avvenire anche tramite un intermediario⁴³; infine i negozi di trasferimento di rami aziendali all’interno di gruppi di imprese⁴⁴.

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 dall’agente cessato e poi riaffidata al nuovo agente (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. PIZZOFERRATO, *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.*).

⁴¹ Per la statuizione che in caso di fusione di una società con un’altra – verificatasi nel regime anteriore alle modifiche introdotte dal d. lgs n. 6 del 2006, una successione a titolo universale – operi per quanto attiene ai rapporti di lavoro la disciplina di cui all’art. 2112 c.c cfr. : Cass. 29 settembre 2015 n. 19303 cui *adde* Cass, 19 aprile 2016 n. 7717 cit., secondo cui i dipendenti transitati sono soggetti al contratto collettivo applicabile presso la società incorporante , anche se più sfavorevole , atteso il loro inserimento nella nuova realtà organizzativa e nel mutato contesto di regole, anche contributive, potendo trovare applicazione l’originario contratto collettivo nel solo caso in cui presso l’incorporante i rapporti di lavoro non siano regolati da alcuna disciplina collettiva).

⁴² Sul punto cfr. più ampiamente : G. VIDIRI, *Il Trasferimento d’azienda* cit., 52-53 e note 34 e 35, secondo cui ormai la nozione del trasferimento d’azienda va ben oltre l’interpretazione tradizionale dell’art. 2555 c.c. e l’elaborazione dell’art. 2082 c.c., il che induce ad apprezzare una scelta legislativa volta a tutelare il lavoro in sé, evitando che in presenza di fatti non addebitabili ai lavoratori possano verificarsi tra di essi ingiustificate discriminazioni.

⁴³ Per tale indirizzo cfr. *ex plurimis* : Cass. 7 dicembre 2006 n. 26215, in *Il lavoro nella giurisprudenza* 2007, 483, con nota di G. GIRARDI, *Il trasferimento può avvenire anche tramite un intermediario , e pertanto anche in due fasi per effetto di detta intermediazione di un terzo*; in precedenza Cass. 13 gennaio 2005 n. 493, in *Foro it.* 2005,I, 690, non nota di A.M. PERRINO,

6. Il trasferimento d'azienda tra diritto del lavoro e diritto commerciale.

In relazione al trasferimento d'azienda continuano invece a riscontrarsi un acceso dibattito su alcune specifiche problematiche quali quelle attinenti alle regole da applicare allorché il trasferimento avvenga tra società.

In dottrina ed in giurisprudenza è stato ritenuto che il disposto dell'art. 2112 c.c. non può estendersi alle cessioni dei pacchetti azionari perché tale cessione non comporta una sostituzione soggettiva della persona dell'imprenditore ma determina unicamente la cessione dei diritti di partecipazione all'impresa sociale⁴⁵. E si è anche affermato che la norma

Trasferimento d'azienda ed appalto di servizi: le operazioni pericolose, che ha riconosciuto come il trasferimento d'azienda sia configurabile in ipotesi 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 impresa, così come affermato dalla Corte di Giustizia 7 marzo 1996 C-171/94 e C-172 C-172/94.

In dottrina invece O. MAZZOTTA, *Manuale* cit., 305, ritiene che - in caso di acquisizione di personale già impiegato in un appalto a seguito di subingresso di un nuovo appaltatore - la riconduzione del fenomeno al trasferimento d'azienda (con tutte le conseguenze garantistiche ad esso connesse) va escluso solo nelle situazioni in cui l'impresa subentrante presenti caratteristiche tali da diversificarsi profondamente dall'attività economica esercitata dal precedente datore di lavoro.

⁴⁴ Nella sterminata dottrina in temi di gruppi di impresa cfr. per tutti C. SCOGNAMOGGIO, *Commento all'art. 31 d. lgs n. 276 del 2003*, in R. DE LUCA, TAMAJO - C. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commento al d. lgs 10 settembre 2003, n. 276*, Padova 2007, 480 ss., cui adde: N. RONDINONE, *Disposizioni in materia di gruppi di impresa e trasferimento d'azienda*, ivi, 457.

In argomento da ultimo: G. BRAICO, *L'obbligo di repechage tra gruppi di impresa e demansionamento*, nota a Cass. 27 maggio 2017 n. 13379 e Cass. 31 maggio 2017 n. 13809, in *Il lavoro nella giurisprudenza* 2018, 60-61, e nt. 3, la quale rimarca: che la rubrica dell'art. 31 del d. lgs. n. 276/2003 ("Gruppi di 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 sull'individuazione del datore di lavoro e della relazione soggettiva tra quest'ultimo e 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 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".

⁴⁵ In tali sensi cfr. tra le molte: Cass. 27 ottobre 1992 n. 11645, in *Giur. it.* 1993, I, 960 nonché 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*.

codicistica è *inapplicabile* alle fattispecie della trasformazione di società di persona in società di capitali (art. 2500-*ter* c.c.) e viceversa (art. 2500-*sexies*); ed ugualmente *inapplicabile* la suddetta disposizione si è ritenuta alla trasformazione eterogenea delle società di capitali (art. 2500-*septies*) ed alla trasformazione eterogenea in società di capitali (art. 2500-*octies*).

In tutti tali casi – è stato rimarcato - non si ha un cambiamento della società titolare dell'azienda per non esservi l'estinzione di una società e la costituzione di altra, dal momento che le diverse forme di trasformazione (sia la *c.d. trasformazione omogenea* che interviene tra tipi di società aventi tutta la stessa causa lucrativa; sia la *c.d. trasformazione eterogenea*, che attiene invece alla trasformazione di una società lucrativa in un società cooperativa o in altro ente privato non societario) si attuano con una modificazione dell'atto costitutivo , che produce un mutamento del modello organizzativo dell'impresa ma non quello del soggetto collettivo, nel senso che la società si modifica e si trasforma senza che si verifichi un fenomeno successorio, diversamente di quanto accade in caso di fusione⁴⁶. Dubbi permangono invece in relazione ai trasferimenti in esame da una società ad altra soprattutto per quanto attiene all'estensione dell'applicazione ad essi della disciplina dell'art. 2112 c.c. o di quella a carattere generale degli artt. 2555 e ss. c.c..

Un approccio ermeneutico su una problematica certamente di non agevole soluzione non può che partire dalla premessa che la vicenda traslativa dell'azienda per i rapporti di diritto commerciale è regolata in

Per lo stesso indirizzo in dottrina : P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, Vol. III, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, e continuato da P. SCHLESINGER, Milano 2003, 585; A. MARESCA, *Le novità del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *Arg. dir. lav.* 2001, 51. *Contra* però S. NAPPI. *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, Napoli 1999, 195-234, e da ultimo O. MAZZOTTA, *Manuale cit.*, 304, secondo il quale dopo le riforme al testo originario il nuovo tenore dell'art. 2112 c.c., con la sua allusione all'indifferenza rispetto alla <tipologia negoziale>, sembra ora ricomprendere entro lo specchio protettivo anche la cessione del pacchetto azionario delle quote di una società.

