

LA DISCIPLINA DELLA VENDITA
NEL CODICE CIVILE

LA VENDITA DELL'AZIENDA

ART. 2112 - MANTENIMENTO
DEI DIRITTI DEI LAVORATORI IN CASO
DI TRASFERIMENTO D'AZIENDA

di GAETANO ZILIO GRANDI



giuffrè editore - 2012

Estratto dal volume:

CODICE DELLA VENDITA

a cura di

VINCENZO BUONOCORE
ANGELO LUMINOSO
CATERINA MIRAGLIA

III Edizione

2112 **Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda.** — *In caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano. Il cedente ed il cessionario sono obbligati, in solido, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento. Con le procedure di cui agli articoli 410 e 411 del c.p.c. il*

lavoratore può consentire la liberazione del cedente dalle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro.

Il cessionario è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario. L'effetto di sostituzione si produce esclusivamente fra contratti collettivi del medesimo livello.

Ferma restando la facoltà di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti, il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento. Il lavoratore, le cui condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, può rassegnare le proprie dimissioni con gli effetti di cui all'articolo 2119, primo comma.

Ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato ivi compresi l'usufrutto o l'affitto d'azienda. Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente o dal cessionario al momento del suo trasferimento.

Nel caso in cui l'alienante stipuli con l'acquirente un contratto di appalto la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione, tra appaltante e appaltatore opera un regime di solidarietà di cui all'articolo 29, comma 2, del d.lg. 10 settembre 2003, n. 276.

⁽¹⁾ Modifiche introdotte dal d.lg. n. 276/2003.

di GAETANO ZILIO GRANDI

BIBLIOGRAFIA

- ① BELLOMO, *Puntualizzazioni giurisprudenziali sulla nozione di trasferimento d'azienda e l'efficacia delle direttive comunitarie*, RGL, 1995, II, 706; ② CAMPANELLA, *Successione nella concessione di servizio pubblico e conservazione del trattamento economico del personale*, R IT DL, 1998, II, 784; ③ CARABELLI, *Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda: la dimensione individuale*, R IT DL, 1991, I, 41; ④ CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 1992; ⑤ CINELLI, *Trasferimenti d'azienda, trasformazioni d'impresa e previdenza integrativa*, R IT DL, 1991, I, 272; ⑥ CIUCCIOVINO, *La nozione di «azienda trasferita» alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza interna e della disciplina comunitaria*, ADL, 1998, 3, 893; ⑦ COSIO, *Discipline del trasferimento d'azienda*, Milano, 1993; ⑧ DE LUCA M., *Salvaguardia dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda: «funzione» del diritto comunitario e della giurisprudenza della Corte di Giustizia nella interpretazione ed applicazione della nuova disciplina nazionale (prime considerazioni sull'art. 47 della «legge comunitaria» per il 1990)*, FI, 1991, IV, 287; ⑨ FLAMMIA, *Trasferimento di aziende e rapporti di lavoro, le trasformazioni aziendali in vista del mercato europeo: legge e contratto collettivo*, suppl. a NGL, Roma, 1992, 23; ⑩ FOGLIA, *Trasferimenti d'azienda ed effetti sui rapporti di lavoro*, MGL, 1991, 330; ⑪ GRANDI M., *Le modificazioni del rapporto di lavoro. Le modificazioni soggettive*, Milano, 1972; ⑫ LAMBERTUCCI, *Sulla nozione del trasferimento d'azienda nel diritto comunitario*, R IT DL, 1995, II, 608 ss.; ⑬ LAMBERTUCCI, *La disciplina del trasferimento dell'azienda in crisi al vaglio della Corte di Giustizia*, R IT DL, 1996, II, 268; ⑭ LIEBMAN S., *Trasferimento d'azienda e responsabilità dell'acquirente nel passaggio dalla vecchia alla nuova normativa*, R IT DL, 1993, II, 840; ⑮ LIEBMAN, *Ambito di efficacia soggettiva del «contratto collettivo di ingresso» e condotta antisindacale*, OGL, 1996, 544; ⑯ LIEBMAN, *Trasferimento d'azienda e responsabilità dell'acquirente*, DRI, 1998, 381; ⑰ MAGNO, *Le vicende modificative nel rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 1980; ⑱ PANDOLFO, *Il trattamento di fine rapporto: i primi interventi dei giudici*, RGL, 1983, 240; ⑲ PASQUALETTO, *Le modifi-*

cazioni soggettive. *Il trasferimento d'azienda*, in ⑩ CARINCI F., *Diritto del lavoro*, a cura di CESTER, II, Torino, 1998, 1059; ⑪ PELAGGI, *Le procedure sindacali per il trasferimento d'azienda, a cinque anni dall'entrata in vigore dell'art. 47 l. 29 dic. 1990*, n. 428, MGL, 1995, 783; ⑫ PERSIANI, *Trasformazione di imprese e regimi previdenziali, le trasformazioni aziendali in vista del mercato europeo*, suppl. a NGL, Roma, 1992, 71; ⑬ PERULLI A., *Il sistema dei rinvii all'autonomia collettiva: mercato del lavoro e trasferimento d'azienda*, GDL RI, 1992, 548; ⑭ PETRASSI, *Trasferimento di ramo d'azienda e trasferimento parziale dei dipendenti ad esso addetti*, ADL, 1998; ⑮ PIZZOFERRATO, *La nozione «giuslavoristica» di trasferimento d'azienda fra diritto comunitario e diritto interno*, R IT DL, 1998, I, 429; ⑯ ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, COM. S., Milano, 1993; ⑰ ROMEI, *Cessione di ramo d'azienda e appalti*, Relazione alle giornate di studio Aidlass su «Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa», Trento 4-5 giu. 1999; ⑱ ROMEI, *La responsabilità solidale per i crediti di lavoro in caso di trasferimento d'azienda al vaglio della giurisprudenza*, R IT DL, 1998, 765 ss.; ⑲ SANTORO-PASSARELLI, *Dall'indennità di anzianità al trattamento di fine rapporto*, Milano, 1984; ⑳ SANTORO-PASSARELLI, *Il trasferimento d'azienda rivisitato*, MGL, 1991; ㉑ SANTORO-PASSARELLI, *Ancora sul trasferimento d'azienda*, DL, 1994, I, 145; ㉒ SANTORO-PASSARELLI, *Il rapporto di lavoro*, I, Padova, 1982; ㉓ SUPPIEJ, *Il rapporto di lavoro*, Agg., Padova, 1993; ㉔ TINTI, *La nozione di trasferimento d'azienda e il nuovo art. 2112 c.c.*, NLC, 1992, 647; ㉕ TOSI, *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, GDL RI, 1991, 780; ㉖ ZILIO GRANDI, *La nozione di trasferimento d'azienda nella giurisprudenza e nel «nuovo» art. 2112 c.c.*, GI, 1992, 1152; ㉗ ZILIO GRANDI, *Contratto collettivo aziendale, usi aziendali e requisiti di forma*, LG, 1995, 1000 ss.; ㉘ BAVARO, *Sul trasferimento dell'articolazione funzionalmente autonoma*; ㉙ CESTER, *Le nuove disposizioni in materia di trasferimento di azienda. Relazione al Convegno Paradigma*, Milano, 1-3 dicembre 2003; ㉚ COSIO, *La cessione del ramo d'azienda: dal caso Ansaldo alla l. 30 del 2003*, Relazione tenuta a Catania il 5 aprile 2003; ㉛ DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Napoli, 2002; ㉜ FOGLIA, *Relazione al Convegno Paradigma*, Milano, 1-3 dicembre 2003; ㉝ LAMBERTUCCI, *Modifica all'art. 2112, co. 5°, del c.c.*, a cura di GRAGNOLI, PERULLI, *Commentario al d.lg. n. 276/2003*, Padova, 2004; ㉞ PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazioni*, ADL, 473 ss.; ㉟ ROMEI, *Cessione di ramo d'azienda e appalti*, Relazione alle Giornate di studio Aidlass di Trento, GDL RI, 1999, 334 ss.; ㊱ ZILIO GRANDI, *Trasferimento d'azienda e fenomeni di outsourcing nella recente normativa lavoristica*, in BORTONE, GOTTARDI (a cura di), *Lavori e precarietà. Il rovescio del lavoro*, Roma, 2004; ㊲ GALANTINO, *I diritti di informazione e consultazione nel trasferimento di azienda e di ramo di azienda*, Relazione svolta nel corso del Convegno sul tema «Società europea, diritti di informazione e partecipazione dei lavoratori», DL, 2005, 213; ㊳ CESTER, *La fattispecie: la nozione di azienda, di ramo d'azienda e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie*, QDRI, 2005, 27; ㊴ MARESCA, *Trasferimento di ramo d'azienda ed esternalizzazioni*, LG, 2006, 219; ㊵ SANTORO PASSARELLI, *Opinioni sul trasferimento di azienda*, GDL RI, 2006, 688; ㊶ SPEZIALE, *Opinioni sul trasferimento di azienda*, GDL RI, 2006, fasc. 112, 697-742; ㊷ ALLAMPRESE, *Il contratto collettivo nel trasferimento d'azienda*, ADL, 2007, 813; ㊸ CESTER, *Due recenti pronunzie della Corte di Giustizia europea in tema di trasferimento d'azienda. Sulla nozione di ramo d'azienda ai fini dell'applicazione della direttiva e sull'inadempimento alla stessa da parte dello Stato Italiano nelle ipotesi di deroga per crisi aziendale*, R IT DL, 2010, 232-253; ㊹ LAMBERTUCCI, *Trasferimento d'azienda e problemi occupazionali*, DRI, 2010, 387; ㊺ CIUCCIOVINO, *Trasferimento d'azienda e avvicendamento delle fonti collettive*, LG, 2010, 37; ㊻ CORAZZA, *Trasferimento parziale d'impresa e autonomia organizzativa nel prisma della giurisprudenza europea*, LG, 2010, 15; ㊼ LEPORE, *Le delocalizzazioni aziendali tra ragioni dell'economia e tutela dei lavoratori*, LG, 2010, 42; ㊽ SERRANO, *Il trasferimento dell'azienda in crisi tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: ultimo atto?*, RGL, 2010, 325.

SOMMARIO

1. Il dato normativo sotto l'influsso comunitario: **1.1.** Dottrina e giurisprudenza, nazionale e comunitaria, quali interpreti « necessari ». Il carattere della norma di cui all'art. 2112 c.c. — **2.** I grandi filoni interpretativi: **2.1.** La nozione di trasferimento d'azienda; **2.2.** Nella giurisprudenza comunitaria...: **2.2.1.** (Segue). ... ed in quella italiana; **2.2.2.** Su alcune particolari fattispecie. — **3.** La nozione di ramo d'azienda: i requisiti essenziali: **3.1.** L'autonomia (ovvero identità) funzionale e la sua preesistenza al trasferimento; **3.2.** Alcune considerazioni; **3.3.** Trasferimento d'azienda *vs.* appalto: *outsourcing vs. insourcing*. I possibili rapporti tra trasferimenti e nuovi appalti di manodopera. — **4.** La disciplina applicabile ai dipendenti ceduti: **4.1.** La conservazione dei diritti e il problema dei fondi previdenziali e degli usi aziendali; **4.2.** Il trasferimento dell'azienda in crisi e nell'ambito di procedure concorsuali; **4.3.** La que-

stione della responsabilità solidale; **4.4.** La responsabilità solidale come strumento sanzionatorio esclusivo: il rapporto con l'art. 1676 c.c.; **4.5.** Il contratto collettivo applicabile; **4.6.** Trasferimento d'azienda e licenziamenti individuali. — **5.** Gli obblighi procedurali e di informazione e consultazione sindacale: **5.1.** Sulla applicabilità dell'art. 28 St. lav., in particolare circa la « rimozione degli effetti ».

1. Il dato normativo sotto l'influsso comunitario. Se vi è una materia attinente al rapporto di lavoro che ha subito in modo significativo gli influssi del **diritto comunitario**, nella duplice forma delle direttive e delle decisioni della Corte di Giustizia, questa è senz'altro la materia del **trasferimento d'azienda**. Ciò ha comportato una serie di conseguenze. Da un lato si è avuta una profonda **modifica della norma** di riferimento del nostro ordinamento, l'art. 2112 c.c. appunto, qui in commento; dall'altro gli interpreti e soprattutto imprese, lavoratori e sindacati, hanno dovuto **adeguare** i propri **comportamenti** alle nuove regole. E l'adeguamento « reale » dei protagonisti delle relazioni sindacali e del lavoro costituisce un tassello fondamentale ed estremamente problematico della riforma dell'istituto introdotta nel 1990 (PELAGGI, ²⁰). Sotto il primo profilo, infine, occorre subito considerare i **dati normativi**, ovvero, oltre al citato articolo del nostro codice civile, le **due direttive della Unione europea**: la prima, n. 187 del 1977, tesa a « proteggere i lavoratori in caso di cambiamento di imprenditore, in particolare per assicurare il mantenimento dei loro diritti » (PIZZOFERRATO, ²¹); la seconda, n. 50 del 1998, opportunamente orientata a puntualizzare alcune discrasie presenti nella prima e ad adeguare le disposizioni pregresse anche agli orientamenti della giurisprudenza comunitaria. Entrambe le direttive, peraltro, hanno svolto la funzione di « socializzare » le procedure di trasferimento di imprese ed aziende, nel senso di coinvolgere soggetti esterni ai singoli rapporti di lavoro interessati dal trasferimento medesimo (istituzioni, organizzazioni sindacali, istituti previdenziali), con il precipuo fine di garantire maggiormente le posizioni soggettive dei lavoratori subordinati ed altresì tenendo nel debito conto quelle frequenti situazioni nelle quali si incontrano e scontrano le ragioni dell'impresa e quelle, di regola maggiormente considerate, dei lavoratori alle dipendenze della stessa (v. *infra*, 3.2.).

