

DIALOGHI

fra DOTTRINA e GIURISPRUDENZA

Quaderni di Diritto del lavoro

2

TRASFERIMENTO DI RAMO D'AZIENDA E RAPPORTO DI LAVORO



DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE

IL TRASFERIMENTO D'AZIENDA TRA DIRITTO AL LAVORO E LIBERTÀ D'IMPRESA

di GUIDO VIDIRI

SOMMARIO: 1. Il trasferimento d'azienda: una normativa « variabile ». — 2. ... e sempre in bilico tra diritto al lavoro e libertà d'impresa. — 3. Le « innovazioni » dell'art. 47 della legge n. 428 del 1990 e del d.lgs. n. 18 del 2001. — 4. L'art. 32 d.lgs. n. 276/2003: finalità ed ambito applicativo. — 5. La delocalizzazione delle imprese: trasferimento del ramo d'azienda e contratto di appalto. — 6. L'abolizione del requisito della « preesistenza » dell'autonomia funzionale e la flessibilità dei processi di esternalizzazione delle imprese. — 7. L'« auspicabile » riduzione del ruolo del giudice nei processi di ristrutturazione delle imprese.

1. *Il trasferimento d'azienda: una normativa « variabile ».*

I ripetuti interventi modificativi dell'art. 2112 c.c. sono dovuti ad una pluralità di fattori concorrenti, il primo dei quali va ravvisato negli effetti di quella che è stata, con felice espressione, definita « l'età della decodificazione », per essersi il ventesimo secolo caratterizzato in buona parte per la fuga dal codice civile, che ha riguardato fondamentali istituti ed interi complessi di rapporti, con il sorgere di microsistemi (diritto di famiglia, diritto del lavoro, ecc.), che hanno attestato la crisi della centralità del codice civile in conseguenza anche dell'emersione storica di gruppi, di classi nuove, di categorie economiche con più accentuati poteri e di elites che hanno preteso specifici statuti e tavole di diritto⁽¹⁾. Il codice civile,

(1) Per tali considerazioni vedi IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1986. In argomento vedi pure RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Bari, Laterza, 1991, 44, che rileva come vi sia un sicuro fondamento di verità nella relazione che si cerca di istituire tra il « neocorporativismo » della nostra società e la decodificazione, dopo avere premesso che « l'abbandono

così, se non ha finito per occupare nell'ambito dell'ordinamento generale dello stato un ruolo del tutto residuale, ha visto però sovente singole e significative disposizioni essere rivisitate per consentirne la tenuta in un mutato contesto socio-economico.

Ma le variazioni che ha subito l'iniziale testo sul trasferimento d'azienda risulta significativa espressione anche della sempre più stretta relazione tra la normativa statale e quella comunitaria (2), 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 » (3).

Nè può sottacersi, infine, che non è di certo estraneo al graduale mutamento della norma codicistica in esame lo stretto legame tra politiche economiche e diritto del lavoro, di volta in volta influenzati dalle diverse opzioni ideologiche delle forze politiche dominanti e dalle rispettive scelte con cui affrontare la dilagante disoccupazione, che costituisce nel mondo globalizzato la maggiore delle preoccupazioni degli Stati nazionali (4). Considerazione questa che, se assume in generale una

del codice ed il rifugiarsi nella legislazione speciale (ora episodica e frammentaria, ora massiccia ed invadente) presentati come atteggiamenti del legislatore che l'interprete deve assecondare, ricevono una spiegazione attinente al modo di formarsi delle leggi. Le leggi non sono più destinate ai cittadini nella loro astratta, neutrale, indifferenziata eguaglianza; al contrario vengono provocate prima, e poi dettate ed applicate per ceti o gruppi o classi ».

(2) Cfr. al riguardo la ricca e ragionata rassegna di FOGLIA, *L'evoluzione normativa e giurisprudenziale comunitaria in materia di trasferimento d'azienda*, in AA. VV., *Il trasferimento d'azienda*, in QDLRI, Torino, Utet, 2004, 189 ss.

(3) Così testualmente ancora IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Bari, Laterza, 2000, 85 ss., che con considerazione ad ampio raggio rimarca come oggi la « nostra identità si scinde nel *civis* e nell'*homo oeconomicus*, nell'obbedienza alle leggi della città e alle leggi degli spazi globali ».

(4) Per una puntuale sottolineatura dell'esigenza « di mantenere l'economia il più possibile vicina al livello di piena occupazione », STIGLITZ, *I ruggenti anni novanta (lo scandalo della finanza e il futuro dell'economia)*, Torino, Einaudi, 2004, 283, il quale afferma che « la disoccupazione rappresenta il fallimento più drammatico dei mercati, uno spreco della nostra risorsa più preziosa », sicché « la responsabilità primaria del governo è mantenere l'economia a livelli di piena occupazione ».

specificata portata per gli assetti normativi (come, appunto, il diritto del lavoro e quello commerciale), tradizionalmente permeabili più di altri alle diverse ideologie, riveste un valore specifico e particolarmente pregante per istituti — quali quelli concretizzanti forme di delocalizzazione o esternalizzazione degli apparati produttivi, di cui il trasferimento d'azienda rappresenta una non certo marginale manifestazione — che costituiscono snodi nevralgici delle relazioni industriali e la cui disciplina non sempre risulta espressione del giusto equilibrio tra il diritto al lavoro e la libertà d'impresa ⁽⁵⁾.

2. ... e sempre in bilico tra diritto al lavoro e libertà d'impresa.

Forse oggi il compito più delicato non solo per il legislatore ordinario ma anche per i pubblici amministratori e per tutti coloro che sono chiamati in vario modo ad incidere con la loro condotta nella sfera giuridica dei cittadini è quello di trovare una giusta collocazione a valori che, in quanto costituzionalmente garantiti, si configurano come pariordinati, e che nella realtà quotidiana finiscono talvolta per collidere, per trovarsi cioè in posizione antitetica. Un siffatto fenomeno si presenta con una propria specificità nella materia giuslavoristica, perché il diritto al lavoro non può prescindere dalla esistenza e dalla

Per una dimostrazione, sulla base di dati statistici indiscutibili per la loro significatività, che il fenomeno della disoccupazione interessa la generalità dei Paesi vedi da ultimo: AINIS, *Le libertà negate (Come gli italiani stanno perdendo i loro diritti)*, Bologna, Rizzoli, 2004, 225 ss.

⁽⁵⁾ Sulla delocalizzazione delle imprese cfr. tutti gli autori in DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Napoli, Esi, 2002, ed ivi, con particolare riferimento alle ragioni economiche, che hanno segnato la diffusione del fenomeno — e che possono considerarsi sicuramente valide anche se riferite alla cessione del ramo d'azienda — il saggio di VICARI, *L'outsourcing come strategia per la competitività*, 71 ss., il quale rimarca come l'*outsourcing* non sia mai una scelta facile all'interno di una 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 in qualche modo mettono ostacolo ai processi di *outsourcing* », e perché ancora « impasse burocratiche possono essere fortemente vincolanti ».

vitalità dell'impresa per non potersi l'attività lavorativa che spiegare nell'impresa stessa. Da qui la particolarità della ricerca di un giusto equilibrio tra tutela al lavoro ed il diritto alla libera iniziativa economica, che include la libertà dell'imprenditore di gestire in piena autonomia la propria azienda scegliendo le forme e le modalità della propria organizzazione produttiva, sino a quella di determinarne la cessazione. La già evidenziata influenza dell'economia sul diritto, di cui si può discutere l'intensità ma non di cui non può certo negarsi l'esistenza, contribuisce, poi, in modo non certo trascurabile, come si è detto, a rendere mutevole il reciproco rapporto tra gli indicati valori, condizionando la scelta tra esigenze di protezione del lavoratore e prerogative imprenditoriali ⁽⁶⁾.

Le considerazioni svolte spiegano, quindi, le continue variabili che alcuni istituti, per le loro ricadute sulla collettività, subiscono in ragione delle condizioni economiche del momento (cassa integrazione guadagni; licenziamenti per riduzione di personale, ecc.) ed il travaglio incontrato da quanti (in primo luogo: sindacalisti e magistrati) sono chiamati a diverso titolo ad individuare un equilibrato bilanciamento tra diritto al lavoro e diritto alla libertà di impresa. E le stesse riflessioni, contribuiscono anche a meglio chiarire pure la *ratio* e le finalità della normativa (nazionale e comunitaria) relativa al trasferimento d'azienda, attestando un interventismo legislativo di natura « pendolare », per risultare ora più sensibile alle esigenze dei lavoratori ora invece a quelle dell'impresa.

3. *Le « innovazioni » dell'art. 47 della legge n. 428 del 1990 e del d.lgs. n. 18 del 2001.*

Si è affermato da più parti che, nel modificare l'iniziale testo dell'art. 2112 c.c., l'art. 47 della legge n. 428 del 1990, prima, e il d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18 (emanato in attuazione

⁽⁶⁾ Per interessanti considerazioni su quella che con felice espressione — con riferimento alla posizione da assegnare di volta in volta a ciascun diritto in caso di contrasto tra valori ugualmente protetti — viene definita « gerarchia mobile » vedi: GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffrè, 2004, 219 e 295.

della direttiva 98/50/Cee), poi, si siano mossi nella direzione di un rafforzamento delle tutele del lavoratore, proprio sotto il profilo della conservazione dei diritti di cui lo stesso è titolare, e di un ampliamento della portata applicativa delle stesse (7).

Orbene, come emerge dalla mera lettura del dato normativo, il citato decreto 18/2001, da un lato attesta un intento agevolativo all'applicazione del trasferimento di azienda, affrancando detto istituto da eccessive rigidità, capaci di ostacolare utili processi di scomposizione delle imprese e, dall'altro, mostra di volere conciliare tale finalità con l'esigenza di impedire condotte fraudolente di aggiramento delle tutele garantite ai lavoratori.

Sotto il primo versante l'utilizzazione dell'espressione « attività economica » in luogo di « entità economica », ha portato, un consistente indirizzo dottrinario (8) e giurisprudenziale (9), a patrocinarne una nozione smaterializzata del ramo aziendale,

(7) Per l'assunto che le modifiche all'art. 2112 c.c. apportate dal d.lgs. n. 18 del 2001 hanno creato la sensazione in ampi settori della dottrina di avere assicurato al lavoratore maggiori garanzie cfr. SALIMBENE, *Trasferimento d'azienda e conservazione dei diritti dei lavoratori*, in DE LUCA TAMAJO, RUSCIANO, ZOPPOLI (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli del sistema*, Napoli, ESI, 2004, 602 s., che ricorda come sia apparso significativo al riguardo lo stesso mutamento della rubrica dell'art. 2112 c.c., che oggi si intitola « mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda ».