⁴⁶ Cfr. sulla trasformazione delle società tra gli altri: 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., e da ultimo : A. GRAZIANI, G. MINERVINI, U. BELVISO, V. SANTORO, *Manuale di diritto commerciale*, Milano 2017, 355-358.

parte dall'art. 2558 c.c., alla stregua della quale “ se non è pattuito diversamente, l'acquirente subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale”.

E' stato puntualmente rilevato sul punto che mentre la regolamentazione in materia commerciale è improntata al principio dispositivo nel pieno rispetto dell'autonomia contrattuale delle parti negoziali, il disposto dell'art. 2112 c.c. si configura invece, per la natura degli interessi coinvolti, come una norma imperativa dal momento che il rapporto di lavoro con l'imprenditore subentrante nella titolarità dell'azienda costituisce un effetto automatico *ex lege* della vicenda circolatoria perché assicura ai lavoratori una effettiva tutela in tema di continuità dell'occupazione e della conservazione dei diritti che ne derivano⁴⁷. Motivi questi che, come si è ripetutamente affermato, hanno portato alla configurazione del trasferimento d'azienda con riferimento alla posizione del lavoratore, come successione legale nel contratto che, non richiedendo il consenso del contraente ceduto, non è

⁴⁷ Va ricordato al riguardo che il trasferimento d'azienda porta con sé l'ultrattività dei trattamenti (economici e normativi) garantiti ai lavoratori dai contratti collettivi applicati al momento del trasferimento sempre che non si rinvenga presso il cessionario un contratto collettivo dello stesso livello.

Sulla capacità di resistenza della contrattazione collettiva di fronte alle istanze del cessionario di modificare le condizioni di lavoro e per la statuizione che la tutela delle condizioni dei lavoratori trasferiti non può, secondo quanto previsto dalla direttiva 2001/23 CE, spingersi sino ad impedire al cessionario di effettuare dopo il trasferimento gli adeguamenti ed i mutamenti indispensabili per l'esercizio della sua attività imprenditorie cfr.: Corte di Giustizia 27 aprile 2017, C-680/15 e C.-681/15, cit., pubblicata in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, ii, 896. Decisione questa verso la quale nutre riserve M. L. VALLAURI, *La Corte di giustizia torna a definire la capacità di resistenza della contrattazione collettiva nel caso di cessione di impresa*, *ivi*, 909-916, la quale osserva che la conclusione raggiunta dalla Corte di Lussemburgo sembra mettere in crisi proprio la *ratio* dell'art. 2112 c.c. spostando l'ago della bilancia a favore del cessionario perché non mette al riparo i lavoratori, al domani del trasferimento, dal pericolo di un deterioramento delle loro condizioni.

In dottrina per un esame delle problematiche scaturenti dalla lettura del disposto del terzo comma dell'art. 2112 c.c., cfr. tra gli altri : F. SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti dei lavoratori nel trasferimento di azienda*, in *Quaderni riv. it. dir. lav.*, 2004, 108-109, e più di recente L. RATTI, *Le garanzie per i lavoratori nelle vicende traslative dell'impresa*, in *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori* (a cura di M. AIMO, D. IZZO), Torino 2014, 284 ss..

assimilabile alla cessione del contratto, per la quale tale consenso opera da elemento costitutivo della fattispecie di cui all'art. 1406 c.c.⁴⁸.

La normativa sul trasferimento d'azienda di cui all'art. 2112 c.c. può quindi ben a ragione configurarsi come *normativa speciale* rispetto a quella che regola il contratto di cessione d'azienda (o di un suo ramo) alla stregua del disposto dell'art. 1406 c.c.. Cessione questa regolata invece dalle prescrizioni di cui agli art. 2555 e ss. c.c..

Corollario di quanto sinora detto è che - nel rapporto tra le parti del negozio di trasferimento d'azienda (siano esse società o singoli imprenditori) - debba trovare applicazione la normativa di cui all'art. 2112 c.c. allorché si intenda trasferire "una attività economica organizzata con e senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conservi la propria identità", che costituisce l'oggetto qualificante della tipologia negoziale in esame e della conseguenziale 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 di contro nel passaggio di una mera universalità di beni che ne costituisce l'oggetto. Negozio questo al quale rimangono estranei i singoli lavoratori coinvolti nel trasferimento per risultare in esso carente il momento unificante di una "predeterminata entità economica" individuabile in un "autonomo ramo aziendale". Circostanze queste che - per concludere sul punto - spiegano le nette differenze tra le due tipologie di trasferimento, che finiscono per riflettersi sul versante della forma e degli effetti negoziali conseguenziali in ragione di un diverso

⁴⁸ In questi termini da ultimo : Cass. 23 maggio 2017 n. 12919, in *Giur. it.* 2018, 152, con nota di F. R. GRASSO, *Sul comportamento (concludente) del lavoratore nel trasferimento d'azienda*, che sugli indicati presupposti dell'automaticità della continuazione del rapporto di lavoro presso il cessionario e dall'irrelevanza del consenso del lavoratore alla cessione della azienda, ne fa scaturire il diritto di recesso nei termini sanciti dal quarto comma dell'art. 2112 c.c.. In precedenza tra le tante decisioni sulla natura e gli effetti dell'istituto in esame vedi : Cass. 7 marzo 2013 n. 5678 cit. ed ancora Cass. 9 ottobre 2009 n. 21481, in *Giur. comm.* 2011, II, 118, con nota di R. RAIS, *Cessione d'azienda e responsabilità per i debiti ceduti*.

bilanciamento tra diritti contrapposti , la cui graduazione è destinata a variare a seconda della finalità che le parti negoziali intendono in concreto perseguire e del contesto socio-economico in cui l'atto (trasferimento della proprietà, di usufrutto o di affitto di azienda ecc.) è destinato ad interagire⁴⁹.

7. Il bilanciamento tra libertà d'impresa e diritto al lavoro nel trasferimento d'azienda.

E' stato osservato che la più importante innovazione, di diretta derivazione comunitaria (contenuta nell'art. 47 della legge n. 428 del 1990 e riconfermata, con qualche modifica, con il d. lgs. n. 18 del 2001), è quella che concerne nelle vicende delle imprese con oltre quindici dipendenti il coinvolgimento delle associazioni sindacali attraverso un procedimento di informazione e consultazione, il cui mancato rispetto da parte del cedente e del cessionario, costituisce una condotta antisindacale punibile ai sensi dell'art. 28 dello statuto dei lavoratori⁵⁰.

⁴⁹ L'assunto di cui al testo sembra trovare condivisione in dottrina da parte di chi - dopo avere premesso che rimane controversa la disciplina dei negozi aventi per oggetto l'azienda - patrocina la tesi che la normativa di cui all'art. 2112 c.c. debba trovare applicazione non in ogni ipotesi di cessione di azienda ma di contro 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 però 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 alla questione in esame non può probabilmente darsi una soluzione unitaria perchè correlata alla finalità di ciascuna norma).