1.1. Dottrina e giurisprudenza, nazionale e comunitaria, quali interpreti « necessari ». Il carattere della norma di cui all'art. 2112 c.c. È dunque ovvio e conseguente a quanto appena accennato che l'attenzione debba concentrarsi sulle **elaborazioni dottrinali**; ma ancor più su quelle **giurisprudenziali**, ivi ricomprendendo quelle interne e quelle comunitarie.

Ciò non può tuttavia essere fatto senza prima aver chiarito i **rapporti** tra la norma in commento e quella, generale, di cui all'art. 2558 c.c. In linea generale la dottrina ha di regola **escluso** che tra le norme in oggetto potesse configurarsi un rapporto di *species* a *genus*, salvo interpretazioni in qualche misura forzate. È la stessa *ratio* ad essere significativamente **diversa** ed anzi quasi opposta (ZILIO GRANDI, ²²; *amplius* SUPPIEJ, ²³; già GRANDI, ²⁴, 258; MAGNO, ²⁵, 62): l'art. 2558 mira infatti alla **salvaguardia dell'azienda** ceduta a tutela di entrambe le parti, ovvero in chiave evidentemente **commercialistica**; laddove l'art. 2112, invece, tutela gli **interessi del prestatore di lavoro** alla conservazione del posto di lavoro e dei diritti fino a quel momento acquisiti. E ancora, l'art. 2558 appare norma **dispositiva** di origine remota,

che ha tratto ispirazione dai traffici commerciali ed opera in assenza di una diversa volontà delle parti; l'art. 2112 risulta il prodotto di fenomeni sociali e quindi giuridici più recenti e assume natura di norma **imperativa**, con **effetti necessari** in termini di subingresso dell'acquirente nei rapporti (giuridici) di lavoro.

2. I grandi filoni interpretativi. Ciò brevemente premesso, è il caso di ricordare come l'**attività ermeneutica** — come abbiamo detto essenziale nell'approccio alla norma in commento, ancor più del mero dato testuale, seppure più volte modificato — risulti scomponibile in **più filoni**. E tali filoni, come subito si vedrà, hanno di per sé stessi posto e cercato di risolvere **innumerevoli problemi**, non sempre dati dalla sola lettera della legge, ma, ancor più spesso, da divergenti letture di quest'ultima e delle normative comunitarie.

2.1. La nozione di trasferimento d'azienda. Rientra in questo ambito la questione della **nozione** stessa di trasferimento d'azienda. E in effetti, l'art. 2112 c.c. nulla chiarisce in proposito, salvo menzionare esplicitamente i casi dell'**usufrutto** e dell'**affitto** dell'azienda. A sua volta la prima direttiva comunitaria, nel 1977, e quindi nella sua prima interpretazione fattane dalla Corte di giustizia, solo nel 1985 (CGCE 7 febbraio 1985, causa n. 135/83, *Abels*, RCGCE, 1985, 479 e, con la stessa data, cause nn. 179/83, *Industriebond*, *ibid.*, 511 e n. 186/83, *Arie Botzen*, *ibid.*, 519), proprio sotto il profilo della nozione incontra i maggiori ostacoli applicativi ed interpretativi. Anche perché non appare possibile, né congruo, che gli organismi comunitari configurino precisamente una nozione che trae in ciascuno ordinamento le proprie **origini sociali ed economiche**. Così che la stessa **direttiva** non poteva far più che parlare di « *trasferimenti di imprese, stabilimenti o parti di stabilimenti ad un nuovo imprenditore in seguito a cessione contrattuale o a fusione* ».

2.2. Nella giurisprudenza comunitaria... Tale nozione, tuttavia, era destinata ad essere discussa, *in primis* in ambito comunitario in seno alla **Corte di Giustizia**. La quale ultima, opportunamente, da un lato si orienta verso una maggiore **puntualizzazione** della nozione, sebbene solo in ambito interpretativo ma comunque estremamente rilevante, vista la autorevole sede. Dall'altro cerca di **ampliare** tale nozione, ravvisando ed individuando **alcuni elementi** che diverranno, nel corso degli anni e quindi nella seconda direttiva del 1998, veri e propri **punti fermi**. Il primo passo in tal senso è compiuto dalla sent. *Spijkers* del 1986 (CGCE 18 marzo 1986, causa n. 24/85, *Spijkers*, RCGCE, 1986, 1119), nella quale si affermano i punti cardine della successiva elaborazione: l'essenzialità del fatto che oggetto del trasferimento sia una « **entità** » che conservi con esso la **propria identità**; « un'entità **ancora esistente**, il che risulta in particolare dal fatto che la sua gestione sia stata effettivamente proseguita o ripresa dal nuovo titolare, con le stesse attività economiche o attività analoghe ». Mentre **indici sintomatici** sono individuati nel tipo di impresa, nel trasferimento di elementi materiali o immateriali o della clientela, nella riasunzione in misura massiccia del personale, nell'analogia tra le attività esercitate dal cedente e dal cessionario. Tutti indici, peraltro, solo « **rilevatori** », ampiamente **valutabili dal giudice** nazionale.

A tali, lati, principi si adegua, si è detto, la giurisprudenza comunitaria successiva, sulla quale non è tuttavia il caso di insistere, dato il maggiore interesse rivestito da-

gli interventi dei giudici del nostro paese, senza per questo mancare di alcuni essenziali riferimenti (CESTER, ②, 232-253; CORAZZA, ⑤, 15; SERRANO, ⑦, 325; CESTER, ④; *D'Urso*, RCGCE, 1991, I-4139; *Spano*, RCGCE, 1995, I-4321; *Redmond Stichting*, RCGCE, 1992, I-3189; *Schmidt*, RCGCE, 1994, I-1311; e più di recente *Suzen*, RCGCE, 1997, I-1259; *Rygaard*, RCGCE, 1995, I-2745; *Merckx e Neuhuyys*, RCGCE, I-1253, con nota di INGLESE, MGL, 1996, 367).

2.2.1. (*Segue*). ... ed in quella italiana. Rispetto al modello europeo, come precisato dalla giurisprudenza più ed oltre rispetto alle mere norme della direttiva del 1977, l'**ordinamento italiano** si trova dapprima in difficoltà, posto che alcuni « valori », affermati dalla direttiva, quali quello innanzitutto della procedimentalizzazione e sindacalizzazione delle procedure traslative dell'impresa, non trovano spazio nella normativa vigente sino al 1990; e quindi, a seguito dell'approvazione, nella c.d. legge comunitaria per il 1990, **dell'art. 47** cit., da un lato risolve molti dei precedenti problemi, dall'altro pone le condizioni per ulteriori **successive integrazioni** alla disciplina, in via legislativa (comunitaria) e in via interpretativa (nazionale).

Prima del 1990 la **giurisprudenza italiana** tende sostanzialmente a convalidare l'opinione per la quale la fattispecie ricorre quando viene a realizzarsi una **sostituzione nella titolarità dell'impresa**, indipendentemente dal mezzo tecnico-giuridico utilizzato; di modo da ritenere incluse le ipotesi di mutamento dell'imprenditore e non dell'impresa ovvero di subingresso di un imprenditore ad un altro, con conseguente **continuità oggettiva** dell'esercizio d'impresa (CC 17 apr. 1990/3167, NGL, 1990, 742; e già CC 13 nov. 1986/6675, circa la necessità di cedere il complesso dei beni aziendali e non solo alcuni di essi); nonché le ipotesi di cessione di **singole attività produttive funzionali**, o di un **singolo ramo d'azienda** (CC 19 nov. 1986/6828; ulteriori riferimenti in ZILIO GRANDI, ⑤, 1154, nt. 13 ss.), e di casi nei quali emerge una **apprezzabile autonomia produttiva** dell'entità ceduta rispetto al complesso aziendale (T Bologna 21 novembre 1990, R IT DL, 1990, II, 864; P Lodi 12 marzo 1987, *ivi*, 1988, II, 736). Tutte ipotesi nelle quali sembra trovare conferma l'**orientamento estensivo**, sopra ricordato, di sempre maggiore tutela dei lavoratori, che permea l'art. 2112 c.c.

Il quadro evidentemente cambia, parzialmente, successivamente all'approvazione della **l. n. 428/1990** e del suo art. 47, qui rilevante. Le modifiche introdotte dal citato art. 47 hanno in prevalenza riguardato le **procedure** più che la **fattispecie**, lasciando di nuovo agli interpreti l'incombenza, ora più semplice che in passato, di sbrogliare la complicata matassa. Rinviando oltre per la trattazione delle singole fattispecie oggetto di frequenti decisioni giurisprudenziali, si può preliminarmente affermare che la **giurisprudenza successiva** al 1990, traendo spunto e abbondante materiale da quella precedente, ha in buona misura proseguito nell'opera di **allargamento della fattispecie** (della **nozione**, cioè), sì da ritenere che il trasferimento d'azienda ricorre ogni qual volta « ferma restando l'organizzazione del complesso di beni destinati all'esercizio dell'impresa, vi sia stata la **sostituzione del titolare dell'azienda**, qualunque sia il **mezzo tecnico-giuridico utilizzato** » (CC 24 feb. 1992/2285, R IT DL, 1993, II, 202; CC 5 apr. 1995/3974, RGL, 1995, 700; CC 29 apr. 1994/4140, NGL, 1994, 599; CC 5 mag. 1995/4873, MGL, 1995, 731).

Per altro verso non sembrano in proposito rilevare né la sussistenza di un **rapporto contrattuale diretto** fra cedente e cessionario, bastando l'intervento di un terzo soggetto intermediario, né la **qualificazione « formale »** che le parti danno al negozio (P Milano 9 marzo 1994, 138), potendosi trattare di negozi traslativi volontari o meno (ROMEI 1992). Risulta inoltre necessario che i giudici valutino le diverse ipotesi sulla base del **concetto di azienda** quale delineato dall'art. 2555 c.c. e dunque sulla base della sussistenza del **passaggio dei beni aziendali**, materiali o immateriali, attraverso i quali si esercita **l'attività d'impresa** (su questi aspetti v. CC 18 mar. 1996/2254, R IT DL, 1997, II, 395; CC 20 nov. 1997/11575, MGL, 1998, 13: casi in cui emerge la necessità di qualcosa di più del mero subingresso in qualità di appaltatrice di servizi svolti in precedenza da un diverso imprenditore; v. CC 8 feb. 1993/1518, R IT DL, 1993, II, 834, unico caso, a quanto consta, nel quale il **subingresso in appalto** di servizi di pulizia è stato ricondotto all'art. 2112 c.c.).

2.2.2. **Su alcune particolari fattispecie.** Il « dialogo » tra giurisprudenza comunitaria e nazionale non è stato sempre « univoco », specie per quel che riguarda l'approccio a quei casi nei quali viene considerato e valutato il « **passaggio degli elementi patrimoniali** », ritenuto solo sintomatico dai giudici comunitari, e considerato invece quale **elemento pregnante** nella prospettiva seguita dalla **giurisprudenza nazionale**, a prescindere da altri, pur rilevanti, elementi (riassunzione di personale o continuità delle prestazioni svolte, sebbene in relazione al primo elemento — riassunzione di personale — la più recente giurisprudenza di merito si sia orientata a considerare sussistente un trasferimento di ramo d'azienda: v. subito *infra*). Non si può infine tacere che la **nuova direttiva** n. 50/1998, lungi dall'approfondire (e risolvere definitivamente) la specifica questione, si limita a porre l'accento sul **concetto di entità economica**, non rilevando, pertanto, il carattere simile o analogo delle attività di cedente e cessionario e la prosecuzione di tale attività da parte del cessionario, o addirittura prescindendosi dall'inizio stesso dell'attività produttiva da parte di quest'ultimo (CC 26 lug. 1986/4809; CC 8 nov. 1983/6608). Un profilo particolare e estremamente interessante, è quello della **cessione di una parte**, ovvero **di un ramo**, dell'azienda. L'art. 2112 c.c. dispone, letteralmente, solo in materia di azienda, intesa dunque nel suo complesso: ci si è posti il problema, specie in chiave pratica, della possibile riconduzione alla disposizione codicistica dei trasferimenti riguardanti **singoli settori** dell'azienda considerata. Non sempre, invero, l'operazione « commerciale » viene a coincidere con l'intera « entità » aziendale, così come sopra individuata.