(8) Osserva BAVARO, *Il Trasferimento d'azienda*, in CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il d.lgs. 276/03*, Bari, Cacucci, 2004, 176, che l'interpretazione dell'art. 2112 c.c., e più precisamente della espressione « attività economica organizzata », consente di sganciare la nozione di azienda trasferita dalla zavorra della materialità dei « beni », prendendo atto del fatto che la fenomenologia dei processi organizzativi della produzione economica oggi può essere frequentemente costituita da soggetti (*rectius*: « entità ») non supportate da alcuna materialità, ma organizzate attorno ad una attività economica puramente immateriale. Per una lettura smaterializzata del ramo d'azienda vedi anche DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in DE LUCA TAMAJO, *I processi di esternalizzazione*, cit., 27 s., che ritiene, infatti, sufficiente ai fini dell'applicazione dell'art. 2112 c.c. anche la « traslazione di una attività realizzata mediante impiego di un insieme di lavoratori organizzati, senza il supporto di un apparato strumentale », precisando però che non si deve trattare di una mera sommatoria di prestazioni lavorative, individualmente operanti, essendo richiesto che l'attività traslata si caratterizzi, invece, per un amalgama organizzativo idoneo a trasformare i singoli lavoratori addetti in un insieme capace di svilup-

con la conseguenza di assoggettare all'ambito applicativo dell'art. 2112 c.c. anche trasferimenti di attività caratterizzate da prevalente impegno organizzativo e da significativo know-how (ad esempio: servizi di vigilanza; attività di manutenzione ed assistenza di apparati informatici; servizi di gestione e pulizia, di passaggi a livello ferroviari, ecc.), il tutto con il decisivo conforto degli approdi della Corte di giustizia ⁽¹⁰⁾.

Una siffatta innovazione ha avuto il positivo effetto di consentire, a fronte di comprovate esigenze di riduzione di organico, la praticabilità di strumenti alternativi al licenziamento collettivo per ampie fasce di lavoratori, capaci ora di essere utilmente utilizzati a fini produttivi seppure alle dipendenze di un nuovo datore di lavoro.

Ma il dato innovativo contenuto nel d.lgs. n. 18 del 2001 più rassicurante per i lavoratori era dato dal requisito della « pree-

pare una autonoma iniziativa imprenditoriale al fine della produzione di un bene o di un servizio.

⁽⁹⁾ Cfr. per una nozione lata del trasferimento d'azienda, estesa sino al trasferimento della sola manodopera, Cass. 22 luglio 2002, n. 10701 e Cass. 23 luglio 2002, n. 10761, entrambe in *MGL*, 2002, 770, ed, in epoca più recente, Cass. 30 dicembre 2003, n. 19842, in *FI*, 2004, I, 1095, con nota di Cosio, *Appalti e trasferimenti di imprese*. Sottolinea la tendenza anche della Corte di Giustizia ad estendere l'ambito di applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda sino ad affermare che l'oggetto del trasferimento non debba necessariamente consistere in beni materiali, BORZAGA, *Trasferimento d'azienda e successione di contratti d'appalto prima e dopo il d.lgs. n. 276/2003, tra diritto comunitario scritto e giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *RIDL*, 2004, II, 463 ss.

⁽¹⁰⁾ Cfr. per la configurabilità di una cessione del ramo di azienda anche in caso di trasferimento di sola manodopera Corte Giust. 24 gennaio 2002, causa C-51/00, *Temco*, in *FI*, 2002, IV, 142, che ribadisce (punto 26) — sul suddetto trasferimento — quanto già affermato con riferimento al subingresso negli appalti di servizio di pulizia, da Corte Giust. 11 marzo 1997, causa C-392/95, *Suzen* (punto 21), in *FI*, 1998, IV, 437, e da Corte Giust. 10 dicembre 1998, cause riunite C-127/96, C-229/96 e C-74/97, *Hernandez Vidal* (punto 27), in *DL*, 1999, II, 106. In argomento vedi anche Corte Giust. 20 novembre 2003, causa C-340/01, *Abler*, in *FI*, 2004, IV, 184, ed in *RIDL*, 2004, II, 463 con nota di BORZAGA, *Trasferimento d'azienda, cit.*, per la precisazione che la cessione di beni materiali è comunque necessaria — per attuare un trasferimento d'azienda — in quelle imprese nella quali il valore delle attrezzature e dei suddetti beni si presenti come preminente su tutte le altre componenti, così da caratterizzarne, anche ai fini produttivi, la funzione.

sistenza » dell'articolazione autonoma del ramo aziendale da cedere. Detto requisito, infatti, anche se non rappresentava un elemento di per sé ostativo agli intenti fraudolenti del cedente, ne limitava attraverso il riferimento ad un dato oggettivo, gli ambiti operativi perché impediva l'individuazione, nel solo momento della cessione, di segmenti di azienda, che — mancando di una sperimentata organizzazione capace di attestare una propria specifica utilità produttiva — potevano avere ricadute negative sulla stessa sorte dell'impresa cessionaria deputata a divenire nuovo datore di lavoro, e per di più potevano fungere da strumento di illegittima discriminazione ai danni di alcuni lavoratori, che si intendevano penalizzare ⁽¹¹⁾.

E presenta ancora una sicura portata garantistica la disposizione — introdotta con l'art. 47 della legge n. 428 del 1990 e tuttora vigente — che, dopo avere garantito al lavoratore la conservazione di tutti i diritti derivanti dal rapporto di lavoro con il cedente, è volto ad evitare al lavoratore stesso nel passaggio da una impresa all'altra un peggioramento del suo trattamento economico e normativo. Ed invero la statuizione, secondo cui l'effetto sostitutivo della regolamentazione collettiva « si produce esclusivamente fra contratti collettivi dello stesso livello » (art. 2112, comma 3, primo periodo) è, nella realtà fattuale, destinata a produrre un sicuro vantaggio. Ed infatti, se il cedente applica sia il contratto nazionale di categoria che quello aziendale mentre il cessionario solo il primo, il lavoratore usufruisce di un doppio trattamento, attuandosi l'effetto sostitutivo soltanto tra contratti dello stesso livello, e salvaguardandosi in ogni caso — in forza del disposto del primo comma dell'art. 2112 c.c. — i diritti riconosciuti « ad personam » ⁽¹²⁾. Lo stesso, pur possibile, pericolo paventato di un

⁽¹¹⁾ Per un completo, ragionato e penetrante esame degli orientamenti dottrinari e giurisprudenziali formatisi sulla portata da assegnare al requisito della « preesistente autonomia funzionale », vedi Nuzzo, *Questioni in tema di esternalizzazioni: gli orientamenti della Suprema Corte*, in *MGL*, 2003, 25 s.

⁽¹²⁾ Per l'affermazione che la disposizione dell'art. 2112, comma 3 c.c., mira a predisporre rispetto al passato una migliore tutela per i lavoratori trasferiti cfr. per tutti: CIUCCIOVINO, *La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il d.lgs. 18/2001*, in *I processi di esternalizzazione*, cit., 109. Sui trattamenti di fonte collettiva applicabili al rapporto lavorativo dopo il trasferimento vedi

peggioramento delle condizioni nella successione *ex lege* di contratti collettivi di identico livello rimane, comunque, di difficile realizzazione per la concreta possibilità di disciplinare caso per caso, attraverso le organizzazioni sindacali, e con una apposita contrattazione, il globale trattamento dei lavoratori passati alle dipendenze del cessionario ⁽¹³⁾.

E sempre nella direzione di un rafforzamento delle tutele del lavoratore è destinata a collocarsi la disposizione del quarto comma dell'art. 2112 c.c., che — seppure conforta il consolidato indirizzo giurisprudenziale volto a negare la necessità del consenso al trasferimento da parte del lavoratore ⁽¹⁴⁾ — attribuisce, evocando il secondo comma dall'art. 2558 (relativo alla successione dei contratti nel caso di trasferimento d'azienda) ⁽¹⁵⁾, il diritto al preavviso *ex art.* art. 2119 c.c. al lavoratore

da ultimo: SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda: problemi vecchi e nuovi*, in AA.Vv., *Il trasferimento d'azienda, cit.*, 106 ss., secondo cui il cessionario è tenuto al rispetto dei trattamenti economici e normativi di cui ai contratti collettivi applicati prima della cessione, potendosi sciogliere prima della loro scadenza da questi solo con un accordo sindacale, e cioè consensualmente, da parte di soggetti sindacali rappresentativi dei lavoratori interessati. L'autore critica anche l'utilizzazione da parte della norma codicistica di un concetto tipico delle relazioni industriali (il « livello » della contrattazione), che essendo privo nel nostro ordinamento di un preciso significato giuridico, può fare sorgere notevoli dubbi interpretativi.

⁽¹³⁾ Per analoghe considerazioni cfr. CRUCCIOVINO, *La disciplina del trasferimento d'azienda, cit.*, 111.

⁽¹⁴⁾ Cfr. *ex plurimis*: Cass. 12 maggio 2004, n. 9031, in *FI*, 2004, I, 2033; Cass. 6 agosto 2003, n. 11908, in *NGL*, 2004, 85; Cass. 5 ottobre 2002, n. 15105 nonché Cass. 23 luglio 2002, n. 10761 *cit.* e Cass. 22 luglio n. 10701, sempre per l'inapplicabilità al trasferimento d'azienda della disciplina dettata dall'art. 1406 c.c., in base alla considerazione che « gli adempimenti richiesti da tale disciplina e la necessità del consenso del contraente ceduto concretizzano un complesso di disposizioni che, per la propria articolazione e la propria rigidità, si presentano come poco permeabili alle esigenze dei processi di ristrutturazioni aziendali, di riconversione industriale e di delocalizzazione delle imprese ».

