

ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO

ESTRATTO

ANNALI X - 2017

Giovanna Pacchiana Parravicini

**TRASFERIMENTO D'AZIENDA
ED ESTERNALIZZAZIONI
(DIRITTO DEL LAVORO)**

pubblicazione fuori commercio

GIUFFRÈ

T

TRASFERIMENTO D'AZIENDA ED ESTERNALIZZAZIONI (diritto del lavoro)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La nozione di azienda. — 3. La nozione di ramo d'azienda. — 4. La nozione di trasferimento d'azienda. — 5. La procedura per il trasferimento. — 6. Le conseguenze del trasferimento sui rapporti individuali di lavoro. — 7. Il rilievo della volontà delle parti. — 8. La responsabilità solidale. — 9. Trasferimento d'azienda e contratto collettivo. — 10. Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni. — 11. Trasferimento d'azienda e processo. — 12. Il trasferimento dell'azienda in crisi. — 13. Trasferimento d'azienda e rapporti alle dipendenze della pubblica amministrazione. — 14. Il trasferimento d'azienda e il diritto del lavoro che cambia.

1. *Premessa.* — La disciplina che sancisce la tendenziale insensibilità dei rapporti di lavoro alle vicende circolatorie dell'azienda — l'art. 2112 c.c. — è il punto di intersezione di molteplici piani: quello del dialogo tra ordinamento interno ed europeo, tra fonti collettive ed individuali, tra legislatori e giudici fino ad arrivare a toccare anche il rapporto tra discipline dettate da diritti che si ritengono speciali (1). Per questo si può sin da subito affermare che la trattazione dei profili giuslavoristici del trasferimento d'azienda si muove su una strada tortuosa e in salita. E non tanto per la disciplina che, seppure oggetto di vari interventi del legislatore, è tutto sommato lineare e di agevole applicazione. Le difficoltà si incontrano a monte, quando, cioè, ci si interroga sulla fattispecie « trasferimento d'azienda ».

Le nozioni di azienda e di parte di essa sono, infatti, al centro di un vero e proprio conflitto interpretativo, che poggia su un diverso appoggio ideologico alla problematica. A una forza centripeta — che tende ad allargare quanto più possibile il perimetro di applicazione della norma e a farvi gravitare ogni ipotesi di mutamento nella titolarità di un'entità economica — si contrappone con

sempre maggiore frequenza una tendenza centrifuga che, invece, tenta di svuotare la fattispecie e/o restringerne l'ambito di operatività. Le due forze contrapposte, che palesano precisi obiettivi finalistici, derivano dal fatto, ormai comunemente riconosciuto (2), che la norma — nata con il fine, espresso anche nella rubrica novellata nel 2001, di tutelare il lavoratore coinvolto nel mutamento di titolarità dell'azienda — ha subito in fase di applicazione un sorta di torsione (3) che rischia, almeno a detta di alcuni e in talune situazioni (4), di alterarne il segno garantistico fino a farne precetto potenzialmente pregiudizievole per i lavoratori. Infatti, se da una parte l'art. 2112 c.c. nasce con lo scopo di garantire al lavoratore ceduto la continuità del rapporto e la sua tendenziale impermeabilità alla vicenda societaria, dall'altra può diventare il veicolo con cui il datore di lavoro, liberandosi dell'azienda o, più spesso, di parte di essa, espelle lavoratori senza dover passare attraverso la procedura di licenziamento, e quindi a costo zero (5).

La questione della ritenuta eterogenesi dei fini deriva da una presunta antinomia tra il disposto con cui si apre l'art. 2112 comma 1 c.c. — « il rapporto di lavoro continua con il cessionario » — e la regola generale dettata in tema di cessione del contratto dall'art. 1406 c.c., che subordina la mo-

(2) MARESCA, *Le « novità » del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 587; SANTORO-PASSARELLI G., *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, ivi, 575.