Ciò che si richiede, tuttavia, perché anche queste ipotesi possano essere pacificamente ricondotte alle previsioni di cui all'art. 2112 c.c., è che codesto « ramo » sia costituito da una **cellula dotata di propria autonomia**, ovvero « *suscettibile di costituire un idoneo e compiuto strumento di impresa* » (CC 17 mar. 1993/3148, R IT DL, 1994, II, 413; T Torino 27 aprile 1992, GP, 1993, 251; ma v. anche CC 24 gen. 1991/671, DPL, 1991, 21, 1356 e T Milano 15 dicembre 1993, DPL, 1994, 6, 624; e in dottrina GRANDI, ⑩, 292-293). Parte minoritaria della giurisprudenza, tuttavia, incentra le proprie argomentazioni strettamente sulla lettera della norma ovvero sui possibili risultati meno garantisti dell'interpretazione contraria, concludendo per la tesi della **non riconducibilità** del trasferimento di un ramo d'azienda nell'alveo dell'art.

2112 c.c. (v. rispettivamente CC 19 feb. 1992/1799, OGL, 1987, 245; CC 17 mar. 1992/2887, DPL, 1992, 20, 1386; P Milano 14 luglio 1994, OGL, 1994, 547; e, tra le altre, CC 19 feb. 1987/1799).

Più concretamente, si è ritenuto sufficiente il trasferimento (di un ramo) non « completo, quando per l'effettivo esercizio previsto dalle parti sia necessario l'apporto di altri beni ... **purché vengano trasferiti i beni aziendali essenziali a porre l'acquirente in grado di esercitare un'impresa corrispondente a quella già esercitata dall'alienante** » (P Nola 1° ottobre 1994, OGL, 1994, 803), salvo che manchi del tutto il trasferimento di un complesso di beni organizzato dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa e si tratti, all'opposto, di singoli beni (CC 18 mag. 1995/5483; CC 10 mar. 1992/2887; P Milano 30 marzo 1994, LG, 1994, II, 852); così come non appare circostanza ostativa il fatto che i beni già organizzati da un imprenditore per l'esercizio di un'attività commerciale non restino **autonomi e separati** in capo all'impresa cessionaria ma siano « *integrati e riorganizzati nella più ampia struttura aziendale di quest'ultima* » (CC 8 gen. 1991/67, GI, 1992, I, 1, 1152).

A questo **prevalente orientamento giurisprudenziale** fa da positivo *pendant* la stessa **direttiva n. 50/1998**, laddove si sottolinea che « *l'entità economica ceduta può essere essenziale o accessoria* », sulla base di quanto già affermato dalla Corte di Giustizia. In altre parole trova conferma il fatto che il **ramo d'azienda**, considerato ai fini dell'art. 2112 c.c., sia non già dotato di una propria autonomia presso l'impresa cedente, quanto anche solo **sufficientemente potenziale e idoneo a divenire strumento d'impresa** nelle mani del cessionario. È sufficiente dunque che « *le risorse umane e materiali appartenenti al ramo ceduto siano idonee, nel loro complesso, a continuare la propria attività, anche se tale attività non era compiutamente delimitata e indipendente presso il cedente* » (P Milano 16 settembre 1998, ADL, 1998, 995; ma v. anche P Genova 12 maggio 1998, ADL, 1998, 987 e 27 giu. 1998, *ibid.*, 982; *contra* P Genova 22 ottobre 1998, ADL, 1998, 1006; *amplius*, sui fenomeni di **esternalizzazione** ed il loro possibile legame con la fattispecie in esame, ROMEL, [®] e anche CGCE, causa *Suzen*, cit.).

Altro rilevante filone è quello della riconduzione nell'ambito del trasferimento d'azienda disciplinato dall'art. 2112 c.c. di **fenomeni societari** piuttosto complessi quali **fusione, scissione** nonché **cessione di pacchetti azionari di maggioranza**, che pure potrebbe in astratto comportare un sostanziale mutamento dell'assetto proprietario dell'azienda.

Quanto alla **fusione** e alla **scissione**, essi hanno trovato compiuta e innovativa disciplina nel d.lg. 16 gen. 1991/22, di adeguamento alle intervenute **disposizioni comunitarie**, nella specie la (terza) direttiva n. 855 del 9 ott. 1978 e la (sesta) direttiva n. 891 del 7 dicembre 1982, rispettivamente in tema di fusioni e scissioni societarie. Premesso che la fusione pare potersi atteggiarsi in due guise, in senso stretto attraverso la **costituzione di una nuova società**, ovvero per incorporazione, mediante appunto **incorporazione di una o più società esistenti**, la **giurisprudenza nazionale** ha ricondotto le ipotesi alla norma in commento (CC 11 gen. 1997/208, *ivi*, 1997, 394; CC 8 lug. 1992/8315, NGL, 1992, 880; CC 5 feb. 1991/1098, *ivi*, 1991, 265 e P Brindisi 5 ottobre 1996, *ivi*, 1996, 670; *contra* CC 8 gen. 1993/6612, FI, 1985, I, 106, sulla base della ritenuta successione a titolo universale).

Mentre la **dottrina** prevalente, ma piuttosto datata (GRANDI, ⑩, 344 ss.; MAGNO, ⑩, 100 ss.), è risultata di avviso contrario, non potendo tenere conto che il panorama normativo, specie comunitario (v. infatti Dir. n. 1977/855 che rinvia proprio a quella 1977/187), risulta oggi modificato in senso maggiormente **inclusivo** di queste ipotesi peculiari.

Anche nel caso della **scissione**, per altro verso, potrebbe parlarsi di almeno **due sottotipi: totale**, attraverso la cessione dell'intero patrimonio della società scindente; **parziale**, con trasferimento di una sola parte del suddetto patrimonio. E anche in questo caso le conclusioni della **giurisprudenza** appaiono divergenti, e favorevoli **all'applicazione dell'art. 2112 c.c.** (P Napoli Barra 10 dicembre 1985, R IT DL, 1986, II, 792; CC 23 mar. 1991/3115, MGL, 1991, 241), rispetto a quelle della **dottrina** (ROMEI, ⑤, 65 ss.; *contra*, e favorevole all'applicazione del 2112 c.c., SANTORO-PASSARELLI, ⑨, 466), a sua volta divisa.

Anche qui peraltro il **dato comunitario**, attraverso un rinvio esplicito alla direttiva 1977/187 da parte della direttiva n. 1978/891, sembra confermare l'impressione dei giudici e della parte più significativa della dottrina.

Infine, il caso della **cessione di pacchetto azionario** è stato affrontato e più facilmente ed univocamente risolto da dottrina e giurisprudenza nel senso della **non applicabilità** della disciplina codicistica, sul presupposto che tali vicende non determinerebbero una **sostituzione del titolare** dell'intera struttura aziendale, facente in effetti ancora capo alla **persona giuridica societaria**.

La giurisprudenza italiana è solita far rientrare nella definizione di cui all'art. 2112 c.c. l'ulteriore ipotesi di **subingresso nella gestione di agenzia di assicurazioni**, purché la gestione prosegua « *senza interruzione e con l'impiego del medesimo personale operante nell'azienda prima del trasferimento* » (CC 5 apr. 1995/3974, MGL, 1996, 68; *contra*, isolata e risalente, T Grosseto 12 gennaio 1983, GC, 1983, I, 1327). Ciò che conta è la sussistenza di un **rapporto se non diretto quantomeno indiretto e mediato fra agente uscente e agente subentrante**, assicurato dalla presenza del c.d. **avviamento** (CC 5 apr. 1995/3974, cit.; v. anche CC 7 ott. 1997/9728, cit., ove è il caso di un subingresso in presenza di **un solo dipendente**, cui si ritiene comunque applicabile l'art. 2112 c.c.). Riecheggia qui una nozione utilizzata dalla stessa Corte di Giustizia per la quale occorre che la « *entità economica trasferita conservi la propria identità, ossia ne rimanga immutata l'organizzazione aziendale, l'attività economica svolta, l'organico in servizio* ».

L'applicabilità delle regole contenute nell'art. 2112 c.c. postula inoltre la **qualifica imprenditoriale** dei soggetti coinvolti (CC 17 giu. 1997/5426, R IT DL, 1998, II), secondo quanto previsto in particolare dall'art. 2082 dello stesso codice civile. In questo senso, tuttavia, giurisprudenza italiana e comunitaria si differenziano: la prima adotta una **nozione restrittiva di imprenditore**, con conseguente limitato ambito di operatività della disciplina lavoristica del trasferimento d'azienda (CC 17 giu. 1997/5426, cit.; e già CC 18 gen. 1978/236, OGL, 1978, I); la seconda abbraccia una **nozione flessibile e dinamica** di impresa, estranea a rigide costruzioni dogmatiche e piuttosto orientata a soluzioni pragmatiche e coerenti con il substrato di riferimento, anche in virtù dell'obiettivo di « **diritto sociale** » riconosciuto alla **direttiva 1977/187** (CGCE 19 maggio 1992, causa *Redmond Stichting*, cit.; CGCE 2 ottobre

1991, causa-7/90, *Berg*, RCGCE, 1991, I, 4371; CGCE 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Hofner*, RCGCE, I, 1991, 1979).

La questione può tuttavia trovare più semplice soluzione attraverso l'analisi di altri dati normativi codicistici, quali anzitutto l'art. **2239 c.c.** Tale norma estende infatti il campo di applicazione del diritto del lavoro subordinato nell'impresa (artt. 2094-2134 c.c.) ai rapporti di lavoro anch'essi subordinati con **datori di lavoro non imprenditori**, compatibilmente con la **specialità** del rapporto. Sebbene, poi, la verifica del requisito richiesto dalla norma appena richiamata dia di volta in volta esito affermativo o negativo in dottrina (SUPPIEJ, [Ⓜ], 301; *contra*, GRANDI, [Ⓜ], 297), con frequente **esclusione dei professionisti** non forniti di una organizzazione di tipo imprenditoriale, nonostante qualche **incertezza in giurisprudenza** (favorevole all'operatività della norma ad es. CC 15 lug. 1987/6208, cit.; *contra* invece GRANDI, [Ⓜ], 297).

3. La nozione di ramo d'azienda: i requisiti essenziali. Il disegno di l. delega n. 848B/2002, il c.d. **Patto per l'Italia** del luglio dello stesso anno, la **l. delega** n. 30/2003 e infine il **d.lg. n. 276/2003** costituiscono un insieme, seppure disomogeneo, di proposte poi parzialmente recepite in testo di legge, sul quale è ora di soffermarsi, calando dunque le nostre precedenti osservazioni, comunque necessarie e di taglio comunitario e civilistico, nella concretezza del provvedimento appena entrato in vigore. In specie, e per rendere il discorso il più chiaro possibile, si esamineranno i diversi aspetti in rilievo nelle modifiche apportate all'art. 2112 c.c., in una con i rapporti con le precedenti versioni dello stesso.

A dire il vero tra la delega originaria, quella definitiva e il decreto attuativo sta — e in tutta la sua valenza politica e sindacale — il **Patto per l'Italia del 5 luglio 2002** siglato tra le organizzazioni imprenditoriali e buona parte delle sigle sindacali, con la nota e non irrilevante eccezione della Cgil. In effetti, la legge delega originaria, nel d.d.l. n. 848, prevedeva *sic et simpliciter* l'**eliminazione** dal testo dell'art. 2112 c.c. del requisito **dell'autonomia funzionale del ramo d'azienda**, assecondando così le richieste di parte datoriale tese a espungere un elemento di rigidità — e di tutela per i lavoratori — della fattispecie. Ma la dottrina più attenta alle possibili ripercussioni delle modifiche legislative sul piano dell'organizzazione e della gestione, anche giuridica, delle imprese e dei rapporti di lavoro, già segnalava addirittura l'insufficienza della modifica immaginata dal d.d.l. n. 848, suggerendo diverse e più estreme soluzioni, in parte accolte nel decreto delegato. Nel Patto per l'Italia, non a caso, si «obbligava» il legislatore a modificare ulteriormente la proposta di delega, conservando il riferimento al «**requisito dell'autonomia funzionale del ramo d'azienda**», riferendolo tuttavia al «**momento del suo trasferimento**». Nel decreto legislativo approvato in via definitiva, infine, non solo si conservava il suddetto requisito, ma lo si collegava indissolubilmente alla volontà delle parti. Una simile operazione, come subito si vedrà, se formalmente rispetta quanto convenuto nell'accordo del luglio 2003, per altro verso se ne allontana, e non di poco. Il requisito dell'autonomia funzionale, invero, da dato oggettivo — verificabile e confermabile dal giudice, attraverso un processo interpretativo oramai consueto tanto presso il giudice comunitario quanto presso quelli nazionali — diviene un elemento su volontaristico, con tutte le conseguenze immaginabili.

