

I Saggi di

N

G

L

***Trasferimenti di aziende
ed esternalizzazioni
nel diritto del lavoro***

Convegno organizzato dall'ABI
e dal Notiziario di Giurisprudenza del Lavoro
con l'Università «L. Bocconi»

Saggi di

Carlo Dell'Aringa, Giancarlo Durante, Rosario Flammia,
Raffaele Foglia, Giuseppe Ianniruberto, Stefano Liebman,
Arturo Maresca, Alessandra Raffi, Guido Vidiri

Interventi di

Paolo Auricchio, Paolo Maria Fiore, Gaetano Lama,
Angelo Perucconi

© Copyright 2004
Bancaria Editrice

BANCARIA EDITRICE
Divisione di ABIServizi S.p.A.
Via della Cordonata, 7
00187 Roma
Tel. 06.6767.391-2-3-4-5
Fax 06.6767.397
www.bancariaeditrice.it
servizioclienti@bancariaeditrice.it

È vietata la riproduzione, anche parziale, con qualsiasi mezzo effettuata, compresa la fotocopia, anche ad uso interno o didattico, non autorizzata.

L'editore potrà concedere a pagamento l'autorizzazione a riprodurre una porzione non superiore a un decimo del presente volume. Le richieste vanno inoltrate a:

Associazione Italiana per i Diritti di Riproduzione delle Opere dell'ingegno (AIDRO)
Via delle Erbe, 2 - 20121 Milano
tel. e fax 02809506

Finito di stampare nel mese di ottobre 2004
presso Industria Grafica Failli Fausto s.n.c.
Via A. Meucci, 25 - Guidonia-Montecelio (Roma)

Indice

RELAZIONI

Considerazioni introduttive sulla nuova disciplina del trasferimento d'azienda <i>Stefano Liebman</i>	11
Aspetti economici, sociali e giuridici dei trasferimenti di aziende e rami di aziende <i>Carlo Dell'Aringa</i>	15
Le questioni dei trasferimenti di aziende o dei rami di aziende nel mondo bancario <i>Giancarlo Durante</i>	19
Le modificazioni della disciplina del trasferimento d'azienda alla luce del d.lgs. n. 276 del 2003 <i>Rosario Flammia</i>	25
1. Premessa	25
2. La modificazione della rubrica dell'art. 2112 c.c.	25
3. Il quinto comma dell'art. 2112 c.c. e le modificazioni della definizione legale del trasferimento d'azienda	26
4. Il preambolo della definizione legale modificata nel 2003	26
5. I limiti della definizione legale	27
6. Art. 12 disp. prel. c.c. e interpretazione della definizione legale del 2003	28
6.1 La «cessione contrattuale» e la «fusione»	28
7. Impresa, azienda, attività economica organizzata senza finalità di produzione o di scambio di beni o di servizi	30
8. La nuova definizione legale del trasferimento d'azienda	30
Il trasferimento di ramo d'azienda nei processi di esternalizzazione e appalto di servizi <i>Arturo Maresca</i>	33
1. Esternalizzazione e tutela del lavoratore: le tecniche di tutela di fronte alle vicende relative alla cessazione e alla cessione di attività dell'impresa	33
2. Il collegamento funzionale tra cessione del ramo d'azienda e appalto	38
3. Conferme alla nozione dematerializzata di ramo d'azienda	39
4. L'articolazione funzionalmente autonoma oggetto di cessione e i limiti riconosciuti all'autonomia contrattuale del cedente e cessionario	41
5. I problemi derivanti dalla identificazione dell'articolazione funzionalmente autonoma «al momento del suo trasferimento»: l'individuazione dei lavoratori che passano alle dipendenze del cessionario e il rispetto del termine per le informazioni sindacali	45
6. Il regime della responsabilità solidale tra appaltante e appaltatore. I dubbi sulla legittimità costituzionale dell'art. 29, comma 2	48
La preesistenza al trasferimento delle strutture aziendali nei giudizi di legittimità della Corte di Cassazione <i>Giuseppe Ianniruberto</i>	51