Non sembra dubbio invece che per ovviare alle lacune del testo dell'art. 2112 c.c. possa correttamente farsi riferimento all'applicazione analogica, se ne ricorrono i presupposti,, delle "Disposizioni generali" sulla azienda (Titolo VIII, Capo I, Libro V, cod. civ.), in modo da applicare così, ad esempio, a chi aliena l'azienda il divieto di concorrenza avendo la giurisprudenza più volte statuito che l'art. 2557 c.c. non ha il carattere di eccezionalità in quanto con esso il legislatore non ha posto in essere una norma derogativa del principio di libera concorrenza sicchè non ne è esclusa l'estensione analogica (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;* e più di recente Cass. 25 giugno 2014, che ha ritenuto applicabile l'art. 2557 c.c. in una fattispecie in cui il cedente l'azienda aveva poi intrapreso una attività commerciale concorrente avvalendosi della partecipazione in una impresa familiare per occultare la propria posizione).

⁵⁰ Cfr. sugli elementi richiesti per la configurabilità della condotta antisindacale cfr. tra le tante Cass. 17 giugno 2014 n. 13726, che identifica la violazione dell'art. 28 Stat. lav. in condotte obiettivamente idonee a limitare la libertà sindacale cui *adde* in precedenza Cass. 18 aprile 2007

Detta condotta può determinare la nullità dello stesso trasferimento nel caso in cui venga di fatto del tutto vanificato il controllo sulle conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori e sulle eventuali misure previste nei confronti di questi ultimi per essere, alla stregua del diritto dell'Unione Europea, il rispetto delle procedure di informativa e consultazione presupposto legittimante di tutti i processi di ristrutturazione e riorganizzazione delle imprese, con le conseguenziali ricadute in termini occupazionali⁵¹.

Non può trascurarsi di considerare, a conforto di quanto ora detto, che il patrocinare - nell'attuale assetto delle relazioni industriali - la valorizzazione degli spazi, assicurati ai lavoratori in tema di autonomia assistita dal diritto statale, favorisce un più giusto equilibrio nel bilanciamento tra diritto al lavoro nelle sue diverse articolazioni (riconosciuto dall'art. 15 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) e quello al libero esercizio dell'attività imprenditoriale (riconosciuto invece nel successivo art. 16 della stessa Carta)⁵². Deve infatti prendersi atto che il diritto europeo ha portato progressivamente a privilegiare rispetto ad altri diritti, anche essi a copertura costituzionale, il diritto alla libertà di impresa in ragione dei naturali effetti scaturenti dall'estensione territoriale di un mercato in cui a seguito della libera

n. 9250, in *Riv. giur. lav. e prev. soc.* 2008, II, 223, con nota di S. LAFORGIA, *Intenzionalità responsabilità e ponderazione degli interessi contrapposti nella condotta antisindacale*.

⁵¹ Per la tesi - supportata dalle fonti normative dell'Unione Europea - della nullità del licenziamento collettivo in caso di violazione da parte dell'imprenditore dell'obbligo di fornire le le prescritte informative alle organizzazioni sindacali cfr. G. VIDIRI, *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti collettivi nel tempo e la certezza del diritto*, in *Il licenziamento collettivo in Italia e nel quadro del diritto dell'Unione Europea* (a cura di R. COSIO, F. CURCURUTO, R. FOGLIA) Milano 2016, 77 ss..

Per la tesi contraria volta cioè ad imporre soltanto l'effettuazione delle informative disattese : O. MAZZOTTA, *Manuale cit.*, 305 cui *adde* R. DEL PUNTA, *Manuale cit.*, 769 per il quale il decreto che accerta la condotta antisindacale non può disporre, in ogni caso, l'invalidazione del contratto di cessione dell'azienda.

⁵² Sull'art 15 della Carta, avente ad oggetto *Libertà professionale e diritto di lavorare*, da interpretarsi alla stregua del TDFUE (artt. 26, 45, 49, 56, 153, paragrafo 1 , lettera g , e 156) vedi da ultimo : L. NOGLER e G. COLAVITTI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, a cura di R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O RAZZOLINI, Milano 2017, 282-308.

Sull' art. 16 della suddetta Carta che disciplina i *La libertà d'impresa* cfr. invece : C. MALBERTI, *Carta dei diritti cit.* , 308-327.

concorrenza si accresce la “volatilità” del capitale a fronte di un lavoro per sua natura più “stanziale”⁵³.

Non può sottacersi al riguardo che una sostanziale valorizzazione della “libertà d’impresa”, in linea con i principi fondanti del “liberalismo”, non si è coniugata però nel diritto dell’Unione con una regolamentazione dei mercati volta a sanzionare forme di concorrenza sleale ed a impedire il ricorso al cosiddetto *dumping commerciale e sociale*, destinato a tradursi sovente in termini macro-economici nella chiusura di fabbriche e di stabilimenti industriali con una conseguenziale riduzione dell’occupazione⁵⁴.

E’ stato correttamente rilevato che l’art. 16 della CDFUE rappresenta una novità rispetto alle tradizioni costituzionali di molti Stati membri e si è anche precisato che esso - nonostante svolga una funzione centrale tra le libertà economiche e non abbia un omologo nella CEDU – evidenzia tuttavia indubbie affinità con le disposizioni ad esse vicine poste a tutela di dette libertà. Ed infatti il precedente art. 15 ha per oggetto la “libertà professionale” e il “diritto di lavorare” mentre il successivo art. 17, attinente al “diritto di proprietà”, è volto a tutelare pure i beni (materiali e non) attraverso i quali viene esercitata la libera attività di

⁵³ In un assetto ordinamentale, come quello disegnato dall’Unione, il diritto oltrepassa i ristretti limiti dei territori dei singoli Stati, per regolare più estesi spazi territoriali attraverso accordi vincolanti tutti i Paesi aderenti all’Unione, con l’effetto che ciascuno di essi finisce per affrancarsi dai propri luoghi originari “con una rottura *del diritto interno*, che per una parte si fa omogeneo al diritto degli altri Stati, e per una parte rimane quale era o subisce soltanto mutamenti per cause proprie e nazionali “ (cfr. in tali *sensi amplius* : N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Ed. Laterza 2001, 84-87).

⁵⁴ Per una migliore comprensione del pensiero liberale - chiamato a confrontarsi con gli attuali problemi della moderna società di massa e con i limiti di un mercato globale – è utile il richiamo all’opera di WILHELM ROPKE, *Al di là dell’offerta e della domanda. Verso un’economia umana* (a cura di Dario Antiseri e Flavio Felice, e Prefazione di Flavio Felice), Ed. Rubettino 2015, 139, che ebbe a scrivere <Non si può definire che “anarchismo” liberale quello di chi crede che il mercato, la concorrenza e una razionale economia siano sufficienti a conferire un carattere morale al nostro sistema economico. Quale è, dunque, la verità? Credo ch’essa sia in ciò che s’è detto prima sul livello etico medio della nostra economia. Da sola l’autonomia di mercato non basta, perché la vita economica non si svolge in un vuoto morale. Essa esige solide fondamenta etiche, senza le quali un libero ordinamento non potrebbe mantenersi ad un sufficiente livello morale>. Per le diverse forme in cui si è storicamente declinato il pensiero liberale cfr. di recente C. OCONE, *Il liberalismo nel novecento da Croce a Berlin*, Ed. Rubettino 2016, cui si rinvia per significative riflessioni sulla polemica fra Benedetto Croce e Luigi Einaudi riguardante il rapporto fra liberismo e liberalismo, che di certo rappresenta uno dei momenti più importanti del pensiero politico italiano del novecento (sul tema *op. cit.*, 181-187).

impresa, ai fini di garantirne la produttività e, per l'effetto, l'incremento dell'occupazione⁵⁵.