Un primo dato riguarda la **nozione di ramo d'azienda**, che costituisce l'oggetto principale della novella legislativa, insieme alla innovativa disciplina della responsabilità solidale di alienante e acquirente (SANTORO, ④, 688; SPEZIALE, ⑤, 697-742).

Il nostro legislatore, dopo aver avuto il via libera dalla maggioranza delle organizzazioni sindacali nel c.d. Patto per l'Italia, ha ritenuto di intervenire su un aspetto che, come già emerso nei precedenti paragrafi, consente senz'altro una maggiore libertà di movimento da parte delle imprese interessate a fenomeni di *esternalizzazione* e, nel caso, successiva *internalizzazione* mediante appalto di specifici segmenti produttivi.

Così, e sulla base di un esplicito emendamento già contenuto nel citato Patto per l'Italia da recepirsi nel successivo disegno di legge delega n. 848B, poi definitivamente approvato come **l. n. 30/2003**, si è ritenuto di prevedere nel decreto legislativo attuativo non tanto l'eliminazione del criterio dell'autonomia funzionale del ramo d'azienda (CESTER 2003), quale prerequisite per l'applicabilità dell'art. 2112 c.c., bensì la sua conferma collegata temporalmente tuttavia al « **momento del trasferimento** ».

A questa si aggiunga l'altra, rilevante modifica relativa alla possibilità che la « attività economica organizzata » trasferita sia **priva di beni materiali**, come elaborato dalla giurisprudenza comunitaria, e soprattutto che essa venga « **identificata come tale dal cedente e dal cessionario** ».

Quali le possibili conseguenze di tali modifiche della norma, anche alla luce delle precedenti riflessioni sul suo uso « perverso »?

A mò di premessa ci pare che l'indicata modifica comporti in generale un **peggioramento della situazione dei lavoratori coinvolti** da un trasferimento ed una maggiore libertà d'azione per *l'imprenditore cedente*.

3.1. L'autonomia (ovvero identità) funzionale e la sua preesistenza al trasferimento. Il requisito dell'autonomia funzionale del ramo d'azienda e la sua preesistenza al trasferimento, che giustamente è stata indicata come elemento « naturale » del primo, subiscono un evidente arretramento, giacché da un lato saranno le parti del negozio traslativo a individuare la nozione di ramo d'azienda ceduta; dall'altro si elimina in radice il requisito della **preesistenza** dell'autonomia funzionale, con l'effetto immediato per il quale il cedente (e il cessionario) potranno **qualificare** sostanzialmente *ex post* e discrezionalmente il carattere funzionalmente autonomo dell'unità trasferita, in evidente spregio, tra l'altro, alle disposizioni e alla giurisprudenza comunitarie (PERULLI 2003).

In altre parole, appare difficile pensare che il requisito della « conservazione dell'identità » del ramo d'azienda trasferito imposto dal legislatore comunitario possa essere legittimamente sciolto, dal nostro legislatore, mediante una formula che consenta la **costituzione ad hoc** dell'unità *trasferenda*, con l'ovvia conseguenza di favorire in tal modo quei comportamenti elusivi tesi a creare appositamente rami d'azienda al solo e precipuo fine di trasferirli; in quanto, magari, contenenti lavorazioni pericolose o peggio lavoratori non graditi. Di ciò costituisce testimonianza uno dei casi recenti più eclatanti, quello **Ansaldo** (CC n. 15105/2002), nel quale la Cassazione, ritenendo necessario che il ramo di azienda si sostanzi di una sorta di piccola azienda in grado di funzionare in modo autonomo, si è posta in evidente

controtendenza con i propri precedenti orientamenti: ciò significa, ci pare, che il ramo d'azienda debba necessariamente ed oggettivamente **preesistere alla vicenda traslativa**, e dunque essere « identificabile ed idoneo a funzionare autonomamente » (COSIO 2003). Peraltro, a sostegno della nuova linea i giudici richiamano la disciplina, in verità non applicabile al caso di specie, di cui al d.lg. n. 18/2001 (CC 13 ott. 2009/21698; CC 6 lug. 2009/15820; CC 8 giu. 2009/13171; CC 6 giu. 2007/13270).

Non riteniamo dunque di condividere quella prima interpretazione, sin troppo favorevole, delle revisioni imposte dal Patto per l'Italia, della nuova versione della legge delega e del decreto delegato, giacché se è vero che essa tenta di conformare l'ordinamento giuslavoristico ai nuovi modelli di circolazione dell'impresa (DE LUCA TAMAJO 2002, 24), dall'altro, e senza dubbio, apre altresì la porta ad un uso ulteriore più semplice della norma in sfavore dei lavoratori (CESTER 2003, 12).

D'altro canto, la dottrina sta ad oggi affannandosi a ricercare una sorta di motivazione o giustificazione a quanto dettato dal legislatore, che si differenzia, come visto, sia da quanto già regolato nel d.lg. n. 18/2001, sia da quanto originariamente previsto nella prima versione del d.d.l. delega, sia da quanto ipotizzato nello stesso schema di d.lg., prima del passaggio definitivo nelle aule parlamentari.

Così, e nell'ambito di più ampie riflessioni sui temi dell'esternalizzazione o *outsourcing* che dir si voglia, si insiste sull'orientamento ad una conseguenza *data* (e *pre-vista*) delle disposizioni contenute nel « nuovo » art. 2112 c.c., con ovvi esiti in termini di a-sistematicità e contraddittorietà (BAVARO 2004). In tale occasione si è altresì messo in evidenza un elemento non marginale, relativo al fatto che se è vero che la *ratio* della normativa della quale ci stiamo occupando consiste nella tutela dei lavoratori coinvolti da processi di dismissione di aziende o suoi rami, è altrettanto vero e confermato che, come in verità già ci insegnavano le norme del codice civile, « la protezione del lavoro passa attraverso la protezione dell'impresa ». E allora assume rilievo quella dimensione diacronica dell'azienda, per la quale si è discusso di identità e preesistenza della stessa, ma anche della **conservazione futura dell'assetto organizzativo** per lo svolgimento dell'attività economica quale « carattere essenziale intrinseco all'attività economica medesima ». E tali considerazioni, di carattere « oggettivo », si presentano utili soprattutto con riguardo al **trasferimento di parte dell'azienda**, che invece il legislatore ritiene identificabile in termini di identità dall'accordo tra le parti del trasferimento e al momento del medesimo.

In quest'ambito si colloca altresì la discussione intorno ad un altro, rilevante elemento, dato dalla mera **potenzialità del ramo di essere soggetto economico autonomo** e scorporabile ovvero ed al contrario dell'immediata ed effettiva persistenza di tale requisito; del quale è emblema il citato caso Ansaldo e pure l'insieme di decisioni conseguenti (rispettivamente CC 6 giu. 2007/13270, sez. lav.; CC 23 lug. 2002/10761, MGL, 2002, 772; e CC 23 ott. 2002/14961, GL, 2002, 47, 10; CC 4 dic. 2002/17202, FI, 2003, I, 103).

Sulla nuova disciplina ha inciso indubbiamente lo stridente rapporto tra il contenuto della **Direttiva 1998/50** e la trasposizione della stessa compiuta dal nostro legislatore nel 2001. In effetti, come sottolineato dalla stessa Corte di Giustizia, il requi-

sito della **preesistenza**, non richiesto dalla Direttiva, risulta introdotto dal **d.lg. n. 18/2001**, e all'evidente fine di restringere l'area della fattispecie.

Ma la dottrina — seppure tendenzialmente critica — non è sembrata concordare sull'argomento attraverso il quale rigettare le previsioni del d.lg. n. 276/2003. Da un lato, con un approccio fondamentalmente distruttivo e in qualche modo dissacrante, laddove ravvisa nelle intenzioni del legislatore consentire che l'art. 2112 c.c. venga utilizzato per trasferire ciò che non funziona e soprattutto non ha mai funzionato come azienda; a discapito, si dice, del carattere garantista delle norme e dei **principi civilistici e commercialistici** in tema di circolazione dell'azienda.

Inoltre, la dottrina ha correttamente posto in luce, già con riguardo alle previsioni della legge delega, lo stretto rapporto intercorrente tra **processi di frammentazione formale della struttura organizzativa** dell'impresa, nei quali deve ricondursi l'ipotesi di cui all'art. 2112 c.c., e l'**interposizione vietata**; un rapporto riguardabile oggi, tuttavia, sotto la nuova luce della abrogazione della l. n. 1369/1960 e la contestuale legittimazione della somministrazione di manodopera. Con il che il trasferimento d'azienda, inteso così da un punto di vista strutturale in senso ben più ampio che in passato, si presterebbe a configurarsi come strumento di interposizione (sostanziale) e dunque di minor tutela per i lavoratori coinvolti cui non può porre riparo neppure la previsione in tema di interposizione del limite della « lesione di diritti inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al prestatore di lavoro » (CESTER 2003).

Il decreto n. 276/2003 interviene poi anche sul piano della nozione. In primo luogo esso precisa che il trasferimento dell'azienda può conseguire altresì a « **cessioni contrattuali** » ma anche a « **fusioni** »; fattispecie che in verità la nostra giurisprudenza già riconduceva interpretativamente all'art. 2112 c.c. Quanto alla più problematica ipotesi della **cessione di un contratto di appalto**, occorre tenere conto sia della elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia, sia dei nuovi dati normativi forniti dal recente legislatore, a proposito dei quali si tornerà nel paragrafo successivo (già FOGLIA 2003).

In secondo luogo l'art. 32 del d.lg. n. 276/2003 conferma il riferimento al « **provvedimento** », ma riaprendo in qualche modo il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla riconduzione alla norma dei trasferimenti coattivi e non, appunto, negoziali. Come noto, prima della novella apportata alla norma codicistica dal d.lg. n. 18/2001, la giurisprudenza di legittimità era solita escludere dal campo di applicazione dell'art. 2112 c.c. i trasferimenti conseguenti a **provvedimenti della pubblica autorità** (SANTORO-PASSARELLI, FOGLIA 2002, 57; e, dopo il d.lg. n. 276/2003, LAMBERTUCCI 2004; in giur. v. CC 25 gen. 1999/672, MGL, 1999, 382; CC 4 feb. 1998/1152, R IT DL, 1998, II, 780. Da ultimo CC 19 apr. 2003/6388, ined. a quanto consta, che ritiene potersi prescindere da un rapporto contrattuale e dal mezzo giuridico utilizzato in virtù del mero fatto che « il nuovo imprenditore diviene titolare del complesso organizzato e funzionale di beni »). Con l'espressa dizione del « provvedimento » già da parte del d.lg. del 2001, invece, tali ipotesi possono **pacificamente ricomprendersi nel campo di applicazione dell'art. 2112 c.c.**, salve sempre discipline specifiche, e precedenti il 2001, come nel caso delle concessioni per il **servizio di riscossione tributi** (cfr. d.lg. n. 112/1999, art. 63, c. 4 e 122, c. 3, che

hanno tuttavia lasciato aperto il problema dell'individuazione del trattamento economico garantito; cfr. CC 7 mar. 1998/2575, R IT DL, 1998, II, 784), ovvero per il personale delle **esattorie** nei confronti delle nuove concessionarie.

3.2. Alcune considerazioni. Come ormai evidente, le modifiche apportate dal **d.lg. n. 276/2003** all'art. 2112 c.c. risentono dell'esigenza di dare un nuovo assetto giuridico, certo e di maggiore convenienza economica, alle imprese interessate da processi di **riorganizzazione del sistema produttivo** e da fenomeni tipicamente denominati di « **esternalizzazione** ». Il tutto al fine di una migliore organizzazione del processo produttivo e di una migliore utilizzazione del fattore risorse umane.

Ora, a fronte di tali, innegabili ed oggettivi elementi innovativi, l'obiettivo era da un lato favorire la **competitività** delle imprese, dall'altro tutelare al meglio le **posizioni soggettive** dei lavoratori coinvolti da fenomeni di « esternalizzazione ».

Alla luce di tali esigenze il legislatore compie alcuni passi significativi sulla strada del **riconoscimento giuridico** dei fenomeni descritti, sebbene sembri vedere oramai — e ciò risultava a nostro avviso già nell'art. 2112 c.c. nella sua veste originaria del 1942 — nella norma *de qua* non tanto un baluardo per la difesa e tutela dei lavoratori subordinati, quanto un **fondamento giuridico dei processi di esternalizzazione**, come d'altro canto emerso anche nel dibattito comunitario in tema.

Così oggi l'impresa interessata a modificare la propria struttura nei confronti dell'esterno, con riguardo alla posizione e al grado di tutela dei propri collaboratori potrà, secondo la dottrina, optare tra **due strade**: la **cessione a terzi di segmenti e parti dell'impresa** medesima, non appartenenti al *core business*; la cessazione del medesimo segmento o parte attraverso la **procedura di cui alla l. n. 223/1991 e la sua acquisizione o riacquisizione sul mercato esterno**, mediante appalti o somministrazione di lavoro. E come vedremo nel paragrafo successivo, questa seconda possibilità è resa ancora più appetibile dall'ultimo comma introdotto all'art. 2112 c.c. dall'art. 32 del d.lg. n. 276/2003.