L'interpretazione giurisprudenziale sulle relazioni tra ordinamento comunitario e diritto nazionale in tema di trasferimento d'azienda	61
<i>Raffaele Foglia</i>	
1. La configurazione del trasferimento d'azienda nel diritto comunitario	61
2. L'identità dell'entità economica trasferita	63
3. Il trasferimento di ramo di azienda attraverso il ricorso a uno o più appalti	64
4. La nozione di «ramo d'azienda» secondo la nuova direttiva 98/50/Ce	68
5. Discipline speciali e rispetto della direttiva	71
6. Trasferimento e crisi di impresa	72
 COMUNICAZIONI	
L'art. 32 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 tra conferme e innovazioni	77
<i>Guido Vidiri</i>	
Inadeguatezza delle dimissioni come unica forma di tutela del prestatore di lavoro	85
<i>Alessandra Raffi</i>	
 ESPERIENZE AZIENDALI	
Esternalizzazioni in una società bancaria: il caso Sanpaolo Banco di Napoli	93
<i>Gaetano Larna</i>	
Disciplina generale del c.c.n.l. ABI - Contratto collettivo nazionale di lavoro 11 luglio 1999 per i quadri direttivi e per il personale delle aree professionali (dalla 1 ^a alla 3 ^a) dipendenti dalle aziende di credito, finanziarie e strumentali - Testo coordinato (Cap. I, artt. 1-4 e 14-18)	99
Esternalizzazioni in una società di telecomunicazioni: il caso Alcatel	109
<i>Angelo Perucconi</i>	
Alcatel Italia - Accordi sindacali di settore	119
Esternalizzazioni in una società di servizi: il caso ENEL	131
<i>Paolo Auricchio</i>	
1. Privatizzazione e liberalizzazione (collocamento in borsa e realizzazione di oltre 34 trasferimenti di ramo azienda)	131
2. Governo sindacale del fenomeno (accordo 30 giugno 1989)	132
ENEL - Verbale sindacale 30 giugno 1999	133
Esternalizzazioni in una società di telecomunicazioni: il caso Telecom Italia	145
<i>Paolo Maria Fiore</i>	
Telecom - Accordi sindacali	157
 La disciplina normativa	
Art. 2112 nel testo del codice civile del 1942 (Trasferimento dell'azienda)	171
Art. 47 l. 29 dicembre 1990, n. 428 (Trasferimenti di azienda)	173
Terzo comma dell'art. 47 l. 29 dicembre 1990, n. 428, che modifica l'art. 2112 c.c. (Trasferimento dell'azienda)	175
Art. 2112 c.c., come modificato dall'art. 1 d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18 (Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda)	177
Art. 2 d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18, che modifica l'art. 47 l. 29 dicembre 1990, n. 428 (Trasferimenti di azienda)	179

Art. 1, secondo comma, l. 14 febbraio 2003, n. 30 (Delega al Governo per la revisione della disciplina dei servizi pubblici e privati per l'impiego, nonché in materia di intermediazione e interposizione privata nella somministrazione di lavoro)	181
Art. 32 d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (Modifica all'articolo 2112, comma quinto, del codice civile)	183
Direttiva 2001/23/Ce del 12 marzo 2001 (Direttiva del Consiglio concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti)	185
Patto per l'Italia, 5 luglio 2002	195

L'art. 32 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 tra conferme e innovazioni

Guido Vidiri
Consigliere della Corte Suprema di Cassazione

1. L'iniziale testo dell'art. 2112 c.c. volto a regolamentare il trasferimento d'azienda è stato oggetto di numerose modifiche, per essere stata la norma codicistica rivisitata dapprima dall'art. 47 della legge n. 429 del 1990 e poi dal d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18, emanato in attuazione della direttiva 98/50/Ce¹. È stato in giurisprudenza affermato che, con l'indicato decreto, il legislatore ha seguito una concezione «smaterializzata dell'impresa» e del ramo della stessa, oggetto del trasferimento, con un apprezzabile presa d'atto che nell'attuale contesto – caratterizzato da un mercato globale e da una accesa concorrenza – spesso le sorti dell'impresa ed, in buona misura, il suo stesso valore economico, sono correlate più che alla consistenza dei beni materiali (immobili, impianti, attrezzature, ecc.), a fattori ad essi estranei – quali la capacità del *management* e l'alta specializzazione del personale – richiesti per effetto della sempre più frequente parcellizzazione del ciclo produttivo in una pluralità di segmenti dotati di propria autonomia, ciascuno dei quali si concretizza in una aggregazione di gruppi di lavoratori dotati di una specifica professionalità².

A tutto ciò non è certo estraneo un atteggiamento del potere economico volto a personalizzare la produzione al fine di un completo soddisfacimento delle diverse richieste avanzate dal mercato dei consumatori, il che rende sempre più spesso necessarie nuove forme di decentramento produttivo ed organizzativo, altrimenti co-

¹ Sul trasferimento d'azienda vedi per tutti A. Buonajuto, «Il trasferimento dell'azienda e del lavoratore», in *Il diritto del lavoro nella dottrina e nella giurisprudenza*, (collana di monografie curata da) B. Balletti, Padova, 1999, parte prima, p. 1-153, cui *adde* Aa.Vv., *I processi di esternalizzazione*, a cura di R. De Luca Tamajo, Napoli, 2002, con i contributi dello stesso R. De Luca Tamajo, «Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura», pp. 9-62, e di S. Ciucciovino, «La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il d.lgs. 18/2001», pp. 83-125.