(3) Così CORAZZA, *L'equivoco delle esternalizzazioni italiane smascherate dalla Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Riv. dir. lav.*, 2014, II, 684.

(4) Come si vedrà *infra*, nel § 3, l'eterogenesi dei fini di cui è accusata la disciplina riguarda il trasferimento del ramo di azienda.

(5) Parla di forma incontrollata di espulsione Cass. 27 maggio 2014, n. 11832.

(1) Con tali intendendosi il diritto del lavoro, il diritto commerciale e quello fallimentare.

difica soggettiva al consenso del contraente ceduto.

In altre parole, la previsione contenuta nell'art. 2112 comma 1 c.c., per cui il rapporto di lavoro si trasferisce al cessionario a prescindere dal consenso del lavoratore ceduto — previsione che nell'intenzione del legislatore vuole garantire il lavoratore ed evitare che il trasferimento sia causa di licenziamento —, è stata tacciata di costituire lo strumento legale che consente al datore di lavoro di liberarsi di alcuni dipendenti senza dover subire costi e rischi del licenziamento (6). Come si vedrà, dopo un primo tentativo, rivelatosi vano, di ovviare alla "torsione" ricavando dalla disposizione di cui all'art. 2112 c.c. un diritto del lavoratore ad opporsi al passaggio alle dipendenze del cessionario (7), la lamentata divaricazione tra fine garantista della norma e suoi effetti, talora potenzialmente dannosi per i lavoratori, ha portato alcuni interpreti ad arretrare la tutela dalla disciplina (e quindi dal tentativo di accreditare la necessità del consenso del lavoratore ceduto) alla fattispecie dell'art. 2112 c.c. Si è fatto così strada un filone interpretativo che cerca di circoscrivere i confini della norma codicistica per ridurre le ipotesi di trasferimento d'azienda e quindi di passaggio automatico dei lavoratori al cessionario, a favore dell'applicazione della regola generale dell'art. 1406 c.c. che valorizza la volontà del contraente ceduto. Di contro, vieppiù si allargano le ipotesi di trasferimento d'azienda, vieppiù aumentano i casi in cui il lavoratore vede mutare la soggettività del datore di lavoro senza potersi opporre alla modifica del suo contratto. È peraltro, a questo punto, necessario sottolineare, a dimostrazione delle varie sfaccettature del tema, che la tendenza centrifuga e, prima ancora, la crisi di identità (8) che ha investito la disciplina del trasferimento d'azienda hanno un rilievo solo nazionale, mentre nel contesto europeo — di cui tale disciplina costituisce, o meglio vorrebbe costituire, attuazione — essa gode di ampia legittimazione e consenso, con la chiara prevalenza delle spinte centripete.

Il rilievo che precede introduce un'altra problematica che spiega perché la strada è impervia: essa, infatti, si snoda su un percorso popolato da interlocutori che non solo non sono sempre sintonici, ma talora parlano linguaggi diversi. Prova ne

(6) SPEZIALE, *Il trasferimento d'azienda tra disciplina nazionale e interpretazioni "vincolanti" della Corte di Giustizia Europea*, in WP CSDLE D'Antona.it, n. 46, 2006, 16.

(7) SCARPELLI, « *Esternalizzazioni* » e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce, in *Dir. rel. ind.*, 1999, 351.

(8) MARESCA, *op. cit.*, 588.

è la recente giurisprudenza in tema di identificazione del ramo di azienda (di cui si dirà *infra*, nel § 3), che vede la Corte di giustizia (9) e i giudici nazionali muoversi su piani che sembrano destinati non solo a non dialogare, ma addirittura a non incontrarsi.