Il legislatore del 2003, dunque, da un lato riconosce — finalmente — in una norma di legge il fenomeno dell'esternalizzazione con il citato nuovo ultimo comma dell'art. 2112 c.c.; dall'altro individua con maggior precisione, sulla scorta dell'interpretazione giurisprudenziale nazionale e comunitaria, l'operazione giuridica del trasferimento d'azienda; infine, ma non secondariamente, identifica puntualmente il **ramo d'azienda** cui risulta applicabile la medesima disciplina dell'azienda intera (co. 5°), con l'aggiunta (ed aggravante) dell'ultimo comma di cui si è detto e ulteriormente si dirà, riferito al solo « ramo » e non all'intera azienda (co. 6°).

Ciò detto, assume fondamentale rilievo il significato di **ramo d'azienda**, cui risulta legata la disciplina più innovativa — **cessione e riacquisizione mediante appalto** — tracciata dal legislatore.

Come rilevato nei precedenti paragrafi il percorso normativo dell'art. 2112 c.c. ha portato infine all'individuazione, sinteticamente, di una **nozione dematerializzata** di azienda, intesa così come organizzazione di sole persone finalizzata alla realizzazione di opere o servizi; e di una nozione di **appalto** (*rectius* « acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore ») esclusa per ciò stesso dalla disciplina del trasferimento.

Nella sua nuova veste, a seguito del d.lg. n. 276/2003, il ramo d'azienda è **identificato dal cedente e cessionario al momento del trasferimento**, cadendo così il requisito della *preesistenza* dello stesso, sul quale tanto aveva insistito la dottrina sulla base del dato comunitario. Tale nozione, peraltro, risulta strettamente legata, cronologicamente, al momento del negozio di cessione, da cui consegue la sua **derogabilità da parte dell'autonomia contrattuale** delle parti medesime, libere di determinare, rispetto ad una data organizzazione, un ramo a propria discrezione, per ciò stesso non preesistente né sperimentato e che, tuttavia apre una serie di problemi.

In primo luogo, **l'obbligo di informazione**, ovviamente ancora persistente in capo alle parti del negozio traslativo, soffre di un limite forte e difficilmente superabile, dato dal fatto che tale informazione riguarderà un dato — il ramo individuato dalle parti, appunto — modificabile sino al momento dell'effettiva cessione.

In secondo luogo, per quel che riguarda **l'individuazione dei lavoratori** appartenenti al ramo ceduto o cedendo. In effetti essa sarà più semplice, rispetto all'intero complesso aziendale, ma anche più problematica nella sua concreta esecuzione. Si tratta cioè di capire chi sceglie i lavoratori addetti al ramo ceduto, sul presupposto che nella stessa azienda ne esistono di fungibili in quanto appartenenti a medesime qualifiche e svolgenti le medesime mansioni. È sin troppo evidente che tale previsione lascia aperte le porte a scelte anche discriminatorie e comunque potenzialmente irragionevoli e necessita di una certa attenzione con riguardo ai **criteri di scelta** dei lavoratori stessi, magari utilizzando, per analogia, i criteri astratti ed oggettivi di cui ai licenziamenti collettivi.

Si dica da ultimo il d.lg. approvato dal Consiglio dei Ministri il **3 settembre 2004**, il legislatore ritorna sul testo, già ampiamente modificato negli ultimi anni, dell'art. 2112 c.c.

Ci ritorna per ritoccare un profilo senz'altro oggetto di attenzioni, spesso critiche, da parte della dottrina, e attinente alla questione, centrale, della **responsabilità di cedente e cessionario** nei confronti dei crediti retributivi e previdenziali dei lavoratori ceduti con il trasferimento d'azienda. Come sopra riferito, già il d.lg. n. 276/2003 aveva introdotto una disciplina parzialmente diversa del regime di solidarietà tra le parti della cessione d'azienda nei confronti dei crediti lavorativi, sostituendo l'obbligazione, in solido, di acquirente ed alienante « per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento », come sancita nel precedente d.lg. n. 18/2001, con un regime di solidarietà tipicamente codicistico, come traspariva dal rinvio, espresso, all'art. **1676 c.c.**, nel nuovo art. 2112 co. 2°.

Tale rinvio, peraltro, era stato oggetto di critiche da parte della dottrina immediatamente dopo l'approvazione del d.lg., almeno sotto due profili: la discrepanza di disciplina del regime di responsabilità così come delineata rispetto a quella prevista per appaltante e appaltatore negli appalti di servizi, di cui all'art. 29, co. 2° dello stesso decreto, in specie nella considerazione della convenienza per le imprese, a questo punto, del trasferimento d'azienda rispetto all'appalto di servizi. Nel primo caso, in effetti, il rinvio alla responsabilità di cui all'art. 1676 c.c. consentiva di limitare la responsabilità stessa al **rapporto debitorio** del committente nei confronti dell'appaltatore; e sarebbe stato fin troppo facile, artatamente, far risultare tale stato di cose nel rapporto tra società e **aziende** in qualche modo **collegate**.

Inoltre, ed è il secondo elemento di criticità, tale disciplina civilistica — ma nell'ambito di rapporti coinvolgenti profili di diritto del lavoro e commerciale — dava la stura all'utilizzo dello strumento delineato appunto nell'ultimo comma dell'art. 2112 c.c. a seguito dell'approvazione del d.lg. n. 276/2003, ovvero al discutibile **rapporto** potenzialmente instaurabile tra **trasferimenti d'azienda, di rami d'azienda e successivi appalti** del medesimo ramo da parte dell'impresa già cedente del ramo.

In altre parole, il meccanismo di cui all'art. 1676 c.c. avrebbe consentito alle imprese di « esternalizzare » parti dell'azienda non corrispondenti al c.d. « *core business* » per poi riacquisirle sotto forma di appalto, ma senza più né il fardello dell'imputazione giuridica dei rapporti di lavoro sottostanti, né, soprattutto, il vincolo della **responsabilità solidale**, limitata, come detto, dal canone di cui all'art. 1676 c.c.

Alla luce di tali considerazioni, fatte proprie da buona parte della dottrina, il legislatore è tornato sui propri passi, ed ha nuovamente modificato la norma, con l'art. 9 del d.lg. in corso di pubblicazione, sostituendo all'art. 32, co. 2° del d.lg. n. 276/2003 le parole « di cui all'art. 1676 » quelle « di cui all'articolo 29, co. 2° del presente decreto ».

Al di là delle consuete imprecisioni tecniche del nostro legislatore, la scelta del medesimo appare evidente. Sostituire il regime dell'art. 1676 c.c. con quello già in vigore per gli appalti di servizi. Una scelta giusta, seppure attardata, e che risponde all'esigenza di riportare su un piano di pari convenienza e parità di trattamento, almeno dal punto di vista della responsabilità delle parti della cessione di azienda verso i crediti dei lavoratori, **appalto di servizi e trasferimento di ramo d'azienda** seguito da **riacquisizione** dello stesso mediante un appalto.

Ma è anche una scelta che si scontra, incredibilmente, con la distrazione del legislatore, laddove esso non si avvede che nella **legge delega n. 30/2003** si delegava appunto il Governo a prevedere nella specie il regime di responsabilità di cui all'art. 1676 c.c. e non altre forme. Di qui, il paradosso conclusivo di una correzione già viziata in partenza da un **eccesso di delega** (MARESCA 2004).

3.3. Trasferimento d'azienda vs. appalto: outsourcing vs. insourcing. I possibili rapporti tra trasferimenti e nuovi appalti di manodopera. Per quanto sinora detto trasferimento d'azienda e appalti — come ridisegnati dal d.lg. n. 276/2003 — costituiscono un complesso regolativo con risvolti problematici da un punto di vista giuridico e evidentemente favorevoli ad una delle parti, nello specifico quella imprenditoriale. In effetti, volendo esemplificare, avverrà (e già avveniva, ma con i rischi derivanti dal precedente sistema normativo) che il trasferimento d'azienda e soprattutto di ramo d'azienda si atteggi a prima fase di un più **articolato processo** che cronologicamente, ma non logicamente, si conclude con la ri-acquisizione da parte del cedente dei servizi o prodotti precedentemente realizzati dal ramo ceduto, e dunque oramai fuoriuscito. Anche (e forse ancor più facilmente) se l'attività trasferita si configura come accessoria e purché, in ogni caso, si tratti, secondo gli insegnamenti dei giudici comunitari, di « un'entità economica che conserva la propria identità, sia organizzata in modo stabile, adeguatamente strutturata ed autonoma » (LAMBERTUCCI 2004).

In questo modo, e contrariamente a quanto invece sostenuto da altra parte della dottrina (DE LUCA TAMAJO 2002; ROMEI 2003), il trasferimento non potrà tuttavia mai riguardare **attività eterogenee** che precedentemente alla cessione non erano legate da alcun nesso e sono invece accorpate proprio in funzione della cessione. Con il che, secondo alcuni, inutili sarebbero quelle ricostruzioni tese ad aggiungere tutele ai lavoratori *sub specie* di diritto di opposizione (SCARPELLI 1999), posto che l'esternalizzazione risulterebbe meno pericolosa in quando necessariamente condizionata ad un'attività accessoria già « svolta dal cedente, preesistente al trasferimento, autonoma e ben strutturata, che conserva nel trasferimento la propria identità ».

Nei casi in cui, invece, lo strumento del trasferimento d'azienda viene collegato a processi di esternalizzazione per così dire « mirati », nel senso di coinvolgere e presupporre una **preventiva politica del personale** tesa a creare rami « secchi » (magari composti di lavoratori sgraditi) e dunque ad aggirare la lettera della legge, che pur interpretabile, comunque è ferma, ecco che un rischio sovviene anche nei confronti dell'impresa, come in altra sede rilevato (ZILIO GRANDI 2004). Un rischio insito nella norma codicistica citata — l'art. 1344 c.c. — che, nonostante l'intento deregolativo della riforma nel suo complesso, consente **al giudice un ficcante controllo** sull'eventuale frode alla legge che l'operazione, formalmente ineccepibile, può realizzare.

Va da sé che quanto detto sminuisce di molto il possibile significato del richiamo espresso all'art. 1676 c.c. poiché, se non superfluo, tale richiamo — probabilmente *rafforzativo* nelle intenzioni (reali?) del legislatore — ci appare quantomeno ultroneo. Tale norma, certo non abrogata, comunque avrebbe potuto operare nei casi in rilievo, attribuendo l'azione diretta contro il committente ai dipendenti dell'appaltatore, peraltro nei consueti limiti tratteggiati dalla stessa. Inoltre, e ancora paradossalmente, l'art. 29, c. 2, come rilevato dai primi commentatori, pur limitando la tutela dei lavoratori interessati da un **appalto di servizi** alla responsabilità in solido di committente ed appaltatore per il periodo di un anno dalla cessazione dell'appalto, finisce per attribuire agli stessi un livello di tutela più elevato di quelli coinvolti dal binomio **trasferimento/appalto** di cui al nuovo ultimo periodo c. 5 art. 2112 c.c., lesa nella sua effettività dall'assurda — nel contesto lavoristico — regola dell'art. 1676 c.c. e, in definitiva, dalla possibilità che previamente il cedente saldi ogni debito nei confronti del cessionario e risulti così totalmente estraneo a eventuali richieste dei lavoratori precedentemente espulsi dal *core business*.

Va rilevato poi che il nuovo periodo introdotto alla fine del comma quinto dell'art. 2112 c.c. si riferisce esclusivamente alla **cessione di ramo d'azienda**, e più precisamente, come si è detto, ad una porzione del ciclo produttivo; nozione di evidente **natura convenzionale** e che non esclude tuttavia che la cessione di alcuni servizi ricada sotto la medesima disciplina in quanto rispondente ai presupposti del trasferimento di un ramo accessorio sopra richiamati. Ma vi è di più, perché per evitare che il nuovo art. 2112 c.c. si configuri quale strumento di « scomposizione » del ciclo produttivo di un'impresa si deve ritenere, che tale « porzione » debba essere funzionalmente autonoma ma al tempo stesso valutata in modo sufficientemente flessibile, comunque necessario a « governare la citata scomposizione

dell'azienda» (sulla cessione del ramo d'azienda CC 17 lug. 2008/19740; CC 14 dic. 2002/17919).

Inoltre, e non si tratta di un dettaglio insignificante specie per i **profili processuali** coinvolti, proprio nei casi nei quali un appalto segue per così dire «funzionalmente» un trasferimento di ramo d'azienda ci pare vieppiù semplice provare che i beni *lato sensu* ceduti costituivano una preesistente entità (o attività) economica funzionalmente autonoma, con automatica ricaduta sotto il regime di cui all'art. 2112 c.c., nonostante la previsione dell'art. 29, c. 3, sopra ricordata.