Nel riassumere i diversi e talvolta opposti orientamenti della dottrina, si è poi puntualizzato che il citato art. 16 non depone affatto nel senso che la libertà di impresa goda di una minore protezione e di un più limitato ambito applicativo sia rispetto al diritto di lavorare e di esercitare una attività professionale, e sia rispetto al diritto di proprietà e dell'esercizio dei correlati poteri che ne caratterizzano il contenuto.

Sulla base della giurisprudenza della Corte di Giustizia, non può negarsi che la libertà di impresa abbia assunto nel tempo una portata molto ampia a tutela dell'esercizio di ogni attività economica e commerciale, sia come attività contrattuale, sia infine, ed a maggior ragione, come libertà di svolgere una qualunque attività economica in regime di libera concorrenza⁵⁶.

Ed è innegabile che proprio in tale direzione si è gradualmente assestato il diritto dell'Unione Europea atteso che una lettura delle direttive e delle sentenze della Corte di Giustizia accredita la tesi secondo cui, allorquando in un mercato aperto alla concorrenza si configuri una contrapposizione tra il diritto alla libertà d'impresa ed il diritto al lavoro, il primo deve prevalere - alla stregua della regola di un equo bilanciamento tra contrapposte pretese - se una diversa scelta finirebbe per disattendere le esigenze della produzione con conseguenze generali e gravi effetti negativi in termini occupazionali. In questi sensi va quindi interpretato il combinato disposto del primo e secondo comma dell'art. 41 della Carta Costituzionale, nella parte in cui statuiscono che *l'utilità sociale* costituisce un limite alla libertà d'impresa⁵⁷, nonché il successivo art. 46 nella parte in cui prescrive che,

⁵⁵ Cfr. sostanzialmente in questi sensi ed anche per esaustivi riferimenti dottrinari : C. MALBERTI, *Carta dei diritti fondamentali* cit., 310-311,

⁵⁶ sul punto in tali termini : C. MALBERTI, *Carta dei diritti fondamentali* cit., 314-316, cui si rinvia anche per i necessari riferimenti giurisprudenziali .

⁵⁷ E' stato affermato che l'art. 41 Cost. va interpretato come norma volta a rafforzare la libertà di iniziativa economica dell'imprenditore, consentendogli il libero ed autonomo esercizio dei propri poteri per meglio far fronte alla concorrenza in un mercato sempre più globalizzato e,

ai fini della elevazione economica e sociale del lavoro, la Repubblica riconosce il diritto dei lavoratori *a collaborare* alla gestione delle aziende⁵⁸.

Ed invero, una lettura logico-sistematica del dato normativo mostra che il Costituente - in un auspicato assetto delle relazioni industriali, non *conflittuale* ma *collaborativo* tra le parti sociali - ha individuato nella produttività delle imprese - se ed in quanto funzionalizzata all'incremento della produzione - un presupposto di accertata utilità per l'elevazione anche economica dei lavoratori.

8. Il principio della <gerarchia mobile> nel trasferimento d'azienda.

Sulle problematiche relative al rapporto tra giudice e legge si è svolto nel quinquennio trascorso in una Rivista giuridica a diffusione nazionale un interessante dibattito tra accademici, giuslavoristi e filosofi del diritto.

nello stesso tempo, per porlo al riparo da ogni invadenza del potere statale. Ha puntualmente rammentato F. GALGANO, *op. cit.*, 40, che la norma in esame in quanto "nesso necessario di collegamento" fra le diverse disposizioni della "Costituzione economica", la si è già in passato analizzata nell'ottica liberale della antitesi autorità-libertà, privilegiando la proclamata libertà di iniziativa economica privata e leggendo la riserva di legge in chiave garantistica come baluardo a difesa di una libertà costituzionale del cittadino.

⁵⁸ Il testo dell'art. 46 Cost. è rimasto sostanzialmente disapplicato nella sua interezza anche se nella esperienza italiana è stato teorizzato il principio della collaborazione dei lavoratori alla gestione delle aziende attraverso modelli di <partecipazione conflittuale> o <di democrazia sindacale fonte di un contropotere aziendale>.

Pure sul versante dottrinario si è auspicata la necessità di un equilibrato rapporto tra lavoratori e datori di lavoro mediante il consolidarsi dei diritti di informazione sulle scelte economiche ed occupazionali dell'impresa e attraverso l'introduzione di tutti gli strumenti volti a determinare un coinvolgimento delle parti sociali nelle decisioni, al fine di pervenire quanto meno ad un affievolimento degli antagonismi (al riguardo anche per un esaustivo richiamo ai precedenti dottrinari in materia cfr. : E. PAPARELLA, in *Commentario alla Costituzione* a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, vol. I, (Artt. 1-54), Torino 2006, *sub art.* 46, 937-939, la quale - dopo avere rilevato come sussista nei rapporti sindacali un modello *comunitario* e *corporativo* in cui il conflitto è istituzionalizzato a fronte del diverso modello *partecipativo* e *negoziale* volto alla continua rivendicazione di reciproche concessioni tra le parti sociali - osserva infine che nella realtà fattuale la pratica degli assetti delle relazioni industriali <ha impedito il consolidarsi e l'affermarsi di tutti quegli strumenti tesi a creare una elaborazione comune delle decisioni che in sé implicherebbero se non una definitiva eliminazione almeno un affievolimento degli antagonismi>>(così : *op. cit.*, 939 e nt. 64).

Nel corso di tale dibattito si è affermato in un documento - redatto da magistrati appartenenti ad una storica corrente della Associazione Nazionale Magistrati (ANM) - che Magistratura Democratica (MD) “ ha sempre e soltanto pensato <di potere agire come un intellettuale collettivo allo scopo di promuovere sensibilità comuni>. Queste finiscono per esprimersi in un comune atteggiamento culturale di fronte alla interpretazione della legge e della Costituzione attraverso un incontro di idee che, partendo dai problemi della realtà, dalla politica e dal sociale, arrivasse poi al diritto ed alla giurisdizione. Contestualmente si è poi orgogliosamente rivendicato il carattere “indefettibilmente politico della giurisdizione” avendosi come obiettivo quello di contribuire all’opera di invero della Costituzione, ed in particolare dell’art. 3, 2° comma. Si è infine rimarcato che se è vero che i giudici che si riconoscono in MD cercano di interrogarsi per mantenere aperta una via giudiziaria al “costituzionalismo emancipante”, è anche vero che “il vincolo associativo ... oltre a non essere trasceso nel corporativismo di altre correnti, non ha mai preteso di interferire nella *jurisdictio* dei singoli giudici”⁵⁹.