² Cfr. al riguardo: Cass., 23 luglio 2002, n. 10761, in *Not. giurispr. lav.*, 2002, p. 532, ed in *Foro it.*, 2002, I, c. 2278, con nota di R. Cosio, «Il trasferimento d'impresa: dal d.lgs. 18/01 al patto per l'Italia», ed in *Corr. giur.*, 2003, p. 38, con nota di R. Foglia, «Il trasferimento di ramo d'azienda giunge in cassazione», nonché Cass., 30 dicembre 2003, n. 19842, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1095, con nota di R. Cosio, «Appalti e trasferimenti di imprese»; Cass., 22 luglio 2002, n. 10701, in *Not. giurispr. lav.*, 2002, p. 532; Cass., 17 luglio 2002, n. 10348, inedita per quanto consta, che hanno tutte ritenuto che oggetto del trasferimento d'azienda possa essere la sola manodopera.

nosciute come esternalizzazioni (o *outsourcing*), di cui, appunto, il trasferimento d'azienda configura uno degli istituti di maggiore rilevanza³.

In un siffatto contesto la problematica che in tema di trasferimento di azienda ha sempre costituito punto nevralgico di acceso dibattito attiene alla tutela dei diritti dei lavoratori, suscettibili di essere disconosciuti in una successione di titolarità dell'impresa che non di rado nella realtà fattuale si accompagna ad un ridimensionamento, se non ad una totale negazione, delle posizioni soggettive maturate. E la soluzione di una siffatta tematica si è presentata non agevole in ragione della difficoltà di trovare un apprezzabile equilibrio tra la tutela del diritto al lavoro e la libertà dell'imprenditore di organizzare in piena autonomia la propria azienda, scegliendo le forme e le modalità della organizzazione produttiva⁴.

2. La storia infinita delle modifiche dell'art. 2112 c.c. – che ha determinato dubbi ed incertezze su numerosi profili dell'istituto in esame, anche per il confluire di leggi nazionali, direttive comunitarie e decisioni della Corte di Giustizia, non sempre rispondenti a medesime logiche⁵ – sembra avere trovato un epilogo con il disposto dell'art. 32 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, che ha riscritto il comma quinto della norma codicistica. Detta norma si presenta, nel nuovo testo, di particolare rilievo sotto un duplice aspetto, in quanto, da un lato, conferma in maniera certa alcuni approdi cui erano già pervenuti la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria, e perché contiene, dall'altro, degli aspetti sicuramente innovativi destinati ad incidere significativamente nella realtà fattuale, ampliando l'operatività e l'utilizzabilità dell'istituto in linea con le finalità del recente decreto, volto a rendere più agevoli e flessibili gli strumenti di delocalizzazione delle imprese⁶.

Sotto il primo aspetto trova ulteriore conferma l'opinione secondo la quale il trasferimento d'azienda non richiede necessariamente la cessione di beni materiali potendo avere per oggetto anche la sola organizzazione della manodopera, essendosi ribadito nella recente normativa una concezione smaterializzata dell'azienda, già accolta nelle decisioni comunitarie⁷. E che non possano più permanere dubbi al ri-

³ Per una sottolineatura della maggiore sensibilità che il potere economico mostra oggi verso i bisogni e le esigenze dei singoli, e per la portata ed il significato di tale nuovo atteggiamento, vedi: J. Hillman, *Il potere. Come usarlo con intelligenza*, Milano, 2002, p. 85, ss.

⁴ In generale per una sottolineatura nell'ambito dei processi di esternalizzazione dei problemi che – in una posizione di possibile attrito fra diritto commerciale e diritto del lavoro – concernono la compatibilità di forme negoziali con la normativa inderogabile posta a tutela del prestatore di lavoro, vedi C. Cester, «Le novità in tema di trasferimento d'azienda», in Aa. Vv., *Il diritto del lavoro dal «libro bianco» al disegno di legge delega 2002*, a cura di F. Carinci e M. Miscione, Milano, 2002, pp. 26-27.

⁵ Le aperture delle direttive comunitarie verso normative statuali ispirate a maggiore flessibilità in relazione a situazioni di crisi aziendali sono ribadite da ultimo dalla direttiva di consolidamento 2001/23/Ce del Consiglio del 12 marzo 2001.

⁶ Sulla riforma attuata dal d.lgs. n. 276 del 2003 con particolare riguardo al trasferimento d'azienda vedi per tutti: S. Mainardi, «“Azienda” e “ramo di azienda”: il trasferimento nel d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276», in *Dir. lav. mercati*, 2003, p. 683, nonché Aa. Vv., «Il trasferimento d'azienda», in *Mercato del lavoro*, a cura di R. De Luca Tamajo, M. Rusciano e L. Zoppoli, Napoli, 2004, p. 559 e ss.