Per finire, già in assenza di una simile disciplina, la **contrattazione collettiva** aveva in taluni casi disposto — e significativamente nei settori tipicamente coinvolti da tali processi e puntualmente richiamati nella nuova disciplina della somministrazione di lavoro — non solo procedure di informazione/consultazione sindacale, ma altresì **l'obbligo dell'impresa subentrante di assumere i lavoratori già addetti all'appalto**; un'ipotesi che la dottrina ha peraltro ricondotto ad un vero e proprio obbligo a contrarre e, su altro piano, alla costituzione di un nuovo rapporto di lavoro, con conseguente esonero del nuovo imprenditore da qualsiasi responsabilità solidale per i crediti pregressi del lavoratore.

Un caso, a ben vedere, estraneo alla disciplina di cui all'art. 2112 c.c., che non caso il d.lg. n. 276/2003 **all'art. 29, c. 3**, esclude espressamente: «**l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto** a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto di appalto, **non costituisce trasferimento d'azienda** o di parte d'azienda». Ora, neppure queste previsioni collettive hanno potuto e possono oggi impedire il sorgere del dubbio, già emerso in sede di giustizia comunitaria, che anche in questi casi si possa parlare di **cessione contrattuale**. In altri termini, in questi casi l'appalto sembra rappresentare il **mezzo giuridico** per realizzare il trasferimento dell'azienda, peraltro con applicazione di una disciplina peggiorativa applicabile ai dipendenti in virtù delle clausole collettive richiamate; e si porrebbe a nostro avviso in contrasto con i principi della direttiva comunitaria n. 1977/187, non derogabili neppure dall'autonomia collettiva (CGCE sent. *Spano* 7 dicembre 1995/472/93, FI, 1996, IV, 205).

4. La disciplina applicabile ai dipendenti ceduti. La *ratio* dell'art. 2112 c.c. consiste nell'assicurare ai lavoratori dipendenti dall'impresa cedente la **conservazione del posto** di lavoro e dei **conseguenti diritti**: ciò che pone il non secondario problema di individuare i limiti di tale garanzia e soprattutto valutare la successiva **esplicitazione dei diritti conservabili** dai lavoratori ceduti. L'art. 47 di tale legge, tra l'altro, sembra aver almeno ampliato lo spettro delle posizioni tutelate rispetto al passato (LAMBERTUCCI, ⑤, 387; LEPORE, ⑤, 42).

Laddove si parlava di «**continuità del contratto di lavoro**» e conservazione dei «**diritti derivanti dall'anzianità raggiunta**» anteriormente al trasferimento», oggi si tratta di **continuità «del rapporto di lavoro»**, in tal modo adeguandosi a quanto disposto all'art. 3, § 1, c. 1, della direttiva comunitaria del 1977. Sul punto, poi, è intervenuta anche la **Corte di Giustizia**, a precisare la accennata e indiscutibile *ratio* **protettiva** della stessa direttiva (CGCE 11 luglio 1985, causa 105/84, cit.). In tale logica, inoltre, va considerato **lavoratore** chiunque sia tutelato in quanto tale dagli or-

dinamenti interni degli Stati membri e come tale individuato, in seconda battuta, dai giudici nazionali; ferma restando l'esistenza necessaria, al momento del trasferimento, del rapporto di lavoro (CC 2 mar. 1995/2417, R IT DL, 1996, II, 420; P Genova 4 luglio 1991, DPL, 1991, 3264), l'**onere** della cui dimostrazione ricade sul lavoratore che rivendica l'applicazione dell'art. 2112 c.c. (CC 19 nov. 1993/11409).

Va affermata l'**inderogabilità del principio** generale della conservazione dei diritti dei lavoratori trasferiti, proclamato dall'art. 2112 c.c., e dunque anche l'**irrinunciabilità** da parte dello stesso lavoratore dei diritti (conservati) *ex lege* (CC 24 gen. 1991/671), fatto salvo il percorso di cui agli artt. 410 e 411 c.p.c. utilizzabile tuttavia al solo, limitato, fine di **liberare l'alienante** dalla responsabilità solidale.

Circa l'**individuazione dei diritti** tutelati dall'ordinamento nella fase del trasferimento, la disposizione parla testualmente di « *tutti i diritti che ne derivano* », espressione alla quale va, evidentemente, dato un reale contenuto connotativo. Sul punto la giurisprudenza non è quantitativamente rilevante, mentre maggiori sono stati gli spunti offerti dalla dottrina, pressoché concorde nel ritenere **oggetto di tutela** *ex art.* 2112 c.c. non solo e non tanto le **situazioni giuridiche esaurite o maturate**, alle quali sembra pacificamente applicabile la tutela rafforzata di cui al co. 2° (responsabilità solidale); quanto e soprattutto i **diritti attuali**, ovvero funzionalmente connessi alle prestazioni ancora da eseguire (ROMEI, ²⁵).

Ciò significa che saranno conservati quei diritti che trovano la propria **fonte** nel **contratto individuale**, nel **contratto collettivo** (fatta salva la disposizione di cui al co. 3° della norma) e nella **legge**. A titolo esemplificativo si possono citare lo svolgimento delle mansioni precedentemente esercitate, la qualifica ed il livello retributivo.

Tale ampia tutela trova applicazione anche al caso in cui il lavoratore appartenga a quel gruppo di **dipendenti non trasferiti**, perché svolgenti la propria prestazione in un ramo diverso da quello ceduto. La dottrina riconosce ad essi il diritto a mantenere inalterate le mansioni, la qualifica e il livello retributivo (ROMEI, ²⁵, 104; FOLLIA, ²⁶, 333); anche la giurisprudenza occupatasi del problema si è espressa nello stesso senso (CC 24 gen. 1991/671, R IT DL, 1991, II, 678; e più di recente T Milano 30 maggio 1998, ADL, 1998, 1021, circa la legittimità di un accordo sindacale in punto di trasferimento parziale del personale; v. anche PETRASSI, ²⁷, 27). Il **trasferimento parziale** dei lavoratori, con le parole della Cassazione, **non pregiudica** alcuno degli **interessi** garantiti dall'art. 2112 c.c.

4.1. La conservazione dei diritti e il problema dei fondi previdenziali e degli usi aziendali. Una questione seguita in dottrina riguarda i diritti relativi al **regime previdenziale obbligatorio** cui i dipendenti risultano assoggettati. Il rapporto previdenziale, in effetti, collegato a quello di lavoro intercorrente tra datore e lavoratore, non ammette **soluzioni di discontinuità**, e dunque non subisce alcuna conseguenza dall'eventuale trasferimento.

La medesima questione si è posta con riguardo ai diritti derivanti da **regimi previdenziali complementari**, specificamente circa la possibilità per il lavoratore di mantenere in vita il pregresso rapporto previdenziale complementare anche con l'acquirente. Premesso che la norma nazionale non chiarisce sul punto, va intanto ricordato che la **direttiva 1977/187**, all'art. 3, § 1, c. 2, afferma appunto che **non sono**

oggetto di trasferimento «i diritti dei lavoratori a prestazioni di vecchiaia, d'invalità o per superstiti dei regimi complementari di previdenza ... esistenti al di fuori dei regimi legali di sicurezza sociale degli stati membri»; anche se, immediatamente dopo, la stessa direttiva **affida agli stati membri** il compito di adottare le misure necessarie per tutelare gli interessi dei lavoratori con riguardo ai diritti alle prestazioni di cui al co. precedente (art. 3, § 1, c. 2).

Proprio con riferimento ad una procedura di infrazione nei confronti del nostro paese, la Corte di Giustizia ha successivamente — ma prima dell'entrata in vigore della l. n. 428/1990 — precisato tale principio, considerando i diritti alle suddette prestazioni come comunque **sorti dal rapporto di lavoro** e, dunque, **coinvolti** dal passaggio automatico da cedente a cessionario (cfr. anche art. 3, § 3, c. 2, dir. 1977/187). Tale conclusione, condivisa dalla dottrina italiana (PERSIANI, ⑩, 76-81; per CINELLI, ④, invece, va considerata la fonte di previsione del fondo previdenziale complementare) si basa peraltro sulla considerazione **dell'assenza di una esplicita menzione** di tali diritti, cui dunque risulta applicabile la disciplina generale stabilita dalla normativa.

In tal modo, **le somme versate** dai lavoratori prima del trasferimento, tra l'altro qualificabili come retribuzione e già entrate nel patrimonio giuridico degli stessi, risultano **intangibili**; mentre ulteriori problemi pongono i rapporti intercorrenti direttamente e autonomamente tra lavoratori e fondo previdenziale integrativo, nel qual caso, in effetti, è difficile parlare di diritti derivanti dal rapporto di lavoro, e dovrebbe trovare applicazione la regola generale di cui all'art. 2558 c.c. Si tratta, tuttavia, di una **soluzione contrastata** in dottrina (ROMEI, ⑤, 174), forse eccessivamente tributaria della autonoma soggettività riconosciuta a tali fondi.

Quanto ai diritti derivanti dai cd.dd. **usi aziendali** (sui quali sia permesso il rinvio, tra gli altri, a ZILIO GRANDI, ⑥, 1000 ss.), la giurisprudenza non sembra attestata su posizioni univoche se non per quel che riguarda la **nozione** stessa di uso aziendale, quale **comportamento favorevole del datore di lavoro nei confronti dei lavoratori** (v. ad es. CC 23 ago. 1990/8573, DPL, 1991, 442; CC 25 gen. 1993/823, RCDL, 1993, 903; P Monza 16 novembre 1995, *ivi*, 1996).

Si discute, ancora, da un lato circa la riconduzione di tali comportamenti a **fonti di integrazione del contratto** ex art. 1347 c.c.; dall'altro a proposito della possibile **ultrattività dell'uso** medesimo, efficace cioè anche nei confronti di **soggetti estranei** al suo sorgere originario (*contra*, parte della giurisprudenza: v. CC 24 mag. 1991/5903, cit.; e della dottrina: LIEBMAN, ⑤; favorevoli a considerare gli usi quali **integrazione del contratto individuale a valenza generale e ultrattiva**, invece, TINTI, ③ e SANTORO-PASSARELLI, ⑩, 145).

4.2. Il trasferimento dell'azienda in crisi e nell'ambito di procedure concorsuali. La disciplina appena esaminata è caratterizzata nel nostro ordinamento da una **regolamentazione particolare** rispetto alle **vicende circolatorie** delle aziende in **situazione di solidità economica**. E invero l'art. 47, co. 5°, l. n. 428/1990 ha adattato la riscrittura della disposizione codicistica a tale ipotesi, prevedendo **l'inapplicabilità** della stessa disciplina di tutela **alle aziende in crisi**, al precipuo fine di favorire la soluzione di una crisi aziendale con effetti positivi anche sui livelli occupazionali (CC 11 gen. 2007/398).

Si tratta, in particolare, di « aziende o unità produttive delle quali il Cipi abbia accertato lo stato di crisi aziendale a norma dell'art. 2, co. 5^o, lett. c), della l. 12 ago. 1977/675 », ovvero di imprese soggette a **procedure concorsuali**.

Un primo dubbio riguarda l'**estensione** delle ipotesi escluse: dubbio risolto, con qualche perplessità in dottrina (PIZZOFERRATO, ④, 465-467), da parte della esigua giurisprudenza interna, sulla scorta di quella comunitaria (P Lecce 22 ottobre 1996, inedita a quanto consta), nel senso di delimitare il campo di applicazione della deroga prevista dall'art. 47, c. 5, ai casi in cui sia **disposta ed accertata la continuazione dell'attività**.

Circa i rapporti tra tale disposizione e la direttiva 1977/187 (DE LUCA, ⑦, 288), nella quale nulla è chiarito in proposito, la **Corte di Giustizia** ha invece posto le premesse per il raggiungimento di una soluzione fondata sul fatto che la « *continuazione dell'attività d'impresa* non sia stata raggiunta o sia cessata » (CGCE 7 dicembre 1995, causa *Spano*, cit.; e già CGCE 7 febbraio 1985, causa *Abels*, cit.; CGCE 25 luglio 1991, causa *D'Urso*, cit.).

Nella prima decisione richiamata, in particolare, si è affermata l'**applicabilità della normativa** ai casi in cui sia stato dichiarato lo **stato di crisi** di cui alla l. n. 675/1977, con l'evidente obiettivo di « *non privare i lavoratori dell'impresa interessata dei diritti loro conferiti dalla direttiva* ». E su queste basi, la citata giurisprudenza nazionale distingue tra ipotesi nelle quali **sussiste o meno la continuità dell'attività economica**: solo in quest'ultimo caso potendosi derogare all'art. 2112 c.c., ovvero nelle **procedure concorsuali** ma anche nelle **aziende in crisi lato sensu** (PIZZOFERRATO, ④, 465 ss.).

4.3. La questione della responsabilità solidale. Ben più rilevante appare la disposizione della norma per la quale alienante ed acquirente risultano « *obbligati, in solido, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento* ». Si tratta di uno **strumento** per il maggiore soddisfacimento possibile dei **crediti dei lavoratori**, legato alla *ratio* legislativa di sollevare i lavoratori dal **rischio di insolvenza** dell'alienante privato dell'azienda (quale) garanzia patrimoniale per il dipendente-creditore.