⁽¹⁵⁾ Per tale accostamento vedi CRUCCIOVINO, *La disciplina del trasferimento d'azienda, cit.*, 113-114, che però evidenzia come confrontando le due norme sottolinea si possa dire che « in base all'art. 2112 c.c. è sufficiente che il lavoratore provi l'oggettivo mutamento delle condizioni di lavoro per accedere alla tutela ivi contemplata, senza necessità di sottoporre tale circostanza ai rigorosi canoni valutativi della giusta causa di recesso ».

che abbia rassegnato le proprie dimissioni a seguito di sostanziale modifica delle proprie condizioni di lavoro per effetto del trasferimento. Espressione questa (« sostanziale modifica »), che deve essere interpretata per la *ratio* che la sorregge in termini estensivi e di specifica tutela della posizione del singolo lavoratore, anche perché — come attesta, su un piano generale, l'impiego del criterio di valutazione dell'esistenza del giustificato motivo soggettivo in tema di licenziamento, ed ora, seppure sotto altro versante, il disposto dell'*incipit* del comma 3 dell'art. 30 del d.lgs. n. 276/2003 in tema di comando — deve ritenersi che il legislatore, nei casi in cui riconosce un diritto al lavoratore in considerazione di eventi che vengono ad incidere profondamente sul suo rapporto di lavoro, mostra di privilegiare sempre più spesso un criterio di valutazione delle esigenze imprenditoriali, che non si basi su parametri rigidi ed obiettivi, ma che, nel rispetto della del lavoratore stesso, tenga presente le sue specifiche condizioni soggettive, che possono per apprezzabili motivi portare nella fattispecie in esame anche, ad esempio, al rifiuto di condizioni lavorative che, di fatto, realizzano invece un concreto miglioramento ⁽¹⁶⁾.

4. *L'art. 32, d.lgs. n. 276/2003: finalità ed ambito applicativo.*

Mentre, come visto, il d.lgs. n. 18 del 2001 con molte disposizioni era rivolto a ampliare le tutele del lavoratore coinvolto nel trasferimento del ramo aziendale, il disposto dell'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003, che si propone di dare completa attuazione alla direttiva n. 2001/23, nel riformulare il comma quinto dell'art. 2112 c.c., mostra di privilegiare la flessibilità

⁽¹⁶⁾ Così se è certamente configurabile una « sostanziale modifica » nelle condizioni di lavoro allorquando, ad esempio, il lavoratore trasferito non usufruisca più della tutela reale del posto o sia costretto ad allontanarsi per prestare la propria attività dal luogo di abitazione con notevole dispendio di energie e/o mezzi, può configurarsi come modifica sostanziale legittimante il diritto alle dimissioni per giusta causa anche l'assegnazione di mansioni più qualificanti se le stesse comportano in concreto un non sopportabile dispendio di energie psico-fisiche per l'ambiente nuovo in cui il lavoratore stesso deve prestare la propria attività, e per la mancanza di quell'affiatamento con i colleghi di lavoro su cui in precedenza faceva affidamento.

nella gestione dei rapporti di lavoro all'esito di un procedimento, che ha visto come passaggi successivi il disegno di legge delega n. 848 del 15 novembre 2001, il Patto per l'Italia siglato nel luglio del 2002 tra Governo e due delle maggiori confederazioni sindacali ed, infine, la legge delega n. 30/2003.

La menzionata disposizione del recente decreto può essere vista criticamente come una risposta di stampo liberistico alle regole giuridiche dei fenomeni di scomposizione, esternalizzazione, circolazione e riagggregazione delle imprese⁽¹⁷⁾, ma può di contro essere reputata come una, magari mal riuscita, manifestazione di una politica volta a porre termine alla « lunga stagione delle troppe rigidità » che, come è stato lucidamente dimostrato, ha finito per garantire gli occupati e per produrre sempre più disoccupati e sottoccupati⁽¹⁸⁾.

Prima però di valutarne le non trascurabili innovazioni, va premesso che la norma in esame, da interpretarsi nel rispetto delle linee-guida del nuovo assetto delle relazioni industriali, disegnato dall'intero d.lgs. n. 276/2003, presenta l'indubbio e non contestabile merito di rendere certa la soluzione di alcune problematiche, su cui in precedenza si erano manifestate alcune riserve.

(17) In tali sensi CESTER, *Il trasferimento d'azienda e di parte di azienda*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276, Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, Milano, Ipsoa, 2004, 238-239, secondo il quale l'ultima fase del procedimento che ha portato alla stesura dell'art. 32 del d.lgs. 276/2003, più che costituire una nuova tappa obbligata verso l'adeguamento alla normativa europea datata 2001, rappresenta il prodotto di una più generale svolta di politica legislativa collegata al cambio di governo del 2001 e ispirata alla linea della flessibilità nella gestione dei rapporti di lavoro.

(18) Sulla necessità, rimarcata da più parti, di un mutamento del diritto del lavoro e di un cambiamento della cultura sindacale (improntata alla radicata convinzione che fra tutela inderogabile ed assenza di tutela vi sia una alternativa drastica, assoluta), al fine di correggere le disfunzioni di un sistema volto a privilegiare gli insiders ed a trascurare gli outsiders, vedi le ponderate e documentate pagine di ICHINO, *Il mercato ed il lavoro*, Milano, Mondadori, 1996, che sottolinea anche come l'evidenza empirica consenta di ritenere che nel nostro sistema economico l'elevazione di certi standard inderogabili di trattamento al di sopra di determinati livelli, produca l'effetto, oltre che di una riduzione della loro area di applicazione, anche di una riduzione dei canali di accesso all'area stessa.

Ed invero, la tesi favorevole ad accogliere per quanto attiene all'applicabilità del tessuto garantistico apprestato all'art. 2112 c.c. una concezione smaterializzata del ramo d'azienda — al di là dell'espressione letterale (« attività economica organizzata ») di cui si è sottolineata in precedenza la particolare significatività — sembra trovare ora ulteriore conforto nell'art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003, che eleva ad elemento dell'appalto (con consequenziale distinzione dalla somministrazione del lavoro) pure l'organizzazione e la direzione di un insieme di lavoratori utilizzati nell'appalto stesso, nonché nell'art. 31 del summenzionato decreto, che ha legittimato la delega (da parte di un gruppo di imprese alla impresa capogruppo o da parte di un consorzio ai consorziati) di rilevanti adempimenti in materia di lavoro, previdenza ed assistenza. Tali disposizioni, nel contesto di un generalizzato ricorso a processi di esternalizzazione, sembrano attestare il pieno riconoscimento — quali fasi autonome del processo produttivo — di attività e/o di servizi, che richiedono una equipe di lavoratori con una apposita organizzazione, caratterizzata da un collegamento funzionale tra i suoi diversi componenti⁽¹⁹⁾.

La normativa sul trasferimento d'azienda, definita una disciplina astratta, per applicarsi cioè non ad un determinato tipo negoziale, ma ad una serie di fatti, quali ne sia la loro origine, a condizione che da essi consegua il subentro in una attività economica organizzata ovvero in una sua articolazione funzionalmente autonoma, sembra trovare ora un ambito meglio delineato⁽²⁰⁾.

Ed invero vanno annoverati nella suddetta serie di fatti generatori dell'istituto disciplinato dall'art. 2112 c.c.: gli atti autoritativi della pubblica amministrazione, avendo anche il recente decreto contemplato il « provvedimento » come uno delle pos-

⁽¹⁹⁾ Cfr. in tali sensi VIDIRI, *L'art. 32 del d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 tra conferme ed innovazioni*, in AA.Vv., *Trasferimento d'azienda, saggi NGL* di prossima pubblicazione.

⁽²⁰⁾ Definisce la disciplina contenuta nell'art. 2112 c.c. astratta: ROMEL, *Il campo di applicazione della disciplina sul trasferimento d'azienda*, in *Il mercato del lavoro*, cit., 583.

sibili fattispecie suscettibili di attuare il trasferimento⁽²¹⁾; tutti indistintamente i negozi traslativi, quali la compravendita, la permuta — stante, appunto, la disposta indifferenza del tipo negoziale attuativo del trasferimento stesso — nonché i negozi *mortis causa* (22), realizzandosi anche attraverso tali negozi un subentrare di un diverso soggetto al precedente nella titolarità dell'azienda e nella sua gestione, reputato dato caratterizzante il trasferimento d'azienda (23); ed ancora gli atti di fusione (propria o per incorporazione) (24).

(21) Per l'assunto che costituisce una vera e propria novità del d.lgs. n. 18 del 2001 l'espressa menzione, tra le possibili cause del trasferimento d'azienda, di un « provvedimento » vedi: DELLA ROCCA, *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, in *MGL*, 2001, 590, che ammette quindi l'assoggettabilità al disposto dell'art. 2112, comma 5°, c.c., anche del trasferimento disposto con atti autoritativi della pubblica amministrazione.

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 appalto di servizi di trasporto pubblico (Cass. 24 marzo 2004, n. 5934, in *FI*, 2004, I, 2034), mentre prima del suddetto decreto, si perveniva ad una diversa conclusione in presenza di cessione di beni aziendali derivanti non da attività negoziali dei privati ma da provvedimenti della pubblica amministrazione, considerandosi mal conciliabili con gli interessi di natura pubblicistica gli obblighi di continuazione del rapporto e di mantenimento del trattamento economico e normativo dei lavoratori, posti a carico del cessionario (*ex plurimis*: Cass. 15 luglio 2002, n. 10262, in *RIDL*, 2002, II, 249; Cass. 19 gennaio 2002, n. 572, *ivi*, 2002, II, 855, con nota di ALBI, *Trasferimento d'azienda e concessioni amministrative*; Cass. 3 giugno 1994, n. 5401, in *DPL*, 1994, 2985; Cass. 5 marzo 1993, n. 2705, in *RIDL*, 1994, II, 499, con nota di POMARES, *Intervento della pubblica utilità e trasferimento d'azienda*).

(22) Cfr. in tali sensi: Cass. 1 agosto 1984 n. 4585, *RGenel*, 1984, 990.

Contra però: ROMEI, *Il campo di applicazione*, *cit.*, 584, sul presupposto che il negozio *mortis causa* non deriva né da un provvedimento né da un negozio traslativo; BUONAJUTO, *Il trasferimento dell'azienda*, *cit.*, 31, sulla base della considerazione che la successione dell'erede nella posizione del *de cuius* attiene al diverso fenomeno della successione universale.

(23) Per l'affermazione che il trasferimento d'azienda si verifica in tutte le molteplici ipotesi in cui, ferma restando l'organizzazione del complesso dei beni destinati all'esercizio dell'impresa, si abbia la sostituzione della persona del titolare, qualunque sia il mezzo tecnico-giuridico attraverso il quale tale sostituzione si verifica cfr. *ex plurimis*: Cass. 23 giugno 2001, n. 8617; Cass. 9 marzo 2001, n. 3512, Cass. 21 gennaio 1998, n. 9806.