Per concludere la premessa, ma senza il classico *dulcis in fundo*, occorre ancora avvisare che la stessa fattispecie « azienda » (così come quella di « parte » o « ramo » di essa) è affetta da polimorfismo. Vi convivono, invero, accanto alle spoglie dell'azienda modellata sulla fabbrica fordista e verticale, le nuove forme di organizzazione dell'attività economica in senso orizzontale, multisocietaria e ora in rete (10). Altrimenti detto, nella stessa fattispecie azienda, accanto alla fabbrica materiale, pesante (11), alloggia l'azienda dematerializzata, leggera, in cui *know-how*, marchio e organizzazione costituiscono elementi fondamentali se non prevalenti (12).

La sfuggente nozione di azienda rende problematica la sua identificazione e definizione, così che l'istituto appare talora un gigante dai piedi d'argilla. Volendo ridurla a un'immagine, la fattispecie del trasferimento d'azienda può essere agevolmente paragonata a una nebulosa i cui confini non sono facilmente delineabili e anzi sono in continuo movimento, a dispetto della disciplina che è, invece, di più chiara e piana applicazione.

2. La nozione di azienda. — La definizione di azienda e del suo trasferimento, specie se in parte, costituisce il problema centrale della nostra tematica (13). Ne sono testimoni i numerosi interventi

(9) C. giust. UE 6 marzo 2014, causa C-458/12, Telecom, in *Riv. dir. lav.*, 2014, II, 461, con nota di CESTER, *Il trasferimento del ramo d'azienda ancora alla prova della Corte di giustizia fra uso capovolto della normativa di tutela e disciplina di maggiore favore*, e ivi, 684, con nota di CORAZZA, *op. cit.*

(10) AIMO e IZZI, *Decentramento produttivo ed esternalizzazioni nell'era dell'impresa a rete: note introduttive*, in *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori* a cura di AIMO e IZZI, Torino, 2014, XVII; DE LUCA TAMAJO, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, in *Riv. dir. lav.*, 2007, I, 3; Id., *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura, in I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici* a cura di DE LUCA TAMAJO, Napoli, 2002, 9; CARINCI M.T., *Le delocalizzazioni produttive in Italia: problemi di diritto del lavoro*, in WP CSDLE D'Antona.it, n. 44, 2006; CORAZZA e RAZZOLINI, *Who is an employer?*, ivi, n. 110, 2014.

(11) SPEZIALE, *op. cit.*, 12.

(12) Sui cambiamenti dell'organizzazione produttiva ed i riflessi che essi hanno sulla tutela dei diritti dei lavoratori v. RUSCIANO, *Diritti dei lavoratori e mutamenti economico-produttivi*, Napoli, 2014.

(13) Il problema definitorio affligge peraltro il diritto

che sulla fattispecie sono stati fatti dal legislatore (interno ed europeo) e dalla giurisprudenza. A livello unieuropeo il legislatore è passato dalla originaria versione della direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, n. 77/187/CEE — priva di individuazione della fattispecie e con la mera delimitazione dell'ambito di applicazione, riferito ai « trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti a un nuovo imprenditore » — alla definizione di trasferimento d'azienda contenuta nella direttiva del Consiglio 29 giugno 1998, n. 98/50/CE (di modifica di quella del 1977), che fa riferimento al trasferimento « di un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria »: definizione rimasta inalterata nella direttiva del Consiglio 12 marzo 2001, n. 2001/23/CE, che sostituisce la precedente.

Occorre peraltro precisare che tali interventi sono tributari della lunga operazione ermeneutica svolta dalla Corte di giustizia che, a partire dalla sentenza « Spijkers » (14), ha rielaborato, via via ampliandola, la nozione di azienda.