⁷ Cfr. al riguardo: Corte di giustizia, 11 marzo 1997, causa C-13/95, Suzen, in *Foro it.*, 1998, IV, c. 437, che – come hanno sottolineato di recente i giudici di legittimità – ha ricondotto la

guardo per la idoneità, ai fini dell'applicazione delle tutele giuslavoristiche, dell'organizzazione del lavoro (e cioè della interazione e del coordinamento dell'attività di ogni singolo lavoratore con quella degli altri) a concretizzare una azienda «smaterializzata» o (con altra espressione pur essa adoperata) «leggera», emerge con chiarezza dall'art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 276 del 2003 – che eleva ad elemento dell'appalto (con conseguenziale distinzione dalla somministrazione di lavoro), anche l'organizzazione e la direzione di un gruppo dei lavoratori utilizzati nell'appalto stesso – e dall'art. 31 del summenzionato decreto, che ha legittimato la delega (da parte di gruppi di imprese alla società capogruppo o da parte di consorzi ad una consorziata) di rilevanti adempimenti in materia di lavoro, previdenza ed assistenza, ad ulteriore dimostrazione del pieno riconoscimento come fase autonoma del processo produttivo di un'attività lavorativa o dell'adempimento di un servizio, che richiede personale specializzato operante con apposita organizzazione ed in stretto e stabile collegamento funzionale⁸.

La nuova normativa sembra così avere dato ragione sul punto a quella dottrina che ha ritenuto l'art. 2112 c.c. suscettibile di disciplinare, al di là di complessi di beni e di strutture, anche trasferimenti di attività caratterizzati da elevato «contenuto umano», da prevalente impegno organizzativo e da significativo know-how (ad esempio: servizio di vigilanza; attività di manutenzione e assistenza di apparati informatici; servizi di gestione e pulizia, di passaggi a livello ferroviari, ecc.)⁹, mentre sem-

manodopera nella nozione di «entità economica», oggetto di trasferimento, sulla base della considerazione che «in determinati settori in cui l'attività si fonda essenzialmente sulla manodopera, un gruppo di lavoratori che assolva stabilmente una attività comune, può corrispondere ad una entità economica» (punto n. 21); affermazione questa, reputata di grande rilievo in dottrina, per determinare uno spostamento dell'angolo visuale in cui si colloca il rapporto di lavoro, che passa da essere «destinatario di forma di tutela a elemento costitutivo del complesso aziendale» (così testualmente in motivazione: Cass., 30 dicembre 2003, n. 19842, cit.).

⁸ Sull'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003 vedi per tutti: M.T. Carinci, «La tutela dei lavoratori nell'appalto di servizi» (in *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*), in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, (coordinato da) F. Carinci, vol. II, Milano, 2004, pp. 198-202, nonché R. Cosio, «Appalti e trasferimenti di imprese», cit., p. 1098, che interpreta il 3° comma dell'art. 29 nel senso: *a*) che non costituirà un trasferimento d'azienda (o ramo d'azienda) la riassunzione da parte del nuovo imprenditore di una quota non sostanziale, in termini di quantità e di competenze, del personale che il suo predecessore destinava all'esecuzione della stessa attività; *b*) costituirà, viceversa, un trasferimento d'azienda (o, meglio, d'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 assenza di cessione di elementi materiali.

Sull'art. 31 del suddetto decreto e sul suo carattere innovativo v. G. Mautone, «Lo svolgimento delle attività di amministrazione del personale da parte della capogruppo o dei consorzi», in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276*, cit., pp. 226-235.

⁹ Cfr. per tale opinione: R. De Luca Tamajo, «Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura», cit., pp. 28-29, che ha però anche precisato come l'attività realizzata mediante impiego di un insieme dei lavoratori, costituente da sé sola oggetto di traslazione, debba caratterizzarsi per il coordinamento organizzativo e funzionale tra i diversi componenti del gruppo, necessario per assumere un proprio autonomo ruolo nel processo produttivo dell'impresa, determinando l'assenza di tali presupposti una mera pluralità di rapporti, destinati come tali a rimanere – in sede di processi di esternalizzazione – autonomi ed assoggettabili a distinta regolamentazione.

bra avere preso le distanze da quell'indirizzo giurisprudenziale che, basandosi ancora sulla tradizionale concezione civilistica dell'azienda, ha ritenuto necessario che il suo trasferimento abbia ad oggetto beni materiali¹⁰.