(24) Per la possibilità di inquadrare la fusione nello schema del trasfe-

Per di più il richiamo effettuato dall'art. 2112, comma 5°, c.c. all'atto di fusione ha indotto ad affermare che esso consente della disposizione un uso più ampio e duttile, nel quale il « criterio principale sembra essere quello della sostituzione di un soggetto ad un altro nell'attività di gestione di un complesso organizzato » (25).

Orbene, è indubbio che il suddetto richiamo, unito al riferimento, anche esso testuale, al « provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato », legittima ora una nozione di trasferimento d'azienda talmente ampia da includere in essa qualsiasi atto, volontario o autoritativo, comportante trasferimenti — anche temporanei (affitto o usufrutto) (26) ed anche a titolo universale tra vivi (fusione) (27) o *mortis causa*

rimento d'azienda vedi in giurisprudenza: Cass. 2 giugno 1998, n. 5414; Cass. 29 maggio 1996, n. 9451; Cass. 26 novembre 1994, n. 10068.

(25) In tali esatti termini: Cester, *Il trasferimento d'azienda e di parte d'azienda cit.*, 345.

(26) Sottolinea come il disposto dell'art. 2112, comma 5°, c.c. si applichi anche ai trasferimenti temporanei e, quindi, anche alla retrocessione che si verifichi al termine dell'usufrutto e dell'affitto d'azienda VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro. II. Il rapporto di lavoro*, Padova, Cedam, 2004, 329 e nota 8, che ricorda altresì come la normativa codicistica abbia trovato applicazione in giurisprudenza anche in caso di avvicendamento di imprenditori nel comodato d'azienda (Cass. 29 novembre 1996 n. 10688, in *RIDL*, 1997, II, 572), di subentro del *franchising* con utilizzo della medesima azienda fornita dal concedente (Cass. 27 febbraio 1998 n. 2200, in *MGL*, 1998, 636) e di retrocessione al preponente dell'azienda utilizzata dall'agente cessato e poi riaffidata al nuovo agente (Cass. 3 giugno 1998, n. 5466, *MGL*, 1998, 635; Cass. 7 ottobre 1997 n. 9728, in *RIDL*, 1998, II, 382; Cass. 5 aprile 1995, n. 3974, in *FI*, 1997, I, 3663).

(27) Nella giurisprudenza della Cassazione è prevalente la tesi secondo la quale sia la fusione per incorporazione che quella per unione, diano luogo ad un fenomeno di successione a titolo universale. Alle decisioni già citate alla nota 24 *adde* Cass. 27 gennaio 1994, n. 833, *RN*, 1994, 861; Cass. 6 marzo 1987 n. 2381; Cass. 8 novembre 1983, n. 6212 ed ancora: Cass. 25 ottobre 1977, n. 4565, in *Gcomm*, 1978, II, 352, per la quale « la fusione della società attua una successione a titolo universale nei crediti, nei debiti e nella qualità di parte nel processo, analogamente a quanto accade per la successione a causa di morte delle persone fisiche ».

In dottrina parla della fusione come di un « fenomeno analogo a quello della successione a titolo universale »: MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 1954, III, 558 s., perché nella fusione per

(successione dell'erede o del legatario nell'impresa) — tra

incorporazione la società incorporata si estingue, muore giuridicamente (e questo fatto ricorda da presso la morte della persona fisica), e perché nella fusione mediante unione, le due (o più società) che si fondono si estinguono, e con i rispettivi soci sorge un terzo ente nuovo, che è anche esso successore a titolo universale nei sensi precisati delle due (o più) società estinte.

Per la diversa tesi, che individua nella fusione un atto modificativo dell'organizzazione sociale vedi, però, per tutti: GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, 2003, XXIX, Padova, Cedam, 529 che ritiene la fusione « una vicenda modificativa degli originari contratti di società » e che questi « lungi dall'estinguersi subiscono null'altro che un fenomeno di integrazione reciproca » ed « una corrispondente vicenda modificativa — e null'altro che una corrispondente vicenda modificativa — subiranno i singoli rapporti di partecipazione ».

Dopo l'espressa previsione dell'inquadrabilità della fusione nel campo applicativo dell'art. 2112 c.c. permangono però incertezze relativamente al coordinamento tra il disposto della suddetta norma con la disciplina relativa alla fusione. Orbene, per quanto attiene all'applicazione della regola relativa alla conservazione dei diritti dei lavoratori e di quella della responsabilità solidale di cedente e cessionario deve ritenersi condivisibile l'opinione secondo cui la conservazione dei diritti dei lavoratori viene garantita dal disposto dell'art. 2504-bis c.c. (in base alla quale la nuova società assume i diritti e gli obblighi delle società estinte) e non dall'art. 2112 c.c., con la conseguenziale inapplicabilità del disposto sulla obbligatorietà solidale — che presuppone la sopravvivenza dei soggetti impegnati nell'operazione di cessione del patrimonio aziendale — alla fusione, atteso che in essa uno dei soggetti coinvolti si estingue (cfr. in tali sensi: ROMEL, *Il campo di applicazione*, cit., 584; e, seppure prima dell'intervento del d.lgs. n. 18/2001, LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Torino, Giappichelli, 1999, 94 ss.).

Deve invece trovare applicazione la restante disciplina dell'art. 2112 c.c. non coincidente con quanto statuito nell'art. 2504-bis c.c., nonché il disposto dell'art. 47 della legge 428/1990 (come integrato dal d.lgs. n. 18/2001), la cui normativa impone — nell'innesto con la procedura sfociante nella fusione — dei doverosi adattamenti per quanto attiene ai tempi entro i quali vanno effettuate le comunicazioni indicate dalla suddetta legge in relazione alle procedure sindacali. Ed invero, dovendo la comunicazione da parte del cedente e del cessionario, che intendono effettuare il trasferimento, essere effettuata almeno 25 giorni prima che sia perfezionato il relativo atto (o che si sia raggiunta una intesa vincolante), deve concludersi che il momento da prendere a riferimento è quello riguardante l'atto finale della fusione, disciplinato dall'art. 2504 c.c. e non, come pure è stato sostenuto, quello riguardante il progetto stante la sua revocabilità; ed invero tale tesi, pur basata sulla giusta considerazione che l'attuale formulazione del citato art. 47 ha inteso valorizzare il ruolo sindacale proprio in sede di trattative (CESTER, *Il trasferi-*

soggetti diversi del complesso aziendale o di un ramo di esso ⁽²⁸⁾.

Ne consegue l'inclusione nell'ambito applicativo dell'art. 2112 c.c., oltre che della scissione (art. 2506 c.c.) ⁽²⁹⁾, anche del conferimento in società dell'azienda (o di un ramo di essa) da parte del precedente suo titolare ⁽³⁰⁾, e, contrariamente a quanto si è sostenuto in dottrina, pure della requisizione o del sequestro, quando a tali provvedimenti segua l'utilizzazione dell'azienda e la gestione da parte del soggetto al quale venga trasferita ⁽³¹⁾.

Di contro l'allargamento nei sensi sopra precisati del trasferimento d'azienda non è estensibile alle cessioni del pacchetto

mento d'azienda, cit., 246 s.), non può indurre a trascurare il dato letterale; ed inoltre il patrocinarlo — in caso di revoca del progetto di fusione — il rinnovo del termine per il riaprirsi della fase delle trattative non tiene conto dell'appesantimento e della dilatazione dei tempi che potrebbe subire la procedura della fusione, in violazione dello intento di semplificazione e di migliore contemperamento delle esigenze di celerità con quella della tutela dei creditori sociali, che come si evince dalla Relazione ministeriale, si è inteso perseguire con il d.lgs. 17 gennaio 2003 n. 6.

⁽²⁸⁾ Per l'affermazione dell'irrelevanza del mezzo tecnico (tipologia negoziale) utilizzato dalle parti per il trasferimento, perché quel che conta è l'effetto di sostituire nella titolarità dell'attività un soggetto ad un altro, vedi: VALLEBONA, *Il rapporto di lavoro, cit.*, 328.

⁽²⁹⁾ In giurisprudenza sull'applicabilità della disciplina *ex art.* 2112 c.c. anche alla scissione cfr. Cass. 6 ottobre 1998, n. 9897, in *FI*, 1999, I, 3312 (*contra* però Cass. 27 aprile 2001, n. 6143, in *NGL*, 2001, 808); ed in dottrina CACCAMO — TANONI, *La cessione d'azienda in ambito societario*, in *DPL*, 2001, inserto n. 46; RUSSO, *Nozione di trasferimento dell'impresa ed evidenziazione delle singole fattispecie*, in Russo (a cura di), *Il trasferimento dell'impresa*, Milano, il Sole 24 ore, 2001, 31, e più di recente, NAPPI, *Trasferimento d'azienda e trasformazione del datore di lavoro, cit.*, 68 s., secondo cui con ogni probabilità l'esplicita riconduzione della fattispecie della fusione tra le vicende che danno luogo all'applicazione dell'art. 2112 c.c., sancita dall'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003, deve ritenersi destinata ad estendere i propri effetti pure alla scissione, deponendo se non altro in tal senso una ricognizione anche di carattere sistematico dei rispettivi istituti, ed in particolare l'ampio ricorso alla tecnica del rinvio che le nuove norme in tema di scissione operano a quelle sulla fusione.

⁽³⁰⁾ Così BUONAJUTO, *Il trasferimento d'azienda, cit.*, 36.

⁽³¹⁾ In tali sensi per il sequestro d'azienda ROMEL, *Il campo di applicazione, cit.*, 585.

azionario ⁽³²⁾, alle fattispecie societarie della trasformazione di società di persona in società di capitali (art. 2500-*ter* c.c.) e viceversa (art. 2500-*sexies*); della trasformazione eterogenea delle società di capitali (art. 2500-*septies*) e della trasformazione eterogenea in società di capitali (art. 2550-*octies*) ⁽³³⁾.

Per l'applicabilità dell'art. 2112 c.c. oltre a risultare indifferente la tipologica negoziale che presiede al trasferimento, risulta ugualmente indifferente la finalità sottesa all'attività economica organizzata. Ed invero il d.lgs. n. 276/2003, oltre a ribadire che detta attività non deve necessariamente essere caratterizzata dallo scopo di lucro mostra — con il non ripetere l'espressione « al fine della produzione e dello scambio di beni e servizi » (adoperata dal d.lgs. n. 18/2001) — di volere estendere l'applicabilità del disposto del quinto comma dell'art. 2112 c.c., alle fattispecie, concernenti non solo le attività economiche prive di uno scopo di lucro, come si verifica, ad esempio, per il settore delle istituzioni non profit, ma anche le attività economiche, espletate dalle c.d. « organizzazioni di tendenza » ⁽³⁴⁾. Il

⁽³²⁾ Si è esclusa l'applicazione dell'art. 2112 c.c. alla cessione di pacchetto azionario perché tale cessione non comporta una sostituzione soggettiva della persona dell'imprenditore, ma provoca unicamente la cessione dei diritti di compartecipazione all'impresa sociale. In giurisprudenza in tali sensi: Cass. 26 novembre 1994, n. 10068, *cit.*; Cass. 27 ottobre 1992, n. 11645; Cass. 15 ottobre 1991, n. 10829, in *FI*, 1991, I, 3031; ed in dottrina: MARESCA, *Le novità del legislatore nazionale nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *ADL*, 2001, 591, e, più di recente, ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *CICU* e MESSINEO, MENGONI (già diretto da), SCHLESINGER (continuato da) *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, III, 2003, 585.