Lo scritto scrutinato merita sostanziali riserve nella parte in cui con il linguaggio usato mostra di volere certificare, nell’ambito dell’intera magistratura, una primazia di una categoria di giudici “illuminati” come

⁵⁹ Il documento dal titolo : *Quale giudice del lavoro?* di cui nel testo si sono sintetizzate le parole più salienti (redatto da R. RIVERSO e C. PONTERIO nella qualità di Coordinatori del Gruppo dei giudici del lavoro di Magistratura Democratica) si legge nella sua integrità in *Riv. it. dir. lav.* 2012, I, 720-722.

Per una garbata e misurata critica a tale documento cfr. : R. DEL PUNTA, *Il giudice e la Costituzione : una replica ai giudici del lavoro di Magistratura Democratica*, in *Riv. it. dir. lav.* 2012, I , 723-727, che denuncia prima la manipolazione politica-culturale avente ad oggetto l’occultamento per decenni della pluralità dei fini enunciati nella Costituzione che non ha dato chiavi certe per dirimere eventuali conflitti tra detti fini (come quello tra libertà ed uguaglianza); e manifesta poi la sua personale ritrosia verso la formula “intellettuale collettivo”. mostrando un sincero rimpianto per i tempi in cui si potevano incontrare - come ricordava il suo maestro Professore Giuseppe Pera - nelle trattorie “magistrati solitari e silenziosi”, ai quali era appropriato rivolgere al massimo un cenno di saluto.

tali deputati alla funzione di liberare dalle tenebre i propri colleghi attraverso un “costituzionalismo” capace di “emanciparli”.

Non può revocarsi in dubbio che la Costituzione abbia di fatto acquisito nel tempo una indubbia autorevolezza tale da divenire progressivamente per “molti” una “Bibbia laica”, capace di indurre in “tutti” una forma di timore reverenziale che in genere si prova innanzi a millenarie verità rilevate. Nello stesso tempo non può nascondersi che di contro già in tempi risalenti alcuni dei principi fondamentali della Carta, come gli artt. 1 e 4 nella loro formulazione testuale, sono stati oggetto di una corrosiva critica da parte di illustri giuristi⁶⁰.

Per di più non è certo privo di ragioni l’assunto secondo la Carta Costituzionale dopo ben settanta anni dalla sua entrata in vigore abbisogna - anche in ragione di un ordinamento divenuto nel frattempo complesso perché a più livelli - per quanto attiene la normativa sui “Rapporti economici” di sostanziali modifiche soprattutto con riferimento al disposto dell’art. 41 Cost , la cui iniziale formulazione è stata criticata, come si è detto, da più parti per avere creato insanabili incertezze che hanno finito per favorire trasversalmente - in ampi settori della scienza giuridica e della stessa magistratura del lavoro - approcci ermeneutici del dato normativo fortemente condizionati da rigide opzioni culturali ed ideologiche.

Opzioni queste che hanno portato non di rado a declinare il diritto al lavoro come pretesa o imposizione nei riguardi dello Stato quasi fosse

⁶⁰ In una conferenza tenuta nel 1965 alla Accademia dei Lincei, Carlo Arturo Jemolo facendo l’analisi del linguaggio della Carta Costituzionale e mettendone in luce alcune ambiguità e contraddizioni riscontrabili dalla sua stessa nascita ebbe tra l’altro ad affermare con sottile ironia e con icastiche parole : “A rischio di attirarmi anatemi, comincerei con il mettere tra l’espressioni che nulla significano quella dell’art. 1, “Repubblica fondata sul lavoro”, e lo stesso appellativo di democratica, termine che viene accettato da tutti, da persone che hanno le opinioni tra loro più antitetiche “; ed ebbe inoltre ad interrogarsi sul significato da dare all’art. 4, che 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 la lettura integrale dell’Intera Conferenza vedi : C. A. JEMOLO, *Cos’è la Costituzione?*, Ed. Donzelli 2008, Collana Saggine n. 123, in cui accanto ad altri scritti dello stesso Autore viene affiancata la suddetta Conferenza).

un diritto potestativo, riducendo a residuali gli spazi della libertà d'impresa attraverso forme invasive di controllo sui poteri direttivi del datore di lavoro. All'imprenditore va invece riconosciuta la piena libertà di disporre delle risorse umane dei propri dipendenti, a condizione però – come è bene ribadire ancora una volta - del doveroso e costante rispetto del loro decoro e della loro dignità⁶¹.

Già in passato in un esaustivo *excursus* volto a dare atto delle diverse letture dell'art. 41 Cost. si è detto che tra queste va privilegiata la lettura più vicina al <modello> della socializzazione della proprietà dei mezzi di produzione, ponendo inoltre l'accento, anziché sul sistema delle libertà, sul governo pubblico dell'economia. In tal modo si è finito con il ridefinire la stessa libertà economica convertendola in libertà con <funzione sociale> come tale sottoposta, addirittura, al sindacato giudiziario dell'eccesso di potere⁶².

Indirizzi culturali e opzioni politiche ora non più sostenibili perché incompatibili con il diritto dell'Unione Europea, non improntato di certo a forme di socialismo pervase da dirigismo, collettivismo e burocratizzazione, ma aperto invece ad un "liberismo equo" secondo cui il profitto, ossia il guadagno ottenuto dall'imprenditore, deve reputarsi <equo> compenso del capitale utilizzato, e non essere invece visto con

⁶¹ Sempre in relazione all'art. 41 Cost., F. GALGANO, *op. cit.*, 4 e nt. 3, osserva come alla qualificazione dell'iniziativa economica privata quale espressione di libertà non contraddica la disposizione del secondo comma, ai sensi della quale <essa non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana>, perché questi <concetti identificano altrettanti limiti e non elementi interni alla essenza della libertà di iniziativa economica>, che è libertà dei privati di organizzare l'attività produttiva e di decidere quindi autonomamente le modalità di gestione della propria azienda.

⁶² Con riferimento a letture ideologiche della Costituzione cfr. ancora F. GALGANO, *op. cit.*, 40-43, che ha ricordato come l'idea di <funzionalizzare> l'impresa privata ha trovato la sua manifestazione estrema negli anni del centro-sinistra perché dalla mancata formulazione in maniera espressa della riserva di legge nel secondo comma dell'articolo 41 si è tratto pretesto per sostenere che non solo l'autorità giudiziaria ma anche il potere esecutivo possa, con atti autoritativi, guardare all'impresa privata nell'ottica del perseguimento della <utilità sociale>.

occhio avverso come un ingiusto guadagno e, quindi, non meritevole di alcuna adeguata tutela⁶³.

Le riflessioni a svolte rappresentano una premessa metodologica per un esame delle numerose problematiche in questa sede trattate perché inducono nella lettura della legislazione in materia di trasferimento d'azienda a rifuggire da pregiudizi e condizionamenti ideologici sfocianti in speciose interpretazioni del dettato costituzionale volte a limitare - attraverso la riduzione degli spazi dell'iniziativa economica - i poteri direttivi dell'imprenditore nella scelta gestionale della sua azienda.