E può, alla stregua della nuova disciplina, ritenersi ormai definitivamente acquisito al diritto vivente anche il principio, ribadito da molte decisioni dei giudici di legittimità, secondo il quale l'art. 2112 c.c. non prevede che il lavoratore ceduto presti il proprio consenso al trasferimento del suo rapporto di lavoro, con la conseguenziale inapplicabilità dell'art. 1406 c.c., la cui disciplina, peraltro, si presenta incompatibile con le esigenze dei processi di ristrutturazione aziendale, di riconversione industriale e di delocalizzazione delle imprese, alla cui agevolazione, per le evidenti già accennate ragioni economiche, sono finalizzati i più recenti interventi legislativi in materia¹¹.

Ed ad analoga conclusione deve pervenirsi con riferimento all'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale il trasferimento d'azienda di cui all'art. 2112 c.c. è configurabile non soltanto nei casi in cui il cambiamento di titolarità dell'azienda derivi da vincolo contrattuale diretto tra cedente e cessionario, ma anche allorquando sia riconducibile ad un atto autoritativo della pubblica amministrazione e allorquando si verifichi la cessione di elementi significativi tra due imprese, come di sovente è avvenuto ad opera di successive concessioni di appalto di servizi di trasporto pubblico (settore in cui gli elementi materiali contribuiscono in maniera rilevante all'esercizio dell'attività)¹².

Per analoghe considerazioni vedi: G. Vidiri, «Il d.lgs. 2 febbraio 2000, n. 18: il trasferimento d'azienda tra "flessibilità" e "garantismo"», in *Mass. giur. lav.*, 2003, pp. 4-5; C. Cester, «Trasferimento d'azienda e forza lavoro», in *Lav. giur.*, 2001, p. 509; R. Del Punta, «Mercato e gerarchia? Il disagio del diritto del lavoro nell'era della esternalizzazione», in *Dir. mer. lav.*, 2000, p. 60.

¹⁰ Cfr. al riguardo: Cass., 19 aprile 2003, n. 6388, in *Not. giurispr. lav.*, 2003, p. 588; Cass., 25 ottobre 2002, n. 15105, in *Foro it.*, 2003, I, c. 104, con nota di richiami e c. 458, con nota di R. Cosio; Cass., 23 ottobre 2002, n. 14961, inedita per quanto consta, e Cass., 2 agosto 2002, n. 11622, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 406. Va però rimarcato come l'indicato indirizzo giurisprudenziale, che ritiene essenziale la cessione di beni materiali per il trasferimento ex art. 2112 c.c., conservi la sua validità solo in presenza di quelle imprese nelle quali il valore delle attrezzature e dei beni materiali si presenti come preminente su tutte le restanti componenti dell'impresa stessa, con rilevanza tale ai fini produttivi da caratterizzarne la funzione (si pensi, ad esempio, alle imprese di autotrasporti). Conclusione questa che trova conforto nella recente decisione della Corte di giustizia, 20 novembre 2003, C-340/01, Abler, in *Foro it.*, 2004, IV, c. 184, in cui è stato, appunto, sottolineato come la ristorazione collettiva di un ospedale, richiedendo notevoli attrezzature, «non può essere considerata una attività che si fonda essenzialmente sulla mano d'opera»; ed in cui è stato anche ricordato che «l'importanza da attribuire rispettivamente ai singoli criteri attinenti alla sussistenza di un trasferimento ai sensi della direttiva 77/187 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 (citare sentenze Suzen, punto 18, e Sanchez Hidalgo, punto 31)».

¹¹ Cfr. *ex plurimis*: Cass., 6 agosto 2003, n. 11908, in *Not. giurispr. lav.*, 2004, p. 85 ed, in epoca ancora più recente, Cass., 12 maggio 2004, n. 9031, inedita per quanto consta.

¹² Tale indirizzo giurisprudenziale, seguito da ultimo da Cass., 24 marzo 2004, n. 5934, inedita per quanto consta, si fonda sul carattere innovativo del d.lgs. n. 18 del 2001, che ha arricchito – ricorrendo al termine «provvedimento» rimasto, poi, nel testo dell'art. 2112 c.c., pur dopo la sua riscrittura ad opera dell'art. 32 del d.lgs. n. 276 del 2003 – la tipologia delle fattispecie legali di trasferimento d'azienda.