⁽³³⁾ Fattispecie queste che non vedono un cambiamento della società titolare dell'azienda, per attuarsi le diverse forme di trasformazione attraverso una modificazione dell'atto costitutivo, che produce solo un mutamento del modello organizzativo dell'impresa, non quello del soggetto collettivo, nel senso che non si estingue la società che si trasforma e non si crea una nuova società (cfr. in tali termini: BUONOCORE, *Le modificazioni dell'impresa societaria*, in BUONOCORE (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Torino, Giappichelli, 2003, 210 s.; GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, *cit.*, 517 ss.).

⁽³⁴⁾ In questi termini FLAMMIA, *Le modificazioni della disciplina del trasferimento d'azienda alla luce del d.lgs. n. 276 del 2003*, 13 del dattiloscritto, contenente la Relazione tenuta dall'Autore nel Convegno organizzato a Milano (8 giugno 2004) sul trasferimento d'azienda, di prossima pubblicazione in *Saggi NGL*.

che porta a concludere che ormai la nozione di trasferimento d'azienda va ben oltre l'interpretazione tradizionale dell'art. 2555 c.c. e l'elaborazione dell'art. 2082 c.c., data dalla dottrina commercialistica; ed induce altresì ad apprezzare una scelta legislativa volta a tutelare il lavoro in sé, evitando che in presenza di fatti non addebitabili in alcun modo ai lavoratori, possano verificarsi nell'ambito della collettività dei lavoratori ingiustificate discriminazioni condizionando l'applicabilità dell'apparato garantistico apprestato dall'art. 2112 c.c. a specifiche formule definitorie del soggetto datoriale ⁽³⁵⁾.

5. *La delocalizzazione delle imprese: trasferimento del ramo d'azienda e contratto di appalto.*

Ma certamente più della ora indicata modifica risulta rilevante nella realtà fattuale l'innovazione, che in sede di trasferimento d'azienda, scaturisce dall'art. 29 del d.lgs. 276/2003, sulla cui interpretazione non si riscontra una concordanza di opinione. Ed invero un primo orientamento dottrinario evidenzia che è necessario di volta in volta « avere riguardo alla fattispecie concreta ed accertare se nel caso concreto il committente abbia affidato all'appaltatore solo il servizio o anche abbia trasferito allo stesso l'impresa o un suo ramo e che, in questo secondo caso, non si può negare l'applicazione dell'art. 2112 c.c. » ⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ È opportuno rimarcare al riguardo la costante propensione del legislatore verso un trattamento privilegiato — oltre che dei partiti politici e dei sindacati — delle organizzazioni sociali in genere, che ha portato, finanche in materia di tutela dei disabili, ad apprestare per esse una normativa specifica diversa e meno severa di quella cui sono assoggettati tutti gli altri datori di lavoro pubblici e privati (sul punto *amplius*: BIANCHI D'URSO — VIDIRI, *Luci ed ombre sulla nuova disciplina della assunzioni obbligatorie*, in *MGL*, 2000, 726, che sottolineano, da un lato, come solo per dette organizzazioni il computo della quota di riserva è limitata al personale tecnico-esecutivo e svolgente funzioni amministrative, e, dall'altro, come la concreta tutela dei disabili, di cui all'art. 3, comma 1, della legge 12 marzo 1999, n. 68, sia dilazionata al momento di una futura assunzione).

⁽³⁶⁾ In tali sensi G. SANTORO PASSARELLI, *Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda*, in *RIDL*, 2003, I, 189.

Altra tesi ritiene l'applicabilità dell'art. 2112 c.c. pure nel caso in cui avvenga « l'assunzione da parte dell'impresa successiva di tutti o alcuni dei dipendenti già addetti presso la prima alla medesima attività » (37).

In tale direzione, volta a valorizzare il collegamento stabile e funzionale delle attività dei dipendenti trasferiti come capace di garantire il passaggio dell'impresa (o di un suo ramo) nella sua funzione dinamica, si è anche precisato che « non costituisce un trasferimento di azienda (o di un ramo d'azienda) la riassunzione di parte del nuovo imprenditore di una quota non sostanziale in termini di quantità e competenza del personale, che il suo predecessore destinava all'esecuzione della stessa attività », e che viceversa costituirà « un trasferimento d'azienda (o meglio di impresa) la riassunzione di un gruppo organizzato di dipendenti specificamente e stabilmente assegnati ad un compito comune in un settore in cui l'attività si fonda essenzialmente sulla mano d'opera anche in presenza di elementi necessari » (38).

Ed in questo panorama, non certo esaustivo delle tesi avanzate sulla problematica in oggetto, va rimarcato l'assunto secondo il quale l'art. 29 d.lgs. n. 273/2003 sembra tornare all'antico stabilendo che « l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito del subentro di un nuovo appaltatore in forza di legge, di contratto collettivo di lavoro o di clausola del contratto di appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda », sicché « pare riprendere vigore il criterio distintivo tradizionale che ravvisa il *quid pluris* proprio del contratto di appalto (ed idoneo a distinguerlo dalla somministrazione di lavoro) nell'organizzazione dell'appaltatore e quello proprio del trasferimento d'azienda nell'organizzazione dell'entità trasferita ». Corollario di un siffatto approccio teorico è la conclusione che « qualora peraltro il contratto di appalto sia soltanto lo strumento negoziale per realizzare un

(37) Per tale assunto FOGLIA, *Il trasferimento d'azienda nell'unione Europea: la normativa comunitaria*, in G. SANTORO PASSARELLI e FOGLIA (a cura di), *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa*, Milano, Ipsoa, 2002, 39.

(38) In tali termini cfr. COSIO, *Appalti e trasferimenti di imprese*, in *FI*, 2004, I, 1098.

trasferimento d'azienda, qualora cioè sia ravvisabile il trasferimento di una entità economica stabile e che conservi nel trasferimento la propria identità, non vi saranno ostacoli all'applicabilità dell'art. 2112 c.c. »⁽³⁹⁾.

La indubbia equivocità del dato normativo, unanimamente sottolineata, consiglia di accertare la *ratio* del disposto dell'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 perché l'esatta individuazione delle finalità sottese alla lettera della legge appare sovente l'unico strumento idoneo a disvelarne l'ambito applicativo.

In una siffatta ottica ermeneutica non può tralasciarsi di considerare che la normativa sull'appalto si inquadra in un assetto ordinamentale, quale appunto quello introdotto con il d.lgs. n. 276/2003, inteso ad agevolare — come si è più volte ribadito in questo saggio — i processi di delocalizzazione o esternalizzazione delle imprese, che si concretizzano con indubbia frequenza nel settore dei servizi e che vedono in detti settori, più che in altri, coinvolta una molteplicità di lavoratori, con rilevanti ricadute sulla loro posizione occupazionale. È parso dunque coerente con l'impianto generale della nuova disciplina — incentrata sull'idea che la produttività delle imprese non possa dissociarsi da una effettiva valutazione della compatibilità economica in termini di costi aggiuntivi del personale trasferito — rendere l'art. 2112 c.c. (con la conseguente conservazione da parte dei lavoratori dei diritti scaturenti dal pregresso rapporto e con il riconoscimento della solidarietà tra vecchio e nuovo datore di lavoro) norma derogabile, oltre che da una specifica disposizione legislativa, anche dall'autonomia collettiva o negoziale delle parti del contratto di appalto⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁹⁾ Così testualmente: FERRINO, *Ancora sul trasferimento d'azienda: le presunte novità*, in *FI*, 2004, I, 2040.

⁽⁴⁰⁾ Osserva G. SANTORO PASSARELLI, *La disciplina del rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, in *AA.Vv.*, *Il trasferimento d'azienda*, in *QDLRI*, Torino, Utet, 2004, 23), che l'attuale normativa proprio perché attenua in qualche misura la natura inderogabile dell'art. 2112 c.c. lascia uno spazio più ampio agli accordi, anche individuali, con i lavoratori che preferiscono rimanere presso il cedente, fermo restando che sia salvaguardata l'autonomia dell'articolazione oggetto del trasferimento e che questa normativa, al pari della precedente, non riconosca loro il diritto a rimanere presso il cedente.

Una siffatta soluzione, che presenta l'indubbio vantaggio di rendere praticabile, in molti casi, una credibile alternativa alla riduzione del personale attraverso un razionale bilanciamento tra diritto all'occupazione e diritto alla produttività dell'impresa, contribuisce a chiarire il discrimine tra appalto e trasferimento d'azienda ed ad individuare gli spazi applicativi che quest'ultimo istituto conserva a fronte dell'appalto.

Ed invero non è configurabile un trasferimento d'azienda ogni qual volta il nuovo appaltatore si limiti ad acquisire una parte o anche la totalità del personale che prestava la propria attività presso il precedente appaltatore, mentre ad opposta conclusione deve pervenirsi quando il trasferimento riguardi attrezzature o elementi patrimoniali, (sempre che detti beni non assumano un valore ed una portata del tutto marginale rispetto alla assunzione della manodopera), non potendosi giustificare un sacrificio dei diritti dei lavoratori in presenza di spostamenti che per la loro entità sono suscettibili di apportare in termini economici un valore aggiuntivo al nuovo appaltatore, capace tra l'altro di dimostrarne le potenzialità economiche ⁽⁴¹⁾.