La disposizione — già presente nel vecchio testo della norma — è stata « ritoccata » dal legislatore del 1990 con l'**eliminazione di alcune parti piuttosto ambigue** (ovvero quelle relative a crediti vantati « *in dipendenza del lavoro prestato* » e ai crediti « *che trovano causa nella disdetta data dall'alienante* »); in particolare va segnalata la scomparsa del limite di responsabilità dato dalla **conoscenza o conoscibilità** dei crediti da parte del cessionario.

Il « nuovo » art. 2112 c.c. influenza non poco il regime di responsabilità posto sulle due parti del trasferimento (ZILIO GRANDI, ⑤). Precedentemente la giurisprudenza poteva infatti insistere, con un'interpretazione rigorosa, sul requisito della **conoscenza o risultanza** dei debiti di lavoro « da libri dell'azienda trasferita e da libretto di lavoro », salvo rare ipotesi (ad es. P Torino 20 agosto 1993, RCDL, 1994, 579, rilevante pur se successiva alle modifiche introdotte nel 1990), utilizzando in proposito « tutte le altre scritture contabili richieste dalla natura e dalle dimensioni dell'azienda » (CC 20 ago. 1987/6979) e non ritenendo necessaria la precisa quantificazione del credito vantato dal lavoratore (CC 20 nov. 1991/12470). Oggi, pur in un

diverso contesto normativo, la giurisprudenza riguarda prevalentemente casi sorti **vigente il vecchio testo** della norma, e si snoda su **due filoni**: quello **prevalente**, e confermato dalla dottrina (SANTORO-PASSARELLI, ⑩, 604), che ritiene la **responsabilità solidale** dell'acquirente **estesa a tutti i crediti esistenti** alla data del trasferimento con riguardo a **rapporti estinti** o **ancora in essere** con il cessionario, ed un filone nettamente **minoritario**, ma significativo, secondo il quale la responsabilità dell'acquirente deve circoscriversi **ai soli crediti derivanti da rapporti ormai estinti**, posto che per quelli di cui ai rapporti perduranti opererebbe il co. 1° della norma, e dunque un regime di **responsabilità diretta** e non solidale (CC 19 gen. 1988/369, R IT DL, 1988, II, 729).

Parte della più recente giurisprudenza afferma che la **responsabilità solidale** dell'acquirente trova corretta applicazione nei soli casi in cui il **rapporto di lavoro continua con il cessionario** e dunque ai relativi crediti di lavoro; facendo salva l'applicabilità dell'art. 2560 c.c. (*Debiti relativi all'azienda ceduta*) ai crediti relativi a rapporti cessati e risultanti dai libri obbligatori (CC 19 dic. 1997/12899, R IT DL, 1998, 764; T Torino 21 ottobre 1996, R IT DL, 1997, 403; P Firenze 18 mar. 1997, R IT DL, 1998, 764). La stessa **dottrina** ha peraltro confermato tale soluzione sulla base del dato letterale, laddove si parla di « **lavoratore** » e dunque di « *uno status (non) destinato a permanere indefinitamente nel tempo* » (LIEBMAN, ⑤, 838-842), e di affermazioni di carattere più strettamente « **commercialistico** », ovvero legate ad un' **interpretazione** la più possibile **favorevole** al dispiegarsi degli **scambi commerciali**.

La dottrina prevalente, tuttavia, reputa l'acquirente responsabile solidalmente con il cedente per **tutti i crediti esistenti alla data del trasferimento**, a qualsivoglia rapporto — **cessato o in essere** — essi si riferiscano (SANTORO-PASSARELLI, ⑩, 473; COSIO, ⑥, 103). Ciò in base all'esigenza di **assicurare a tutti i lavoratori** « *la permanenza di quelle ragioni di garanzia costituite dal complesso aziendale* », finalità cui risulterebbe estranea una graduazione della responsabilità ed una differenziazione dei crediti sulla base della continuazione o meno del rapporto (ROMEL, ②, 769).

Nonostante l'abrogazione e sostituzione, da parte della novella del 1990, del co. 3°, norma che permetteva la **liberazione da responsabilità** per crediti di lavoro dell'alienante da parte dei lavoratori, per il tramite delle rispettive organizzazioni professionali, ancor oggi è **consentito al lavoratore** — e solo ad esso, senza l'intervento delle associazioni professionali — con le **procedure** di cui agli **artt. 410 e 411 c.p.c.** di raggiungere il medesimo obiettivo presupposto dalla norma nella sua versione originaria.

Inoltre, spesso non è semplice distinguere e **ripartire le responsabilità** tra cedente e cessionario, ad esempio con riguardo ai crediti relativi al **trattamento di fine rapporto**, certo non secondari.

Qui la soluzione dipende dall'opinione accolta in merito alla **natura** stessa di tali crediti e al loro sorgere: se solo all'estinzione (PANDOLFO, ⑦, 245) o già dalla costituzione del rapporto di lavoro (SANTORO-PASSARELLI, ⑩, 88 ss.; TINTI, ③). Nel primo caso — condiviso dalla giurisprudenza prevalente (CC 27 ago. 1991/9189, R IT DL, 1992, II, 220; P Torino 15 dicembre 1992, GP, 1994, 122; *ante novellam* CC 18 mar. 1987/2786, OGL, 1987, 749; *contra* P Cassino 14 febbraio 1988, GC, 1988, I, 1337) — appare chiaro che unico debitore del trattamento di fine rapporto risulterà il da-

tore di lavoro **acquirente**; nel secondo, invece, si avrà una sorta di **ripartizione di responsabilità** tra cedente e cessionario in considerazione del **periodo** in cui il lavoratore ha **svolto la propria attività** lavorativa alle loro rispettive dipendenze.

4.4. La responsabilità solidale come strumento sanzionatorio esclusivo: il rapporto con l'art. 1676 c.c. In ultima istanza, ciò che conta a nostro avviso nella riscrittura dell'art. 2112 c.c. al fine evidente di facilitare le operazioni di esternalizzazione, è tuttavia **l'apparato sanzionatorio** previsto in caso di utilizzo « deviato » della disposizione stessa. La giurisprudenza italiana ha invero sempre ritenuto che la preesistenza del requisito dell'autonomia funzionale impedisca le « esternalizzazioni » come forma incontrollata di espulsione di frazioni di impresa non coordinate tra loro, di semplici reparti o uffici, di articolazioni non autonome, unificate dalla volontà dell'imprenditore e non dall'inerenza ad un ramo d'azienda già costituito e funzionante autonomamente.

Il legislatore ha introdotto in proposito un ulteriore comma alla norma in esame, con il quale si prevede che « nel caso in cui l'alienante stipuli con l'acquirente un **contratto di appalto** la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione, tra appaltante e appaltatore opera il **regime di solidarietà di cui all'art. 1676** ». Prima di approfondire la questione dal punto di vista tecnico-giuridico, occorrono però due considerazioni, una legata alle dinamiche aziendali, l'altra al capovolgimento delle possibilità sanzionatorie dei comportamenti non corretti da parte delle stesse imprese.

Il diritto del lavoro — o commerciale? — sembra infatti, in questo modo, dare cittadinanza al c.d. **insourcing**, fenomeno con il quale si cerca di « creare, concentrando risorse distribuite nei settori, centri di servizio/attività ad alto contenuto professionale, trasformando le attività di supporto in attività di *business* con possibilità di operare sul mercato esterno... »; e proprio per questo parte della dottrina si è allarmata ravvisandovi un chiaro caso nel quale le norme « narrano e ritraggono un'esterna realtà » invece di costituirne una propria.

D'altro canto — ed è l'aspetto tecnico-giuridico, ancor più rilevante — la disposizione di cui al nuovo co. 2° dell'art. 2112 c.c. si colloca in un contesto nel quale, è bene ricordarlo, viene **abrogata la l. n. 1369/1960** — e in specie l'art. 3 —, e con essa la possibilità della sanzione « terribile » della imputazione dei rapporti di lavoro illecitamente interposti (CESTER 2002). Gli **appalti di servizi** di cui all'art. 84 d.lg. consentono invero oggi di superare brillantemente il divieto — abrogato — di interposizione, insieme alla parallela nuova disciplina della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato.

Ne consegue che i **rapporti fra trasferimento di ramo d'azienda e appalti** si complicano notevolmente, coinvolgendo e trascinando con loro la non secondaria questione delle sanzioni possibili nei confronti di operazioni eccessivamente disinvolute da parte delle imprese.

Del resto, per il periodo precedente il trasferimento, si è detto, vale comunque l'applicabilità della tutela *ex* art. 2112 c.c., e dunque la responsabilità solidale del cessionario per i crediti maturati presso il cedente; ma non vi è chi non noti come questo tipo di tutela debba scontare, sul piano fattuale, le concrete possibilità economiche

delle parti del trasferimento, non di rado, loro sì, non funzionalmente autonome e piuttosto strettamente collegate dal punto di vista della effettiva proprietà.

Se infine si riflette sul fatto che il regime di solidarietà di cui all'art. 1676 c.c. cui il nuovo art. 2112 c.c. pure rinvia — ovvero la possibilità per i lavoratori di agire direttamente contro il committente/cedente per conseguire quanto loro dovuto ma « fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore » — opera solo nei casi in cui l'alienante stipuli con l'acquirente un contratto d'appalto avente ad oggetto il ramo d'azienda ceduto, ovvero qualora l'impresa già decentrante riacquisti, mediante appalto, i beni o servizi prodotti dal ramo d'azienda ceduto, comprendiamo facilmente come la sanzione nei confronti di atteggiamenti elusivi degli aspetti di tutela dei lavoratori contenuti nella norma codicistica sia limitata negli ambiti di applicazione e comunque non appaia tale da spaventare operazioni di « spezzettamento » delle imprese a soli fini commerciali o, peggio, elusivi verso le norme del diritto del lavoro. Con la non astratta possibilità — sulla quale subito torneremo — che simili operazioni risultino perseguibili attraverso il vecchio **art. 1344 c.c. in tema di contratto in frode alla legge.**

4.5. Il contratto collettivo applicabile. Dottrina e giurisprudenza si sono dovute impegnare anche a risolvere l'intricata questione sollevata da quella disposizione dell'art. 2112 c.c. che, sempre tesa a conservare (quasi congelare) al lavoratore « ceduto » tutti i diritti derivanti dal rapporto di lavoro, ritiene ad esso applicabili « i **trattamenti economici e normativi**, previsti dai **contratti collettivi anche aziendali** vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano **sostituiti da altri contratti collettivi applicabili** all'impresa dell'acquirente ».

Si tratta di un elemento di **forte novità** rispetto alla lacuna del passato, che veniva in qualche modo colmata da interpretazioni estensive e divergenti di dottrina e giurisprudenza, spesso attraverso il richiamo dell'art. 2558 c.c. in tema di **subentro dell'acquirente** dell'azienda *nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale* (ALLAMPRESE, ⁶¹, 813; CIUCCIOVINO, ⁶², 37).

La **giurisprudenza**, all'opposto, negava l'applicabilità delle discipline collettive pregresse ritenendo piuttosto immediatamente applicabile il contratto collettivo vigente presso il cessionario (CC 4 feb. 1988/1147, DPL, 1988, 1912; CC 10 apr. 1979/2983, NGL, 1979, 372; T Milano 18 febbraio 1989, NGL, 1989, 334), seppure non con effetti retroattivi (CC 26 feb. 1992/2410, MGL, 1992, 371).

La nuova formulazione della norma, co. 3°, non appare peraltro in grado di eliminare tutte le incertezze. Se è vero che il co. 3° del nuovo art. 2112 c.c. trova la propria origine direttamente nella direttiva comunitaria 1977/187, incentrata, si è visto, sul principio della tutela dei lavoratori ceduti, ciò che non convince del tutto è quella sorta di **condizione risolutiva** posta nella parte finale della norma medesima: « *salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa acquirente* ».

Di qui **due** diverse **opzioni**: l'una, propria della giurisprudenza minoritaria e di dottrina autorevole, chiarisce l'inciso parlando di **contratti « effettivamente applicati »** dall'imprenditore cessionario. Con conseguente **sostituzione automatica** — a prescindere dal livello e dai contenuti di tale contratto — nei confronti di quello applicato nell'impresa trasferita, e, ci pare, una **tutela minimale**, unica e unitaria **per tutti i dipendenti**, sebbene limitata ad una mera « *copertura* » da parte della disci-

plina collettiva (CC 11 mar. 2010/5882; CC 4 feb. 2008/2609) ha chiarito che il contratto collettivo dell'azienda ceduta si applica **solo** nel caso **l'azienda acquirente non applichi alcun contratto collettivo**, altrimenti ritenendosi immediatamente e *in toto* sostituita la prima dalla seconda, pur se contenente previsioni peggiorative.