3. La portata dell'art. 32 del d.lgs. n. 276 del 2003, oltre a fornire, come si è visto, avallo a già praticate soluzioni di rilevanti problematiche, presenta dei profili di assoluta novità, destinati a rianimare il dibattito dottrinario su un istituto da sempre oggetto di studio, ed a segnarne la sua concreta operatività in ragione della natura delle effettive ricadute sulla organizzazione delle imprese. Ed invero, la norma in esame, oltre a fornire una specifica definizione del trasferimento d'azienda – la cui area applicativa interessa unicamente i rapporti di lavoro subordinato –, determina un ampliamento dell'operatività di tale istituto in ragione dell'idoneità di qualsiasi operazione traslativa – come la cessione contrattuale, la fusione, la scissione o altro tipo negoziale – ad operare un mutamento nella titolarità di una attività economica organizzata. Come è stato puntualmente osservato, è scomparsa la connotazione finalistica dell'attività economica organizzata, che il d.lgs. n. 18 del 2001 ravvisava nel «fine della produzione o dello scambio di beni e servizi», sicché, allo stato, non potrebbero escludersi «dall'applicazione della nuova definizione del quinto comma dell'art. 2112 c.c., le fattispecie concernenti non solo le attività economiche prive di uno scopo di lucro, come si verifica ad esempio, per il settore delle *istituzioni no-profit*, ma anche le attività economiche espletate dalle cosiddette «organizzazioni di tendenza»¹³.

Altro carattere innovativo del citato art. 32 si ravvisa, poi, nella nozione del ramo d'azienda fornito dalla suddetta norma, in quanto mentre la precedente normativa dettata dal d.lgs. n. 18 del 2001 ne richiedeva l'autonomia funzionale preesistente all'atto del trasferimento, allo stato le disposizioni dell'art. 2112 c.c. trovano applicazione con riferimento «al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di una attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento».

La considerazione che una discrezionale attività di identificazione della fattispecie del ramo d'azienda da parte del cedente e dal cessionario – cioè da parte di soggetti portatori di interessi privati propri – potrebbe tradursi in un ingiusto disconoscimento dei diritti dei lavoratori, con evidenti dubbi di legittimità costituzionale della normativa in oggetto, giustifica, da un lato, la conclusione che l'art. 32 del d.lgs. debba considerarsi di natura inderogabile, e conduce, dall'altro, a concludere che l'autonomia funzionale del ramo deve caratterizzarsi in ogni caso per una sua oggettività¹⁴. In questa ottica anche un ramo «smaterializzato» e «leggero», perché costi-

In dottrina sul punto vedi: G. Della Rocca, «La nuova disciplina del trasferimento d'azienda», in *Mass. giur. lav.*, 2001, p. 590, secondo il quale costituisce una vera novità del disposto dell'art. 2112, comma 5º, c.c. l'espressa menzione, tra le possibili cause del trasferimento, di un «provvedimento», con conseguente applicazione della tutela giuslavoristica anche all'ipotesi di trasferimento d'azienda determinato da un provvedimento autoritativo.

¹³ In questi termini: R. Flammia, «Le modificazioni della disciplina del trasferimento d'azienda alla luce del d.lgs. n. 276 del 2003», in questo volume, il quale precisa altresì che la norma in esame racchiude una speciale misura di garanzia lavoristica, che non si riferisce esclusivamente allo schema organizzativo dell'impresa-azienda, ma è invece diretta all'elastica applicazione in ogni operazione traslativa di attività o parti di attività economiche, organizzate con o senza scopo di lucro e volte a conseguire soltanto un vantaggio economico o a salvaguardare unicamente l'equilibrio tra costi e ricavi.

¹⁴ Cfr. per tale opinione: C. Cester, «Il trasferimento d'azienda e di parte d'azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?», in *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, cit., p. 259 e ss.

tuito in prevalenza da rapporti di lavoro, può presentare una sua oggettività, essendosi al riguardo rimarcato come, ad esempio, anche un gruppo di lavoratori, altamente professionalizzati in servizi informatici possa considerarsi ramo d'azienda assoggettato all'art. 2112 c.c., perché il gruppo medesimo è di per sé in grado di fornire un servizio imprenditoriale autonomo, a prescindere dal fatto che le parti del negozio traslativo lo abbiano in tal senso qualificato¹⁵.

In tale nuovo assetto ordinamentale deve concludersi, pertanto, nel senso che il cedente ed il cessionario, nell'identificare l'autonomia funzionale del ramo d'azienda trasferito, svolgono una funzione (non costitutiva ma) meramente accertativa di un dato fattuale di portata oggettiva, riscontrabile in tutti quei servizi che, seppure ausiliari, accessori e strumentali rispetto ad altri, e seppure con limitata influenza sulla produzione finale realizzino però – in ragione della concreta organizzazione che li caratterizza – una ben individuata fase di detta produzione, segnandone un passaggio obbligato anche se marginale¹⁶; servizi questi suscettibili anche di inserirsi utilmente, con una propria autonomia ed una propria distinta operatività, nella organizzazione produttiva del nuovo titolare del ramo aziendale¹⁷.