La fattispecie di cui all'art. 29, comma 3°, del d.lgs. n. 276/2003, ora esaminata nella sua portata applicativa, si differenzia nettamente da quella di cui all'art. 32, comma 2°, del

(41) La soluzione accolta riceve avallo da una recente decisione della Corte di Giustizia del 20 novembre 2003 (sentenza *Abler*, causa C-340/01, in *FI*, 2004, IV, 184, ed in *RIDL*, 2004, II, 647), che in relazione ad un caso di un appaltatore, che era subentrato ad uno precedente in un servizio di ristorazione collettiva di un ospedale, ha dapprima premesso che l'importanza da attribuire ai singoli criteri attinenti al trasferimento « varia necessariamente in funzione dell'attività esercitata o addirittura in funzione dei metodi di produzione o di gestione utilizzati nell'impresa, nello stabilimento o nella parte dello stabilimento in questione » (punto 35); ed ha poi riconosciuto che nella fattispecie ricorrevano gli estremi del trasferimento d'impresa, in considerazione della rilevanza degli elementi patrimoniali materiali, di cui si era servito il primo gestore (locali, acqua, energia elettrica, piccole e grandi attrezzature, quali quelle necessarie per confezionare i pasti e le lavatrici) e successivamente dal committente messi a disposizione del nuovo gestore, non assumendo a tal fine rilievo il rifiuto del secondo imprenditore a riassumere i dipendenti del primo né sotto altro versante l'assenza di rapporti contrattuali diretti tra cedente e cessionario (punto 36).

suddetto decreto, il cui dato caratterizzante è dato dalla scissione temporale tra trasferimento di un ramo aziendale funzionalmente autonomo (non finalizzato tuttavia alla definitiva dismissione dal ciclo produttivo di una parte d'attività) e successiva instaurazione tra cedente e cessionario di un contratto d'appalto « la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione », e da cui scaturisce tra appaltatore ed appaltante « un regime di solidarietà », che per effetto dell'art. 9 del d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251 è ora quello dell'art. 29, comma 2°, del d.lgs. n. 276/2003⁽⁴²⁾. È stato osservato che il legislatore abbia in tal modo inteso indirizzare l'attore principale dell'operazione (l'impresa decentrante) verso la scelta di imprese terze serie e responsabili, ed impedire che l'operazione abbandoni i lavoratori coinvolti a soggetti di scarsa affidabilità patrimoniale e, coerentemente con un siffatto assunto, si è poi aggiunto che la disposizione in esame garantisce al lavoratore una tutela aggiuntiva rispetto a quella ad esso assicurata dall'art. 2112, comma 1°, c.c.⁽⁴³⁾, evidenziandosi al riguardo come le due norme operino su un piano distinto, dato che per il periodo precedente alla cessione del ramo aziendale la suddetta disposizione codicistica garantisce la responsabilità solidale del cessionario per i crediti maturati presso il cedente, laddove per il periodo successivo la responsabilità solidale che viene in rilievo alla stregua del citato art. 32, comma 2°, d.lgs. n. 276/2003, così come novellato, è quella del cedente (poi divenuto appaltante), giusta la previsione del disposto dell'art. 29, comma 2°, del decreto suddetto; respon-

⁽⁴²⁾ Per l'assunto che, nonostante la norma di cui all'art. 32, comma 2°, d.lgs. n. 276/2003 sia ambigua nella sua formulazione letterale, è evidente che essa concerne il periodo successivo alla cessione (nel quale ha corso l'appalto) vedi: CESTER, *Il trasferimento d'azienda*, cit., 268, il quale evidenzia come per il periodo precedente l'applicabilità dell'art. 2112 c.c. alla cessione del ramo d'azienda garantisce inderogabilmente la responsabilità solidale del cessionario per i crediti maturati presso il cedente; SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda*, in *Il trasferimento d'azienda*, cit., 119, che mette in luce come il cedente rinunci non all'esercizio ma alla gestione diretta di una parte di attività del suo ciclo produttivo per affidarla ad un terzo sulla base di un rapporto di integrazione contrattuale.

⁽⁴³⁾ SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti*, cit. 119 s.

sabilità, che nell'art. 2112 c.c. non è, ovviamente contemplata (44).

Deve poi ritenersi che la garanzia aggiuntiva dei lavoratori, contemplata dall'art. 32, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 si configura unicamente quando l'esecuzione dell'appalto preveda e richieda l'utilizzazione dell'intero ramo (e non di una parte) dell'azienda, oggetto della precedente cessione, a ciò inducendo non solo la lettera della citata disposizione, ma anche la sua *ratio* che è quella di garantire maggiormente i lavoratori nelle fattispecie di c.d. *insourcing*, in quei casi in cui la cessione del ramo aziendale avviene sovente per attuare un « ritorno » dell'intera attività ceduta (con l'intero ramo aziendale) nella disponibilità del cedente attraverso, appunto, un contratto di appalto (45), e che possono costituire terreno privilegiato di elusione dei diritti dei lavoratori (46). Quest'ultima considerazione disvela l'attuazione da parte del legislatore di un opportuno sistema di « gradualità delle tutele », che rende queste più pregnanti laddove più intenso si manifesta il pericolo di violazione dei diritti dei lavoratori, e porta anche ad individuare la relazione corrente tra secondo comma dell'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003 e secondo comma dell'art. 29 dello stesso decreto

(44) In tali termini CESTER, *Il trasferimento d'azienda, cit.*, 268 cui adde SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti, cit.*, 120, il quale ricorda come la tesi che ipotizza una attenuazione delle garanzie di solidarietà all'atto di trasferimento d'azienda dovrebbe considerarsi viziata da eccesso di delega rispetto all'art. 1 della l. n. 30/2003, nonché dalla violazione della clausola di non regresso nell'attuazione della direttiva, implicitamente richiamata dall'incipit dell'art. 32, primo comma, d.lgs. n. 276/2003, nella parte in cui interviene sulla disciplina del trasferimento.

(45) Sottolineano come il campo di applicazione del comma secondo dell'art. 32 del d.lgs. 276/2003 è quello della c.d. internalizzazione (*insourcing*): PASSALACQUA, « *Patto per l'Italia* »: *sviluppi e prospettive in tema di trasferimento d'azienda*, in *DL*, 2002, I, 222 ss.; CESTER, *Il trasferimento d'azienda, cit.*, 268.

(46) Osserva CESTER, *Il trasferimento d'azienda, cit.*, 268 che le zone nella quali, prima della riforma, si verificavano i fenomeni della c.d. internalizzazione, erano quelle contraddistinte dal più labile confine con l'intermediazione vietata, potendo non di rado il contratto di appalto essere qualificato come pseudoappalto (basti pensare alla rigorosa presunzione di cui al comma 3 dell'art. 1 l. n. 1369/1960).

(regolante l'appalto di servizi), fissandola in termini di rapporto tra norme aventi un ambito applicativo differenziato, sì da escludere gli effetti derogatori di una norma sull'altra in ragione del principio di specialità, inducendo di contro a patrocinare — in ragione, proprio, della indicata « gradualità delle tutele » — la conclusione che la regola dell'art. 32 si affianca a quella dell'art. 29, senza affatto derogarvi e che, conseguentemente, i lavoratori provenienti dal ramo d'azienda ceduto, impiegati in un appalto col cedente/committente, godano anche della solidarietà piena (senza il limite del debito tra imprese) per i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali ⁽⁴⁷⁾.

6. *L'abolizione del requisito della « preesistenza » dell'autonomia funzionale e la flessibilità dei processi di esternalizzazione delle imprese.*

L'eliminazione da parte dell'art. 32 del d.lgs. n. 276/2003 del requisito della preesistenza del ramo ceduto è stata vista come un notevole affievolimento delle garanzie dei lavoratori non essendo più possibile controllare eventuali operazioni fraudolente del cedente e cessionario sulla base di un elemento oggettivo, agevolmente riscontrabile, che era rappresentato dal trasferimento di una azienda « reale » perché fornita di una propria consistenza organizzativa, già sperimentata. È innegabile che l'attuale tenore della suddetta disposizione — attuativa di quanto previsto all'art. 1, comma 2°, lettera j n. 1 del disegno di legge n. 848 di delega al governo ⁽⁴⁸⁾ — con il demandare al

⁽⁴⁷⁾ Cfr. ICHINO, *La somministrazione di lavoro*, in AA. Vv., *Il nuovo mercato del lavoro D. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Bologna, Zanichelli, 2004, 32, e negli stessi sensi SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti*, cit., 121, per il quale il sesto comma dell'art. 2112 c.c. configura una fattispecie autonoma di obbligazione solidale, cioè una ampia obbligazione solidale del cedente/committente verso tutti i lavoratori ceduti, responsabilità che rimarrà nel tempo sino a quando il cedente intrattenga col cessionario rapporti di articolazione contrattuale dell'attività d'impresa.

⁽⁴⁸⁾ Sul punto vedi: CESTER, *Le novità in tema di trasferimento di ramo d'azienda*, in CARINCI e MISCIONE (a cura di), *Il diritto del lavoro dal « Libro Bianco » al Disegno di legge delega 2002*, Milano, Ipsoa, 2002, 26 ss.

cedente ed al cessionario l'attività di identificazione della parte di azienda (intesa come articolazione funzionalmente autonoma di una attività economica organizzata) da trasferire, può tradursi in una grave ed ingiusta lesione dei diritti dei lavoratori, se non si procede ad una interpretazione del dato normativo, che valga a fugare in primo luogo ogni dubbio di illegittimità costituzionale. Così abbandonando una opzione ermeneutica incentrata rigidamente sulla lettera della norma, si è sostenuto che l'identificazione delle parti determina sul piano processuale una presunzione *iuris tantum* circa la cessione del ramo aziendale, che pone, a carico del lavoratore, l'onere della prova contraria in ordine alla sussistenza dell'autonomia tecnico funzionale del ramo ceduto⁽⁴⁹⁾, in un procedimento modificativo della norma in esame caratterizzantesi per quella che è stata identificata come una « fattispecie di eterogenesi dei fini », per essersi la norma, originariamente improntata alla tutela imperativa del lavoratore — con l'affermazione di un principio di insensibilità del contratto di lavoro alle vicende interessanti la titolarità dell'impresa — trasformata in uno degli strumenti più efficaci di esternalizzazione dei segmenti aziendali⁽⁵⁰⁾.

In una direzione opposta si è approdato, attraverso la riaffermazione del principio della indisponibilità del tipo negoziale — che impedisce alle parti private di incidere negativamente sulla disciplina inderogabile prevista a tutela dei lavoratori —, alla tesi che l'attività di identificazione del cedente e cessionario della parte dell'azienda da trasferire sia sottoposta alla verifica giudiziale al fine di accertare se in concreto sia ravvisabile una articolazione funzionalmente autonoma di una attività economica organizzata⁽⁵¹⁾.