In una seconda prospettiva (P Milano 10 giugno 1996, LG, 1996, 1041; T Parma 8 maggio 1997, OGL, 1997, 762; P Piacenza 28 aprile 1997, RCDL, 1998, 710) e da altra dottrina (LIEBMAN, ¹³; FOGLIA, ¹⁴, 333; ROMEI, ¹⁵, 199 ss.), si ritiene, con ampia considerazione della *ratio* normativa, di individuare quale **regola generale quella di cui all'art. 2112 c.c., co. 3°**, prima parte, per la quale il **contratto collettivo** del cedente continuerebbe ad **applicarsi** (anche) presso il cessionario sino alla sua **scadenza naturale**, a meno che le parti non risultino interessate da procedure consultive ed informative, pure previste dalla prima parte dell'art. 47 l. n. 428/1990, tese alla predisposizione di un **contratto collettivo c.d. « di ingresso »** ovvero stipulato successivamente all'atto traslativo.

In questo senso assumerebbe un ruolo primario un **accordo collettivo** teso appunto a disciplinare un **passaggio graduale** dei lavoratori trasferiti alla disciplina collettiva del cessionario: un **ponte** finalizzato « *ad armonizzare le differenze esistenti tra le diverse discipline collettive* » (ROMEI, ¹⁶, 200). Tale soluzione appare infine congrua anche con la lettera della legge, che ha usato il termine « **applicabili** » in luogo del più restrittivo « applicati », e altresì in considerazione del frequente assoggettamento a contratti collettivi stipulati da **rappresentanze sindacali eterogenee** rispetto ai lavoratori cui essi andrebbero poi applicati (LIEBMAN, ¹⁷, 544).

A quello che si è chiamato *contratto collettivo « di ingresso »*, la giurisprudenza (P Bergamo 11 agosto 1995, RCDL, 1995, 991; P Milano 30 marzo 1995, cit.; *contra*, a favore dell'efficacia *erga omnes*, CC 26 feb. 1992/2410, MGL, 1992) attribuisce tuttavia un'**efficacia limitata** agli iscritti alle associazioni sindacali firmatarie dello stesso, altrimenti configurandosi un'ipotesi di **condotta antisindacale** (P Milano 30 marzo 1995, cit.), con conseguente applicazione, ai non iscritti, del contratto collettivo del cedente (P Bergamo 11 agosto 1995, cit.).

4.6. Trasferimento d'azienda e licenziamenti individuali. Il c. 4 dell'art. 47, l. n. 428/1990 **amplia** ulteriormente il delineato quadro di **tutela** nei confronti dei lavoratori investiti dal trasferimento d'azienda, riferendosi esplicitamente alla « *facoltà dell'alienante di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti* »; disposizione derivante da quanto affermato già nella direttiva 1977/187 e in via di principio dalla giurisprudenza precedente relativa ai **rapporti tra disciplina del trasferimento e dei licenziamenti individuali**. Tale giurisprudenza, infatti, **non** riteneva **riconciliabile** il trasferimento d'azienda ad una **causa estintiva** del rapporto quale tratteggiata dall'art. 3, l. n. 604/1966.

Oggi, dunque, un **licenziamento collegato ad un trasferimento d'azienda** deve trovare la propria origine in un **evento autonomo ed indipendente** dal trasferimento medesimo, posto che « *il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento* ». Inoltre, nel nuovo testo dell'art. 2112 c.c. è scomparso il riferimento al « tempo utile » in cui la disdetta doveva avvenire; sebbene ciò non significhi altro che occorrerà comunque **seguire la disciplina vigente in termini di preavviso** di licenziamento. Con la avvertenza che se il preavviso è ancora in corso al momento

del trasferimento d'azienda, si può concludere circa la titolarità del cessionario di un rapporto di lavoro in via di estinzione sino ad esaurimento del medesimo periodo di preavviso (P Torino 23 dicembre 1993, GP, 194, 380). Il preavviso diverrebbe così un **termine legale sospensivo** dell'efficacia del **negozio di recesso** (sulla natura reale del preavviso, in termini concordi, tra le altre CC 9 giu. 1994/5969; *contra*, CC 10 feb. 1989/831).

Per altro verso, la **giurisprudenza**, già prima del 1990, individuava gli estremi del giustificato motivo di recesso in **interventi sull'assetto organizzativo e produttivo** previsti dal datore di lavoro subentrante (CC 18 ago. 1982/4637, GC, 1983, I, 467; P Forlì 13 marzo 1980, RGL, 1980, II, 1066). E successivamente affermava la legittimità del recesso da parte del cedente, per *giustificato motivo oggettivo*, in caso si dimostrasse che la **risoluzione di alcuni rapporti** di lavoro costituiva una **condizione per l'acquisto dell'azienda**, ferma restando *l'impossibilità* (dimostrata) di *impiegare altrimenti il lavoratore* interessato (CC 9 set. 1991/9462, NGL, 1992, 269; P Moncalieri 20 aprile 1994, GP, 1994, 236).

La **dottrina**, invece, con percorsi diversi ha **valorizzato una soluzione sindacale** e consensuale di simili situazioni arrivando talora a **negare** la possibilità di un **licenziamento per g.m.o.** (LIEBMAN, ⑨), da parte del cedente; ciò che spetterebbe dunque al cessionario. Altra dottrina (ROMEI, ⑤, 97; TINTI, ⑤, 660) ha ritenuto possibile un **licenziamento per g.m.o.** da parte del cedente, sulla base del **nesso di causalità** tra licenziamento e scelta organizzativa o attraverso il ben più pregnante strumento dei **licenziamenti collettivi** (e per lo specifico tramite degli strumenti di **informazione/consultazione sindacale** di cui ai co. 1° e 2° dell'art. 47, l. n. 428/1990 [TINTI, ⑤, 660]).

Su un altro versante, infine, la **giurisprudenza** si è occupata di casi di **licenziamento** a causa di trasferimento e **successiva riassunzione**, dichiarando spesso **l'invalidità del recesso** in quanto fraudolento e fittizio (CC 29 mar. 1985/2214, OGL, 1985, 1230; CC 12 mag. 1993/5402, RGL, 1994, II, 455), anche se in presenza di **accordi sindacali** sul punto [CC 12 mag. 1993/5402, cit.; su un caso di licenziamento *per facta concludentia* ravvisato nel **rifiuto del cessionario di assumere** il lavoratore, P Milano 8 settembre 1998, RCDL, 1999, 210; al contrario, circa un'ipotesi di (legittimo) **rifiuto del lavoratore** di passare alle dipendenze della società cessionaria, v. già CGCE 12 novembre 1998, causa C-399/96, *Europièces S.a. in liquidazione*].

5. **Gli obblighi procedurali e di informazione e consultazione sindacale.** Sul conseguente profilo degli **aspetti procedurali** relativi ad obblighi di **informazione e consultazione** (PERULLI, ②), di cui all'art. 47, co. 1° e 2°, l. n. 428/1990, la **giurisprudenza** appare quantitativamente meno rilevante che sugli aspetti sostanziali esaminati; eppure si caratterizza per riguardare la parte senz'altro **più innovativa** delle disposizioni introdotte con la legge del 1990 e derivante da decisioni della Corte di Giustizia (in specie CGCE 10 luglio 1986, causa 235/84, FI, 1989, IV, 12), relativa appunto al **ruolo essenziale del sindacato** (GALANTINO, ④, 213).

L'ambito di applicazione di tali procedure è peraltro **circoscritto** alle aziende con più di **quindici dipendenti** occupati, secondo uno schema oramai comune; quindici dipendenti che vanno **computati** « senza che possa aver rilievo la circostanza che si

versi in ipotesi di *trasferimento di ramo d'azienda* cui inerisca un *numero* di rapporti individuali di lavoro *inferiore*» (CC 13 nov. 2009/24093).

Le **organizzazioni sindacali destinatarie** delle informazioni vanno individuate concretamente con riguardo alle «**unità interessate**» **dell'alienante**, oggetto della vicenda traslativa e comunque da essa coinvolte giuridicamente, economicamente e socialmente; mentre per le «**unità**» **dell'azienda acquirente**, occorrerà far riferimento all'impatto che il trasferimento eserciterà sull'azienda di destinazione. La dottrina, infine, ha ritenuto che anche nell'ipotesi di esistenza di **una sola r.s.a.** l'obbligo informativo vada assolto nei confronti di questa e della rispettiva associazione di categoria (ROMEI, ⑤, 114), non rilevando quanto previsto, per altro verso, dal secondo periodo dello stesso art. 47, co. 1°, l. n. 428/1990.

Il *dies a quo* dal quale decorre il termine di 25 giorni per l'adempimento dell'obbligo di comunicazione di cui all'art. 47 co. 1°, stante l'incerta formula letterale («*quando si intenda effettuare*»), è individuato dalla dottrina prevalente nella data fissata per la **stipulazione del contratto** di trasferimento d'azienda (ROMEI, ⑤, 119; SANTORO-PASSARELLI, ⑩, 153); così come è condivisa l'idea che le **procedure sindacali** debbano **precedere** il negozio traslativo, pena la frustrazione della funzione di tutela esercitabile dal sindacato stesso.

L'informazione deve essere data **per iscritto** (P Pistoia 13 aprile 1994, FI, 1995, 408, *ad substantiam*; *contra*, P Torino 9 maggio 1992, GP, 1992, 515), ed i **contenuti** debbono comprendere quanto esplicitamente disposto dall'art. 47, co. 1°, l. n. 428/1990. La giurisprudenza, piuttosto esigua sul punto, ha richiesto una certa **puntualità** nelle informazioni, altrimenti potendosi configurare un **comportamento antisindacale** (P Napoli 7 dicembre 1993, FI, 1995, 408); la dottrina si muove invece tra il richiedere solo l'indicazione dei **motivi** della vicenda traslativa che **si riverberano sull'organizzazione produttiva e del lavoro** (TOSI, ⑤, 789; SANTORO-PASSARELLI, ⑩, 152), e l'affermare invece che l'informazione debba riguardare **tutti gli aspetti attinenti alla gestione complessiva dell'impresa** (per tutti PERULLI, ⑫, 549; da ultimo P Milano 19 gennaio 1999, OGL, 1999, 125, chiarisce peraltro che, seppure «finalizzata a *sottoporre* il trasferimento **d'azienda** *al vaglio di una verifica di legittimità sostanziale* e non solo meramente burocratica», l'informazione **non** deve «diventare un *mezzo di acquisizione anche di altre notizie*, non strettamente necessarie...»).

5.1. Sulla applicabilità dell'art. 28 St. lav., in particolare circa la «rimozione degli effetti». L'art. 28 è richiamato espressamente quale **norma sanzionatoria** per il mancato rispetto, da parte di alienante ed acquirente, dell'obbligo di **esame congiunto** (art. 47, co. 2°, ult. parte); rimanendo così escluso, *expressis verbis*, il caso del violato obbligo di informazioni. Tuttavia, sia la **dottrina** che la **giurisprudenza** prevalenti hanno ritenuto tale sanzione **applicabile** altresì all'ultima ipotesi considerata (P Milano 13 giugno 1994, RCDL, 1995, 101; P Napoli 7 dicembre 1993, cit.; in dottrina SANTORO-PASSARELLI, ⑩, 151; ROMEI, ⑤, 140). Anche perché l'invio delle **informazioni** si presenta quale **condizione necessaria** al sindacato per giungere preparato **all'esame congiunto**, e alla stessa stregua va dunque considerato anche sotto il profilo sanzionatorio (P Lodi 28 luglio 1995, RCDL, 1995, 863). Addirittura si è configurata quale **condotta antisindacale** la conduzione, da parte del datore di la-

voro, di **trattative dirette con i lavoratori**, scavalcandosi cioè l'esame congiunto (P Milano 17 giugno 1997, cit.); e si è sottolineato in definitiva come la procedura di comunicazione di cui al co. 1° dell'art. 47 sia in verità posta non solo a **tutela dei sindacati** ma **anche dei lavoratori** « *per fornire loro una chiara informazione* » (P Milano 16 dicembre 1993, RCDL, 1994, 570; P Nola 29 gennaio 1997, OGL, 1997, 137). Infine, nel caso di **ordine giudiziale** di « cessazione del comportamento illegittimo e ... **rimozione degli effetti** », si è ritenuto — sul presupposto che l'intera procedura di informazione/consultazione costituisce **requisito ad substantiam**, essenziale, **del-l'atto di trasferimento** (P Lodi 28 luglio 1995, cit.; P Pistoia 13 aprile 1994, FI, 1995, I, 408; P Milano 2 aprile 1996, RCDL, 1997, 75; v. anche CGCE 8 giu. 1994, causa C-382/92, circa la necessità di un adeguato meccanismo sanzionatorio) — che la **rimozione degli effetti** debba concretarsi nella **dichiarazione di nullità del trasferimento** medesimo (in senso meno rigoroso, in dottrina ROMEI, ⁵⁵, 133; in giur. P Udine 9 agosto 1995, LG, 1996, 291).