In ogni caso, non può farsi a meno di osservare come la modifica, nei sensi ora indicati, del d.lgs. n. 18 del 2001 e la suscettibilità di possibili e differenziate interpretazioni del non chiaro tenore del nuovo testo normativo si traducano in un concreto pericolo di affievolimento delle tutele dei lavoratori. E tutto ciò appare difficilmente contestabile – in ragione di una eccessiva dilatazione dei margini del giudizio di identificazione devoluto al cedente ed al cessionario – se si intenda condividere l'opzione ermeneutica, pure patrocinata in dottrina, secondo cui «l'eliminazione del requisito della preesistenza consentirebbe di qualificare come ramo di 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»¹⁸.

Per l'assunto che la cancellazione del requisito della preesistenza non è una mera svista del recente legislatore e che la identificazione, a cura delle parti dell'accordo traslativo, avviene ora al momento del trasferimento sulla base di una situazione oggettiva di funzionalità autonoma, non artatamente «inventata» al momento, vedi: G. Ianniruberto, «La preesistenza al trasferimento delle strutture aziendali nei giudizi di legittimità della Corte di Cassazione», in questo volume.

¹⁵ Così ancora C. Cester, *op. cit.*, p. 261.

¹⁶ Per una simile nozione di autonomia funzionale cfr. G. Vidiri, «Il d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18», cit., p. 5-6.

¹⁷ È stato ricordato da R. Cosio, «Il trasferimento d'impresa», cit., p. 2283 e nota 20, che l'autonomia funzionale dell'articolazione di una più complessa attività economica è stata ravvisata nella capacità di tale articolazione di effettuare in modo autosufficiente «un servizio che viene realizzato in funzione delle esigenze dell'azienda, ma che può essere oggetto di valutazione economica considerato in se stesso, e quindi a prescindere dalla funzione che è chiamato ad assolvere all'interno dell'organizzazione dell'impresa».

In giurisprudenza si segnala tra le altre: Cass., 18 maggio 1995, n. 5483, in *Not. giurispr. lav.*, 1995, p. 912, che ha esteso la disciplina dell'art. 2112 c.c. anche a singole unità produttive, e cioè ad autonome articolazioni aziendali, funzionalmente idonee ad espletare in tutto o in parte, l'attività di produzione di beni o servizi dell'impresa, della quale costituiscono elementi organizzativi.

¹⁸ Per tale opinione vedi: V. Nuzzo, «L'oggetto del trasferimento: entità materiale, organizza-

4. Come è stato osservato, i limiti della preesistenza e della conservazione dell'autonomia organizzativa, oramai scomparsi, miravano a garantire i lavoratori contro trasferimenti di azienda rivolti all'alleggerimento del personale senza il ricorso alla procedura dei licenziamenti collettivi per riduzione di personale; ricorso che potrebbe comportare la riduzione del numero dei lavoratori da licenziare, anche con soluzioni alternative, come il part-time, i contratti di solidarietà, ecc.¹⁹; e si è anche sottolineato come rimanga discutibile che l'eliminazione del requisito della preesistenza dell'autonomia funzionale (e quindi anche della sua conservazione) sia conforme alle direttive 98/50/Ce e 2001/23/Ce, che fanno riferimento ad una attività economica con una propria preesistente identità²⁰. Al fine di una efficace tutela dei lavoratori si è suggerito nella materia in oggetto di sanzionare con norme di carattere generale qualsiasi forma di aggiramento della legge, proponendosi a modello di un siffatto sistema garantistico il disposto dell'art. 1344 c.c.²¹.

E' stato, però, obiettato che contro l'uso fraudolento del trasferimento d'azienda non avrebbe alcuna effettività una clausola generale come quella dell'art. 1344 c.c.²². Opinione questa da condividersi perché l'operatività di una siffatta clausola, con la conseguenziale invalidità del trasferimento, è condizionata alla non agevole ricerca di figure sintomatiche della volontà fraudolenta, con pregiudizievoli ricadute sul piano della certezza dei rapporti, ben più accentuate di quanto è oggi dato riscontrare, richiedendosi per la sanzionabilità del negozio in *fraudem legis* – oltre all'elemento oggettivo dell'aggiramento del divieto di legge – anche la prova di un elemento soggettivo di difficile riscontro²³.

Risultati di certo più rassicuranti in termini di garanzia per i lavoratori potrebbero ottenersi per altra via.

Come ho già avuto occasione di sottolineare, è ormai seguito in giurisprudenza ed in dottrina il principio che nel licenziamento collettivo per riduzione del personale il rispetto degli obblighi di informazione e consultazione sindacale e degli altri

zione o mera attività?», in *Mercato del lavoro*, cit., p. 598, per la quale però le modifiche apportate dal recente decreto legislativo non dovrebbero avere un grave impatto in chiave garantistica.