(49) Tale opinione è sostenuta da ANDREONI, *Impresa modulare e trasferimenti d'azienda: le novità del d.lgs. 276/2003*, in AA. VV., *Lavoro: ritorno al passato. Critica del libro bianco e della legge delega al governo Berlusconi sul mercato del lavoro*, Roma, Ediesse, 2002.

(50) In tali sensi DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del trasferimento di ramo d'azienda dal codice civile al decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003*, in *Mercato del lavoro*, cit., 570.

(51) Per tale assunto vedi PERRINO, *Ancora sul trasferimento d'azienda*, cit., 2039.

L'impossibilità di accedere ad una tesi che, in mancanza di una chiara volontà legislativa in tali sensi, attribuisca al cedente ed al cessionario il potere di incidere con ampia discrezionalità sulla situazione occupazionale dei lavoratori e sul loro consequenziale trattamento economico e normativo, induce a concludere che il cedente ed il cessionario, nell'individuare l'autonomia funzionale del ramo d'azienda da trasferire, svolgano una funzione (non costitutiva ma) accertativa di un dato fattuale di portata oggettiva, riscontrabile in tutti quei segmenti aziendali che, seppure ausiliari, accessori e strumentali rispetto ad altri, esprimano in sé, seppure a livello potenziale, una autonomia funzionale ed una capacità organizzativa, che ne consentano un utile inserimento nell'ambito della organizzazione produttiva dell'impresa del cessionario. L'abolizione del requisito della preesistenza si traduce, in questo rinnovato contesto, in una maggiore flessibilità nel processo di esternalizzazione di rami aziendali, perché è ora possibile « qualificare come ramo d'azienda oggetto del trasferimento ai sensi dell'art. 2112 c.c. anche segmenti produttivi che hanno solo la potenziale attitudine ad esercitare in maniera autosufficiente una attività economica organizzata »⁽⁵²⁾, e perché possono ora concretizzare dei trasferimenti inquadrabili, nell'ambito applicativo dell'art. 2112 c.c., anche aggregazioni di aree e comparti aziendali disomogenei tra loro che, però, dotati di una propria autonomia organizzazione all'interno dell'impresa, siano capaci di soddisfare esigenze produttive della impresa cessionaria, agevolando in tal modo i processi di collocazione della manodopera⁽⁵³⁾.

⁽⁵²⁾ In questi termini Nuzzo, *L'oggetto del trasferimento*, cit., 398, secondo la quale, però, le modifiche apportate dal recente decreto legislativo non dovrebbero avere un grave impatto in chiave garantistica.

⁽⁵³⁾ Per una sottolineatura in questi casi della preesistenza al trasferimento dei diversi servizi dotati di una propria autonomia organizzativa all'interno della impresa del cedente vedi: ROMEI, *Il campo di applicazione*, cit., 582 s.

7. *L'« auspicabile » riduzione del ruolo del giudice nei processi di ristrutturazione delle imprese.*

Pur seguendosi l'ora indicata opzione ermeneutica non può tuttavia negarsi che i limiti della preesistenza e della conservazione dell'autonomia organizzativa, per costituire un più efficace ostacolo ad ogni pur possibile condotta manipolativa del cedente e del cessionario del ramo aziendale, hanno portato ad una riduzione dell'apparato garantistico dei lavoratori; il che ha originato un coro di critiche a fronte delle quali si è notato, con non celati accenti critici, « che si è sollevata una sorta di crociata con i “paladini” degli imm modificabili assetti attuali del diritto del lavoro contro gli “infedeli” accusati di eccessiva apertura con le nuove esigenze del mercato “dei lavori” (54).

Un corretto approccio metodologico con la problematica in oggetto non può prescindere dalla preliminare considerazione che la normativa sul trasferimento d'azienda e l'intera disciplina dettata dal d.lgs. n. 276/2003 vanno condivise — se verranno accompagnate da una rivisitazione degli ammortizzatori sociali — nella loro filosofia di fondo, che è volta ad incentivare la competitività (ormai su scala globale) delle imprese. Per di più, il nuovo assetto ordinamentale delle relazioni industriali presenta l'ulteriore merito di avere dato adeguata voce ad una cultura alternativa a quella che, in tempi anche recenti, ha negato qualsiasi rilevanza (a fini giuridici ed economici) alla flessibilità del mercato del lavoro, e che, a sostegno delle sue istanze, ha fatto un pressante riferimento al « diritto al lavoro », senza però un altrettanto pressante richiamo all'« etica del lavoro » (55), e senza mostrare una accentuata e doverosa sen-

(54) Cfr. in tali sensi BIANCHI D'URSO, *Linee di politica del diritto nella riforma del mercato del lavoro*, in *Mercato del lavoro*, cit., 560.

(55) Pur reputando che l'Europa di oggi sia meglio attrezzata ad affrontare le sfide del futuro, RIFKIN, *Il sogno europeo*, Milano, Mondadori, 2004, 28, ritiene l'America, che ha trasformato il mondo, avere una visione dell'esistenza fondata sull'utilitarismo laico dell'illuminismo intrecciato alla tradizione religiosa del calvinismo, in quella che Max Weber avrebbe poi definito « l'etica protestante del lavoro », e ricorda, tra i numerosi aforismi di B. Franklin sulla disciplina ed il duro lavoro (raccolti in *Poor Richard's almanac*), che « le mani inattive lavorano nell'officina del diavolo ».

sibilità anche verso il « diritto alla libera iniziativa economica ».

Tutto ciò non vale, però, a promuovere a pieni voti né il decreto d.lgs. n. 276/2003, né più specificatamente la norma sul trasferimento d'azienda, che del suddetto decreto rappresenta parte significativa. In relazione al suddetto trasferimento è stato osservato che « il concetto di autonomia funzionale del ramo aziendale » è troppo generico potendo il riferimento all'autonomia « essere tarato sulla più diverse variabili (organizzative, produttive, gestionali e commerciali) » per cui presenta allo stato « evidenti svantaggi in termini di certezza del diritto e dà spazio nel contempo ad un eccessivo soggettivismo della magistratura » (56).

Ma oltre quella ora indicata, una ulteriore fonte di incertezza applicativa è data da « una ipertrofia di schemi negoziali », connotante l'intero d.lgs. n. 276/2003, e destinata a riflettersi, come si è visto, anche con riferimento all'individuazione dell'ambito applicativo del trasferimento d'azienda ed ai rapporti con altri istituti (appalto di servizi, somministrazione del lavoro, comandi collettivi, ecc.), che forse finirà per vanificare in buona misura gli sperati benefici scaturenti dalla maggiore flessibilità nei processi di esternalizzazione delle imprese e più, in generale, di ristrutturazione dell'apparato produttivo delle imprese (57).

Ora nella speranza che il trasferimento d'azienda sia effettivamente un « cantiere sempre aperto » (58), e nell'auspicio di individuare un migliore punto di equilibrio tra diritto al lavoro

(56) Così ancora BIANCHI D'URSO, *Linee di politica del diritto nella riforma del mercato del lavoro*, in *Mercato del lavoro*, cit.

(57) Per la sottolineatura che l'incertezza del diritto determina effetti deleteri sul versante dell'economia cfr.: VIDIRI, *La certezza del diritto e l'interpretazione dei contratti collettivi*, in questa *Rivista*, 2004, 1, 101, che precisa al riguardo come detta incertezza finisca per danneggiare la classe imprenditoriale e gli stessi lavoratori, ponendo concreti ostacoli ad ogni iniziativa economica che voglia essere, come prescrive l'art. 41 Cost., « libera » e che voglia svolgersi non contro « l'utilità sociale » ma nel rispetto della « libertà e dignità umana ».

(58) La felice espressione è di COSIO, *Appalti e trasferimenti di imprese*, cit., 1096.

e libertà dell'impresa è forse opportuno operare su un diverso piano.

Nei grandi processi di ristrutturazione dell'apparato produttivo di un paese, che vedono l'esternalizzazione come uno tra gli strumenti più praticati per assicurare maggiore competitività tramite un ottimale rapporto tra costi e profitto, è insito un pericolo che ad una corretta conduzione di tali processi si sostituiscano comportamenti volti a penalizzare illegittimamente la collettività dei lavoratori anche attraverso scelte arbitrariamente discriminatorie ai danni di alcuni di essi.

Contro tale genere di pericoli si è suggerito *de iure condendo* — con riferimento generalizzato a tutti i processi di esternalizzazione — il ricorso ad una apposita norma anti-frode.

Così in una condivisione della scelta operata dal d.lgs. n. 276/2003 in merito all'abolizione del requisito della preesistenza dell'autonomia funzionale, si è messo in luce che la nuova disciplina — diversamente da quanto accadeva in passato — impedisce sul piano gestionale delle imprese delle ricadute prive di razionalità⁽⁵⁹⁾. Si è aggiunto, poi, che se il suddetto requisito aveva l'obiettivo primario di evitare operazioni di eccedenze di personale (magari di personale sgradito), mascherate da trasferimento d'azienda, il ricorso alla « autonomia funzionale preesistente » del segmento trasferito, non risultava idoneo o sufficiente al perseguimento di tale obiettivo, sicché è

⁽⁵⁹⁾ Non si comprende — osserva DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del trasferimento*, cit., 576 — perché una attività — quale ad esempio lo spostamento mediante carrelli di pezzi e semilavorati all'interno di una fabbrica — che prima del trasferimento era strettamente integrata nell'organizzazione aziendale o addirittura nella catena di montaggio, ma che è suscettibile di essere automatizzata sul piano della soggettività imprenditoriale, al di fuori di ogni intento elusivo o fraudolento, non possa venire ceduta a terzi all'interno del paradigma dell'art. 2112 c.c. Ed analoghe difficoltà ed incongruenze — aggiunge l'Autore — si registrano nelle ipotesi in cui il trasferimento concerne attività eterogenee, che, prima della cessione, non presentavano alcun nesso e che vengono accorpate, sino a rinvenire una propria inedita unitarietà ed autonomia solo all'organizzazione del cessionario. Come avviene nell'accorpamento trasversale, in occasione della cessione a terzi, di vari e distinti servizi generali di una impresa (ad es.: pulizia, smaltimento della posta, gestione fotocopiatrici oppure servizio paghe e servizio contenzioso del lavoro; servizio magazzino e movimentazione pezzi).

preferibile superare un presupposto ingombrante, e di incerta applicazione e comunque non decisivo, spostando la chiave garantistica su una clausola generale antifraudolenza — sulla falsariga dell'art. 1344 c.c. — capace di colpire qualsivoglia utilizzo « indiretto » dell'esternalizzazione, finalizzato esclusivamente allo « smagrimento » dell'organico ⁽⁶⁰⁾.