Va ribadito ancora una volta come non possa più come in passato patrocinarsi il principio della "funzionalizzazione" dell'impresa al perseguimento di una variabile "utilità sociale" definita in termini ideologici, politici o sociologici, da rigide opzioni culturali non di rado

⁶³ In un articolo pubblicato in prima pagina nel giornale *La Stampa* del 12 ottobre 1899, durante la lunga crisi di fine secolo, con il titolo "*Il programma economico del partito liberale*" (ora integralmente riportato in *Lode del profitto e altri scritti*, a cura di A. Giordano, IBLibri, Torini 2011,27-31), L. EINAUDI, nell'esaltare quelli che definiva i sacri "principi di libertà", ebbe ad affermare testualmente: "Per accrescere il benessere delle classi lavoratrici non vi è altro mezzo se non accrescere la quantità di ricchezza prodotta nel nostro paese. Se la produzione annuale dell'Italia aumenterà, aumenteranno non solo i profitti e gli interessi dei direttori delle industrie e dei commerci, ma si accresceranno altresì, per la maggiore richiesta, i salari dei lavoratori" (in tali esatti termini *op. cit.*, 27).

E sempre con riguardo ad un risalente passato ma con parole lucide e chiare e, ancora oggi di estrema attualità, L. EINAUDI ebbe dapprima a denunciare come i legislatori e governanti moltiplicassero i legami ed i vincoli alla libertà di impresa, in tal modo dimenticando che <senza la elasticità del meccanismo economico, crescono i punti di rottura, aumentano le probabilità di crisi e di rivoluzioni>; ed ebbe infine, con un richiamo immaginifico ai legami e vincoli cui sono astretti gli uomini, a chiedersi: "Se le giunture elastiche vengono meno; se le ossa si irrigidiscono, saldandosi insieme, come può l'uomo muoversi, mutare, adattarsi alle esigenze mutevoli delle nuove invenzioni le quali si incalzano senza tregua?" (cfr. *amplius* L. EINAUDI, *Prediche Inutili*, Giulio Einaudi Editore 1962, 191).

alimentate da un accattivante giusnaturalismo alla eterna ricerca di irrealizzabili ed evanescenti utopie⁶⁴.

Deve di contro prendersi realisticamente atto che il mutare delle condizioni socio-economiche e l'evoluzione di un ordinamento complesso come quello dell'Unione europea alla continua ricerca di uno stabile assetamento, impongono all'interprete il difficile compito di individuare quale tra i due contrapposti diritti a copertura costituzionale debba - in relazione alla fattispecie da scrutinare - essere privilegiato alla stregua di una regola che può, seppure approssimativamente, definirsi <principio di gerarchia mobile>.

9. L'iniziativa economica privata nell'economia globalizzata e nei mercati concorrenziali.

A supporto delle considerazioni ora svolte va ancora una volta evidenziato come l'ampia portata applicativa della libertà gestionale dell'imprenditore sia stata più volte riconosciuta dalla Corte Costituzionale⁶⁵.

In tale direzione si è espressa, in materia di ostacoli posti al principio di libera concorrenza tra imprese, la Corte di Giustizia che, nei casi *Viking* e

⁶⁴ Cfr. sul giusnaturalismo e sulle sue ricadute in termini di certezza del diritto: G. VIDIRI, *La certezza del diritto tra <positivismo giuridico> e <giusnaturalismo>*, in *Rivista Internazionale di filosofia del diritto* 2016, n. 4, 511 ss.

⁶⁵ Cfr. al riguardo Corte Cost. n. 548 del 1990 in *Giur. cost.* 1990,3147, cui *adde* 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. it.*, vol. XXVIII, Roma 1988, 4-5, e più in generale anche per i riferimenti ai progetti di riforma dell'art. 41 Cost. : F. ANGELICI, *Costituzione ed economia al tempo della crisi* e F. ZATTI, *Riflessioni sull'art. 41 Cost. : la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione*, in *Studi in onore di Claudio . Rossano*, vol. IV, Napoli 2013, rispettivamente 1829 ss. e 2235 ss. cui *adde* da ultimo sul bilanciamento di diritti contrapposti sulla base dell'art. 41 della Carta : G. VIDIRI : *Art. 41 Cost. : licenziamento per motivi economici e "repechage."* dopo il Jobs Act, in *Corriere giur.* 2017, 659 ss..

*Lavall*⁶⁶, ha ricostruito “l’attività di impresa principalmente come esercizio di libertà personale economica da conservare, per quanto possibile, nella sua forma “pura”, come “*potere di libertà*”, arrivando per questa strada, a comprimere in modo pre-costruito, e non sulla base della regola del bilanciamento degli interessi, i diritti sociali a vantaggio delle libertà economiche”⁶⁷.

E che l’esercizio di una attività economica non possa subire arbitrarie giustificazioni sul versante della libertà organizzativa dell’imprenditore si evince con chiarezza anche dalla sentenza *Asklepios* della Corte di Giustizia che – nella fattispecie di trasferimento d’azienda ed in presenza di clausole contrattuali 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 questi ultimi e quelli del cessionario> sicchè <ne deriva in particolare che il cessionario deve essere in grado di procedere, successivamente alla data del trasferimento, agli adeguamenti e ai cambiamenti necessari alla continuazione della sua attività>⁶⁸.

⁶⁶ Le sentenze *Viking* (Corte di giustizia 11 dicembre 2007, n. C-438/06) e *Lavall* (Corte di giustizia 18 dicembre 2007, n. C—341/05) sono state oggetto di numerosi commenti tra i quali vedi : U. CARABELLI, *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Lavalle e Viking*, *Riv. dir. lav. rel. ind.* 2008, 147 ss. M. PALLINI, *Law shopping e autotutela sindacale nell’Unione europea*, in *Riv. giur. lav.* 2009, II, 3 ss.

⁶⁷ In tali sensi cfr. M. BARBERA, *L’idea di impresa. Un dialogo con la giovane dottrina giuslavoristica*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.it*, 293/2016, pag. 8, secondo cui le istituzioni europee hanno assecondato un ritorno all’ “*open shop*”, cioè alla concorrenza fra imprese e fra lavoratori sui livelli salariali e le condizioni di lavoro, senza limite alcuno, in particolare senza i limiti stabiliti dalla contrattazione collettiva.

⁶⁸ Cfr. in questi sensi il punto 22 della sentenza della Corte di Giustizia UE, 27 aprile 2017, cause riunite C- 680/15 e C- 681/15 cit. (che si legge anche in *Il Lavoro nella giurisprudenza 2017*, 1067, con nota di R. COSIO, *Trasferimento d’imprese e contratto collettivo*), che più specificamente nel punto 23 aggiunge 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

Anche nei casi in cui la Corte di Giustizia è stata chiamata a tutela dei diritti derivanti dal Trattato nella libera circolazione delle persone ha evidenziato - quasi a sottolinearne la stretta dipendenza causale - come tali diritti debbano essere bilanciati dagli obiettivi perseguiti dalla politica sociale "tra i quali figurano, in particolare, come risulta dall'art. 151, primo comma, TFUE, la promozione dell'occupazione e lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione"⁶⁹.