¹⁹ Cfr. in tali sensi F. Mazziotti, «Trasferimento d'azienda e tutele dei lavoratori», in *Mercato del lavoro*, cit., p. 622.

²⁰ Così ancora F. Mazziotti, *op. cit.*, p. 621.

²¹ Per l'idea di spostare la chiave garantistica su una clausola generale anti fraudolenza (sulla falsariga dell'art. 1344), capace di colpire qualsivoglia utilizzo «indiretto» dell'esternalizzazione finalizzata esclusivamente allo smagrimento dell'organico, cfr. R. De Luca Tamajo, «La disciplina del trasferimento di ramo di azienda dal codice civile al decreto legislativo», in *Mercato del lavoro*, cit., p. 577.

²² Così F. Mazziotti, «Trasferimento d'azienda e tutele dei lavoratori», cit., 622.

²³ In tali termini: G. Vidiri, «Il d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18», cit., p. 8.

In giurisprudenza per la condivisione della c.d. tesi soggettiva della frode alla legge vedi *ex plurimis*: Cass., 20 luglio 1999, n. 7740, inedita per quanto consta; Cass., 11 maggio 1987, n. 4333, inedita per quanto consta, cui *adde*, per i giudici di merito, Trib. Verona, 23 febbraio 1982, in *Giur. mer.*, 1984, p. 72, ed in dottrina: L. Carraro, «Frode alla legge», in *Noviss. dig. it.*, vol. VII, Torino, 1968, p. 647 e ss.

Per la tesi c.d. oggettiva vedi però: F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2000, p. 803, secondo cui deve essere sanzionato da 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.

adempimenti prescritti dall'art. 4 della legge 23 luglio 1991, n. 223, valga a garantirne la legittimità, con una drastica riduzione degli spazi di controllo giudiziario sulle scelte imprenditoriali, la cui trasparenza e correttezza vengono ora verificate dalle organizzazioni sindacali attraverso i poteri di informazione e consultazione e secondo metodiche di sempre più estesa applicazione, con l'effetto che rimane sindacabile da parte del giudice unicamente la correttezza procedurale e cioè il rispetto delle regole formali dell'operazione²⁴.

In questa ottica, la considerazione che il giudice, per la sua formazione culturale è carente di una specifica attitudine a compiti di gestione, di controllo e di valutazione delle scelte imprenditoriali e l'esigenza, sempre più avvertita, che l'opera del sindacato non sia quella dell'agitatore di piazza, per doversi fare carico – per le sue stesse dimensioni e per la vastità degli interessi sociali rappresentati – delle compatibilità economiche, inducono ad auspicare, per tutti i processi di delocalizzazione delle imprese, un maggiore e più incisivo coinvolgimento nella gestione di detti processi delle organizzazioni sindacali attraverso un rafforzamento dei loro diritti di informativa e di consultazione.

Tutto ciò induce nel caso specifico ad auspicare una riscrittura della norma sulle procedure di coinvolgimento del sindacato dettata dall'art. 47 della legge n. 428 del 1990, che finisca per fungere da contraltare alle minori garanzie del lavoratore scaturenti dalla nuova disciplina del trasferimento d'azienda, e che porti – in analogia con quanto accade per il combinato disposto dei commi 9 e 12 dell'art. 4 della legge n. 223 del 1991 in tema di riduzione del personale – all'inefficacia del trasferimento per mancato rispetto di detta procedura. In un siffatto mutato assetto normativo – che tra l'altro ampliherebbe gli spazi di praticabilità dell'azione *ex art. 28 stat. lav.*, stante la sempre possibile elusione dei più incisivi poteri riconosciuti al sindacato – il disposto dell'art. 1344 c.c. verrebbe relegato al ruolo di norma di chiusura, come tale applicabile solo allorché – pure nel formale rispetto del prescritto iter procedurale – il trasferimento del ramo aziendale risultasse funzionalizzato alla sostituzione o all'espulsione della forza lavoro o, più in generale, all'attuazione di discriminazioni tra lavoratori, con l'ulteriore effetto di pervenire anche nella materia in esame ad un benefico restringimento degli spazi di operatività della «giurisdizionalizzazione dell'economia», che, come si è già avuto occasione di osservare, ha costituito ragione non ultima della buona riuscita della legge n. 223 del 1991 e della sostanziale tenuta del licenziamento per riduzione del personale²⁵.

²⁴ In questi sensi cfr.: G. Vidiri, «Il d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18», cit., p. 8 e nota 35.

²⁵ Così ancora: G. Vidiri, *op. cit.*, p. 8 e note 36 e 37.