L'indicata opinione trascura di considerare però che l'affidare nella materia in oggetto gli strumenti di garanzia del lavoratore a disposizioni normative dirette in via generale a sanzionare, sul modello dell'art. 1344 c.c., forme di aggiramento della legge significa far dipendere la sorte del trasferimento dalla non agevole ricerca di figure sintomatiche della volontà fraudolenta con effetti sicuramente pregiudizievoli sul piano della certezza dei rapporti ⁽⁶¹⁾, richiedendosi per la sanzionabilità del negozio *in fraudem legis* anche la prova di un elemento soggettivo di difficile riscontro, e non essendo di certo agevole in un sistema caratterizzato — come si è visto — da una eccessivo moltiplicarsi degli schemi negoziali tracciare l'esatto discrimine tra negozi leciti, anche se indiretti, e negozi illeciti perché assistiti da finalità elusive di disposizioni inderogabili ⁽⁶²⁾.

A ben vedere a risultati maggiormente apprezzabili può pervenirsi tramite un più esteso coinvolgimento delle organizzazioni sindacali nei processi di esternalizzazione delle imprese con un conseguenziale ridimensionamento del potere di intervento del giudice.

È stato più volte ribadito in giurisprudenza che nel licenziamento collettivo per riduzione di personale il rispetto degli

⁽⁶⁰⁾ Così DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del trasferimento*, cit., 677.

⁽⁶¹⁾ Cfr. VIDIRI, *Il d.lgs. 2 febbraio 2001 n. 18: Trasferimento d'azienda tra « flessibilità » e « garantismo »*, in *MGL*, 2003, 8.

⁽⁶²⁾ In giurisprudenza per la condivisione della c.d. tesi soggettiva della frode alla legge *ex plurimis*: Cass. 20 luglio 1999, n. 7740; Cass. 11 maggio 1987, n. 4333, cui *adde*, tra i giudici di merito, Trib. Verona 23 febbraio 1982, in *GM*, 1984, 72, ed. in dottrina, CARRARO, *Frode alla legge*, in *NDI*, Torino, Utet, VII, 1968, 647 ss. Per la tesi oggettiva vedi, invece, GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, ESI, 2000, 803, secondo cui deve essere sanzionato di nullità il negozio ogni volta in cui il concreto risultato perseguito e raggiunto dai privati urti contro un divieto di legge ad onta della liceità astratta del mezzo prescelto.

obblighi di informazione e consultazione sindacale e degli altri adempimenti prescritti dall'art. 4 della legge 23 luglio 1991, n. 223, vale a garantirne la legittimità, con una drastica limitazione degli spazi di controllo giudiziario sulle scelte imprenditoriali, la cui trasparenza e correttezza vengono verificate dalle organizzazioni sindacali attraverso i poteri di informazione e consultazione ad esse riconosciute e secondo metodiche di sempre più estesa applicazione⁽⁶³⁾. La decisione dell'imprenditore di ridurre il personale (per trasformare o limitare o, persino, far cessare l'impresa) finisce, in tal modo, per risultare — in attuazione dei principi fissati dall'art. 41, comma 2 e 3, Cost. — insindacabile nell'*an* da parte del giudice, risultando invece vincolata nel *quomodo*, con l'effetto che ai fini della giustificazione del licenziamento, non rilevano gli specifici motivi della riduzione del personale ma la correttezza procedurale dell'operazione⁽⁶⁴⁾.

Quanto ora detto spinge a praticare un *repêchage* di una efficace tutela per i lavoratori tramite una rivisitazione delle procedure di informazione e consultazione sindacale, che — previste per la prima volta dall'art. 47 della legge n. 428 del 1990 (poi novellato con il d.lgs. n. 18 del 2001) — è opportuno siano ora rafforzate in ragione delle descritte modifiche apportate dal d.lgs. n. 276/2003 al trasferimento del ramo aziendale⁽⁶⁵⁾, il

(63) Cfr. tra le altre per tale indirizzo: Cass. 12 ottobre 1999, n. 11455 e Cass. 23 settembre 1999 n. 10368, in *MGL*, 2000, 100, con nota di LIEBMAN, *Licenziamento collettivo, procedure sindacali e garanzie del dipendente*, e più di recente, Cass. 18 luglio 2001, n. 9743; Cass. 13 novembre 2000, n. 14679; Cass. 6 luglio 2000, n. 9045. In dottrina per l'opinione seguita in giurisprudenza cfr.: D'ANTONA, *sub art. 5*, in PERSIANI (a cura di), *Commentario della legge 23 luglio 1991 n. 223*, in *NLCC*, 1994, 927 s.; PERSIANI, *sub art. 4*, in PERSIANI (a cura di), *Commentario ...*, *cit.*, 921 s., cui adde in generale sul licenziamento collettivo, VALLEBONA, *Istituzioni ...*, *cit.*, 464 ss.

(64) Cfr. VIDIRI, *Il d.lgs. 2 febbraio 2001 n. 18*, *cit.*, 8.

(65) Va segnalato che per Cass. 4 gennaio 2000, n. 23 (in *FI*, 2001, I, 1260, con nota di COSIO, *La nuova disciplina dei trasferimenti d'impresa: l'ambito di applicazione*) il mancato adempimento dell'obbligo di informazione del sindacato costituisce comportamento che viola l'interesse del destinatario delle informazioni, ossia del sindacato stesso, ed è, pertanto, sussistentone i presupposti, configurabile come condotta antisindacale ai sensi dell'art. 28 legge n. 300 del 1970, ma non incide sulla validità del negozio

tutto a condizione che il sindacato, prendendo atto dell'esigenza di non potere riciclare, magari senza neppure alcuno sforzo di adattamento, strategie e metodi sin qui praticati nella rappresentanza dei core-workers⁽⁶⁶⁾, abbandoni, con atteggiamento responsabile, la pretesa a politiche di concertazione, suscettibili di tradursi in forme larvate di pansindacalismo, perché viste come unico strumento di legittimazione politica di iniziative di esclusiva competenza del governo⁽⁶⁷⁾.

In un tale modificato contesto, l'assenza di una specifica attitudine del giudice a compiti di gestione, controllo o anche di mera valutazione di scelte economiche, che come quelle di natura imprenditoriale, non rispondono al suo tradizionale ruolo istituzionale, inducono a suggerire una più dettagliata e completa regolamentazione delle procedure sindacali che — in analogia con quanto si è visto accadere per i licenziamenti per riduzione del personale — porti a configurare gli oneri procedurali come condizione di legittimità delle stesse decisioni aziendali cui afferiscono, così relegando l'art. 1344 c.c. a mera norma di chiusura⁽⁶⁸⁾.

L'intervento giudiziale si imporrà, quindi, solo in presenza di comportamenti datoriali, che, per risultare privi di qualsiasi

traslativo, non potendosi configurare l'osservanza delle suddette procedure sindacali alla stregua di un presupposto di legittimità (e, quindi, di un requisito di validità) del negozio di trasferimento. Per i diversi orientamenti giurisprudenziali e dottrinari in materia cfr.: LA TERZA, *sub art. 2112 c.c.*, in AMOROSO, DI CERBO, MARESCA, *Il diritto del lavoro*, vol. I, Milano, Giuffrè, Milano, 2004, 756-758.

⁽⁶⁶⁾ Per tale assunto vedi: VOZA, *Interessi collettivi, diritto sindacale e dipendenza economica*, Bari, Cacucci, 2004, 159 ss., nell'ambito di un esauriente e puntuale discorso sul ruolo del sindacato nella protezione sociale della discontinuità occupazionale.

⁽⁶⁷⁾ Sulla diversa portata assunta dalla concertazione sociale con l'accordo del luglio 1993, con il « Patto di Natale » (con il quale la concertazione da mera prassi viene istituzionalizzata come metodo dell'azione politica), ed infine con il « Libro Bianco » e con il « Patto per l'Italia », con i quali si è ritenuto che la funzione sindacale sia stata modellata in forma più collaborativa che conflittuale vedi: QUARANTA, *Concertazione sociale, contratto collettivo e sviluppo locale*, in SANTUCCI e ZOPPOLI (a cura di), *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, Torino, Utet, 2004, 153 ss.

⁽⁶⁸⁾ Così VIDIRI, *Il d.lgs. 2 febbraio 2001 n. 18, cit.*, 8.

razionalità economica, disvelano il mero intento dell'espulsione della forza lavoro o, più in generale, di discriminazioni tra lavoratori. E si approderà, in tal modo, all'effetto di un benefico restringimento degli spazi di operatività della « giurisdizionalizzazione dell'economia », che ha costituito ragione non ultima della buona tenuta della legge n. 223 del 1991 e, specificamente, del licenziamento per riduzione di personale⁽⁶⁹⁾.

Per concludere possono estendersi a tutti i procedimenti di esternalizzazione delle imprese, e più in generale a tutte le fattispecie implicanti scelte di carattere squisitamente economico, le considerazioni dirette ad evidenziare nelle crisi occupazionali l'irrazionale estensione del ruolo del giudice in ragione della mancanza da parte di quest'ultimo delle competenze, delle conoscenze e degli strumenti operativi necessari per la soluzione dei relativi problemi⁽⁷⁰⁾. Gioverebbe infatti a tutti una riduzione del ruolo della giurisdizione, con un potenziamento dell'intervento delle organizzazioni sindacali che, in periodi di recessione economica e di crisi occupazionale devono — al contrario degli organi giurisdizionali, deputati istituzionalmente a gestire il presente come garanti della sola legalità — proiettarsi nel futuro per ampliare sulla base di scelte incentrate su ragioni esclusivamente socio-economiche, la platea degli occupati, anche con il recupero della produttività delle imprese⁽⁷¹⁾.

(69) In tali sensi VIDIRI, *Il d.lgs. 2 febbraio 2001 n. 18, cit.*, 8.

(70) Per tali considerazioni vedi ICHINO, *Il lavoro e il mercato, cit.*, 169 s.

(71) Per quanto attiene, in particolare, alle crisi occupazionali, vedi ancora ICHINO, *Il lavoro e il mercato, cit.*, 170, il quale osserva testualmente che « gioverebbe a tutti una riduzione della giurisdizione, un potenziamento reale dell'intervento amministrativo per la soluzione del conflitto e l'attivazione di un sistema efficiente di servizi nel mercato del lavoro. A tutti, tranne che agli operatori del diritto. Ne guadagnerebbe il mercato del lavoro ma ne perderebbe quello che abbiamo indicato come mercato del diritto del lavoro ».