Né può ancora trascurarsi nel quadro degli indicati principi che la recente legislazione statale mostra di volere modificare il punto di equilibrio tra diritti contrapposti, avallando - alla stregua del dettato chiaro e vincolante del comma primo dell'art. 41 Cost. - una portata espansiva della iniziativa economica privata. Il che emerge con evidenza dalla riscrittura dell'art. 4 stat. lav., che è pervenuto al riconoscimento della categoria dei c.d. controlli difensivi e della tutela del patrimonio aziendale, così garantendo maggiore sicurezza, autonomia e libertà nello svolgimento dell'attività economica del datore di lavoro⁷⁰.

Da ultimo non può neanche sottacersi che la nuova tipologia del <lavoro agile> - introdotta con la legge 27 maggio 2017 n. 81—offre per la sua disciplina spunti di riflessione utili per un migliore approccio ermeneutico con i problemi in questa sede scrutinati.

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".

⁶⁹ Cfr. al riguardo la Grande Sezione della Corte di Giustizia del 21 dicembre 2016, C-201/15 (*amplius* per il virgolettato punto 77).

⁷⁰ Sulla normativa dell'art. 4 della legge n. 300 del 1970 -- rimasta immutata per oltre 45 anni per essere infine riscritta con l'art. 23 del d. lgs 25 settembre 2015 n. 151 al fine di un suo necessario ammodernamento a seguito di nuovi ed avanzati sistemi tecnologici di controllo sul lavoratore - vedi di recente : G. VIDIRI, *I controlli difensivi : ovvero il bilanciamento degli interessi nel "nuovo" art. 4 statuto dei lavoratori*, in *Mass. giur. lav.* 2017, 731 ss.; M. RIZZUTI, *Un intervento della Cassazione in materia di controllo sulla e-mail aziendale*, in *Giur. it.* 2017, 321 ss.; C. CRISCUOLO, *Controlli difensivi e codice della privacy*, in *Riv. it. dir. lav.* 2017, II, 309 ss..

Ed infatti tale contratto, oltre ad accrescere gli spazi di sua applicabilità in ragione della genericità della causa e della duttilità e variabilità del suo contenuto, è destinato ad assumere una notevole portata innovativa a livello ordinamentale ⁷¹. Esso invero ben può essere ritenuto significativa espressione di un diritto che cambia per rimarcare una graduale *destrutturazione* del lavoro subordinato. Dalla iniziale generale tipologia disegnata dal codice civile (art. 2094 e 2095 c.c.), il contratto di lavoro subordinato si è nel tempo progressivamente articolato in una pluralità di ordinamenti settoriali, con proprie e specifiche regole che ne indicano i destinatari, ne identificano gli elementi costitutivi e qualificanti, ne fissano l'oggetto, il trattamento normativo e retributivo dei lavoratori, e ne predeterminano anche gli apparati sanzionatori, relegando il codice civile, nonostante le sue recenti e rilevanti modifiche (cfr. in particolare artt. 2103 e 2112 c.c.), ad un ruolo residuale⁷².

In tale rinnovato assetto ordinamentale il contratto di lavoro agile appare inoltre significativo – sia sul piano del diritto statale che su quello del

⁷¹ Reputa L. FIORILLO, *Il lavoro agile : continua il processo di ridefinizione del diritto del lavoro*, in *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile* (a cura di L. FIORILLO e A. PERULLI), Torino 2018, 170, che il lavoro agile prende le distanze dalla impostazione che vuole la disciplina del rapporto come un apparato di regole per lo più inderogabili, a difesa di un lavoratore (sempre e comunque) debole, e si fa invece interprete di nuovi equilibri tra le parti del contratto di lavoro (*op. cit.*, 170). Evidenzia G. PROIA, *L'accordo individuale e le modalità di esecuzione e di cessazione della prestazione di lavoro agile*, in *Il Jobs Act del lavoro agile cit.*, 177, che all'origine del nuovo contratto è la presa d'atto della esigenza di adeguare la rigida disciplina del rapporto di lavoro (pensata in passato per il lavoro restato all'interno della struttura predisposta dall'impresa) all'evoluzione dei modi di lavorare e di produrre derivanti dal progresso tecnologico. Per R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro t. cit.*, 503, il lavoro agile consiste non in uno speciale rapporto di lavoro ma in particolari modalità della prestazione di lavoro subordinato.

⁷² La progressiva restrizione nel tempo dell'ambito di applicabilità del codice civile è direttamente collegata a rilevanti e inarrestabili pressioni a livello socio-economico di categorie che rivendicano la formazione di propri e specifici ordinamenti settoriali, capaci di rendere residuale la funzione del suddetto codice con contestuale indebolimento di principi rappresentativi di approdi da sempre affidabili in sede ermeneutica anche per il giuslavorista. Doveroso in materia è la lettura di N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano 1999.

diritto dell'Unione - dell'intento del recente legislatore di rendere permeabile la materia giuslavoristica ai principi di collaborazione tra le parti del rapporto lavorativo, in applicazione del precetto dell'art. 46 della Costituzione, che non ha trovato sinora attuazione per effetto di politiche sindacali conflittuali, non sempre supportate da validi ragioni⁷³. Conseguenza di quanto sinora detto è che le indicate innovazioni – sia a livello di diritto statale che di quello dell'Unione Europea - portano in sede ermeneutica ad un diverso assestamento del principio della c.d. <gerarchia mobile>, che allo stato oltre ad essere condizionata dall'attuale contesto ordinamentale, va anche parametrato alla particolare e singola specificità della fattispecie da regolamentare⁷⁴.

⁷³ Al riguardo è utile ricordare che il vigente testo dell'art. 46 Cost. è stato approvato nella III sottocommissione della Costituente, all'interno della quale non aveva avuto nessun seguito il disegno di legge del Ministro dell'industria, il socialista Rodolfo Morandi, e dopo un ampio dibattito all'esito del quale era stato approvato il testo proposto da Gronchi, Pastore, Storchi e Fanfani (cfr. per una puntuale ricostruzione storica dell'articolo in esame cfr. E. PAPARELLA *sub* art. 46 in *Commentario della Costituzione* a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI cit., 932 ss. la quale osserva anche che la norma costituzionale rimanda alla nozione di <collaborazione> che l'art. 2094 c.c. aveva sancito come un obbligo del lavoratore subordinato, e che invece successivamente la disposizione costituzionale trasforma in un diritto dei lavoratori " e ciò non senza contraddizione".

Rileva M. D'ANTONA, *Partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma 1990, 16 ss. , che nel nostro Paese le forme partecipative si sono sviluppate non come <partecipazione dei lavoratori> alla gestione delle imprese, bensì come <partecipazione del sindacato , discostandosi di fatto dall'art. 46 Cost. >.

⁷⁴ L'espressione <gerarchia mobile> di cui al testo è declinata in termini differenti da quelli utilizzati in dottrina da R. GUASTINI, *Le fonti del diritto*, in *Trattato di dir. civ. e comm.*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, I. MENGONI, e continuato da P. SCHLESINGER, Milano 2010, 368-370, che in ipotesi di antinomia tra norme costituzionali qualifica < gerarchia mobile> una relazione *instabile, mutevole* perché vale per un caso concreto ma che potrebbe rovesciarsi all'occasione di un caso concreto diverso, perché <il giudice costituzionale non soppesa il valore di due principi in astratto e una volta per tutte, ma valuta invece il possibile impatto della loro applicazione al *caso concreto*>. .

10. Il trasferimento d'azienda nelle imprese in crisi nell'ambito del diritto dell'Unione Europea.

Il costante e progressivo adeguamento della legislazione statale al diritto dell'Unione Europea a seguito della procedura dell'interpretazione conforme porta di fatto a differenziare la regolamentazione del trasferimento d'azienda in base alla specifica ragione giustificativa della crisi in cui versa l'impresa e della soluzione da dare a detta crisi.

Al riguardo va nuovamente ricordato che l'art. 47 l. n. 428 del 1990, nella versione attualmente vigente con i commi 4-*bis* e 5 e, sul versante del diritto dell'Unione, la direttiva 2001/23/CE nella lettura datane da ultimo dalla Corte di Giustizia con la sentenza 22 giugno 2017, in causa n. 126/16 (*Federatie Nederlandse Vakvereniging, Karin van den Burg-Vergeer* ed altri c. *Smallsteps BV*), forniscono le coordinate per stabilire le condizioni in presenza delle quali è consentito alla legislazione interna di derogare sia ai diritti dei lavoratori acquisiti prima del trasferimento e sia ancora all'apparato garantistico ad essi spettante in sede di licenziamento⁷⁵.

Con riferimento all'esame delle singole problematiche scaturenti dal suddetto trasferimento è opportuno poi specificare che la normativa vigente in tema è data dai commi 4-*bis* e 5 dell'art. 47 della legge n. 428 del 1990.

Il comma 5 - nell'interpretazione da darne a seguito di quanto dettato dall'art. 5, comma 2 e 3, par. 1, della direttiva 2001/23⁷⁶ - statuisce che

⁷⁵ Di recente per un esame di tale problematica cfr. G. GAUDIO, *Trasferimento d'azienda e crisi di impresa : una eterogenesi dei fini da parte del legislatore italiano?*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".it* – 347/2017. spec. 19-22.

⁷⁶ La sentenza della Corte di Giustizia 22 giugno 2012, 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 delle legislazioni degli Stati membri relativi al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti, come modificata dalla direttiva 98/50/CE del Consiglio del 29 giugno 1988”(punto 3 della sentenza).

- in situazioni di accertate crisi economiche come definite dal diritto nazionale - se nel corso della procedura prevista dal suddetto art. 47 sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento anche parziale dell'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 diverse condizioni di maggior favore (cfr. comma 4 *bis* art. 47 cit.).

Ai lavoratori trasferiti non può dunque estendersi il generale apparato protettivo di cui all'art. 2112 c.c. se Il cedente sia coinvolto in una delle seguenti procedure concorsuali: <dichiarazione di fallimento; concordato preventivo già omologato consistente nella cessione di beni; provvedimento di liquidazione coatta amministrativa qualora sia stato già emanato il relativo provvedimento; amministrazione straordinaria se la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata>⁷⁷.

Per concludere sul punto va rimarcato - alla stregua dei *dicta* della recente sentenza della Corte di Giustizia - che l'affievolimento delle tutele per i lavoratori trova nei casi indicati la propria ragione fondante nell'esigenza di salvaguardare la produttività delle imprese (o delle sue unità) economicamente sostenibili al fine di evitare la interruzione della loro attività con possibili ricadute negative sul loro valore e sulla stessa loro sopravvivenza⁷⁸. Ragione questa che ha portato a negare qualsiasi rilevanza in sede di cessioni di imprese all'obiettivo di massimizzarne gli introiti per l'insieme dei creditori dell'impresa trasferita⁷⁹.

⁷⁷ L' art. 47 l. n. 428/1990, 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. in dottrina R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro* cit., 769-770; O. MAZZOTTA, *Manuale di diritto del lavoro* 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.

⁷⁸ Cfr. Corte di Giustizia 22 giugno 2017 cit., punti 48 e 49..

⁷⁹ Cfr. Corte di Giustizia 22 giugno 2017 cit., punto 59.

Non può però comunque tralasciarsi di rimarcare che a differenza di quanto avviene negli altri casi di trasferimento d'azienda, nelle procedure di fallimento o in quelle analoghe di insolvenza non può mancare - in ragione della consistenza e natura degli interessi coinvolti e della necessità di trovare un equo bilanciamento tra gli stessi - che in sede di dismissione dei beni del cedente vi sia un <organo giudiziario> oppure un <curatore designato> da un giudice, che funga da garante delle operazioni da compiere e delle azioni da svolgere⁸⁰.

11. Riflessioni conclusive.

Le argomentazioni svolte non possono in alcun modo tradursi in una opzione valutativa dell'attuale assetto del diritto del lavoro e delle relazioni industriali. Esse inducono soltanto a sperare - stante gli interventi della Corte di Giustizia e le direttive tutte in precedenza richiamate - che non vi siano più letture dell'art. 41 Cost. volte a declinare la nozione di <utilità sociale> in termini ideologici al fine di perseguire un "ipergarantismo" delle tutele a danno della produttività delle imprese, causa non ultima dell'aumento della disoccupazione e di un precariato non regolamentato né assistito.

E' stato di recente osservato che <il diritto del lavoro, contrariamente a quanto spesso si afferma, non ha mai reso assoluti i propri fondamenti assiologici>, mostrandosi <sin dalle sue origini, e a tutte le latitudini, come una materia convenzionale e reversibile>; e si è anche aggiunto che prendendosi atto della realtà, e cioè di un lavoro che cambia, la materia giuslavoristica "registra" ora i cambiamenti e se ne fa interprete, sicché il diritto del lavoro è ora <più inquieto che mai>, al punto che <si interroga (...) sul suo futuro e sulla sua "matrice disciplinare">⁸¹.

Al momento è augurabile soltanto che in un prossimo futuro possano ravvivarsi le speranze di chi ebbe ad osservare come il cultore del <diritto del lavoro>, contemplando senza sgomenti le sue "inquietudini"

⁸⁰ Sostanzialmente in questi termini cfr. ancora la sentenza della Corte di Giustizia 22 giugno 2017 cit. punti 44, 54 ed il suo dispositivo.

⁸¹ Cfr. per tali riflessioni *amplius*: L. FIORILLO, *Il lavoro agile: continua il processo di ridefinizione del diritto del lavoro*, in *Il Jobs Act del lavoro autonomo e del lavoro agile* (a cura di L. Fiorillo e A. Perulli, Torino 2018, pagg. 165-166).

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>⁸²

⁸² In simili termini - mirabilmente rappresentativi delle continue tensioni di ogni giuslavorista chiamato permanentemente a misurarsi con un <diritto del lavoro> che o è <valoriale> o si degrada a significativa espressione di un <dilagante nichilismo giuridico> - cfr. P. GROSSI, *La grande avventura giuslavoristica*, in *Riv. it. dir. lav.* 2009, I, 31.