Nell'occuparsi della fattispecie, la Corte di giustizia ha assunto un approccio fenomenologico chiarendo sin da subito che di per sé l'alienazione di elementi attivi di un'impresa, stabilimento o parte di essi non configura un trasferimento d'azienda. Ciò che, a detta della Corte, concretizza la fattispecie, distinguendola dalla mera cessione di una pluralità di beni singolarmente considerati, è il fatto che la gestione dell'azienda come insieme aggregato di strumenti di produzione materiali e/o immateriali « sia stata effettivamente proseguita o ripresa dal nuovo titolare ». Ha ancora precisato la Corte di giustizia nella sentenza richiamata che, « Per determinare se siano soddisfatte queste condizioni, si deve prendere in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione di cui trattasi, fra le quali rientrano in particolare il tipo di impresa o di stabilimento in questione, la cessione o meno degli elementi materiali, quali gli edifici ed i beni mobili, il valore degli elementi immateriali al momento della cessione, la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela, nonché il grado di analogia delle attività esercitate prima e

dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione di tali attività. Va tuttavia precisato che tutti questi elementi sono soltanto aspetti parziali della valutazione complessiva cui si deve procedere e non possono, perciò, essere considerati isolatamente » (15). Fatto proprio questo metodo di indagine e precisato che « un'entità non può essere ridotta all'attività che le era affidata » (16), la Corte, sul presupposto che alla dilatazione della fattispecie corrisponde un'estensione della sua disciplina garantista, ha via via ricondotto sotto l'ombrello della direttiva ogni ipotesi in cui vi sia un mutamento di titolarità di un'entità economica organizzata, per tale intendendosi ogni entità organizzata in grado di produrre beni e/o offrire servizi autonomamente, che mantenga l'identità della precedente. Con la precisazione che tale entità può consistere tanto in un insieme organizzato di beni materiali quanto in un'organizzazione di rapporti giuridici (17).

Se il cammino del legislatore europeo e della Corte di giustizia sono lineari e sostanzialmente sintonici, recependo il primo le sollecitazioni che arrivano dalla seconda, è sul versante interno che si colgono, già a livello di dato normativo, le difficoltà poste dalla delimitazione dell'ambito e, soprattutto, le tensioni tra i diversi protagonisti del percorso.

(15) C. giust. CE 18 marzo 1986, causa C-24/85, cit., punto 13; da ultimo v. C. giust. UE 26 novembre 2015, causa C-509/14, ADIF/Pascual.

(16) C. giust. CE 11 marzo 1997, causa C-13/95, Süzen. Più di recente C. giust. UE 20 gennaio 2011, causa C-463/09, CLECE, in *Mass. giur. lav.*, 2011, 172, con nota di COSIO, *La distinzione tra appalto e trasferimento d'impresa nella giurisprudenza comunitaria*.

(17) C. giust. UE 9 settembre 2015, causa C-160/14, Ferreira, ma occorre rilevare che in passato la Corte di giustizia (C. giust. UE 20 gennaio 2011, causa C-463/09, cit.) aveva negato la sussistenza della fattispecie in un caso in cui un comune, dopo aver affidato all'esterno l'attività di pulizia, aveva deciso di svolgerla internamente, assumendo a tal fine proprio personale, diverso da quello in precedenza adibito all'appalto. Poco tempo dopo, però, la Corte pare tornare sui suoi passi quando, con la sentenza « Ferreira », ammette che rientri nella nozione di trasferimento d'azienda, ai sensi della direttiva n. 2001/23/CE, cit., l'ipotesi in cui « un'impresa pubblica, incaricata di esercitare un'attività economica di movimentazione di unità di trasporto intermodale, affidi, con un contratto di gestione di servizi pubblici, la gestione di tale attività a un'altra impresa, mettendo a disposizione di quest'ultima le infrastrutture e le attrezzature necessarie di cui essa è proprietaria, e in seguito decida di porre termine a tale contratto senza riassumere il personale di quest'ultima impresa », con la motivazione che in futuro avrebbe gestito « essa stessa detta attività con il proprio personale » (v. C. giust. UE 26 novembre 2015, causa C-509/14, cit., punti 23 ss.). Così, peraltro, anche C. giust. UE 6 settembre 2011, causa C-108/10, Scattolon.

del lavoro in generale, a partire dalle stesse nozioni di datore di lavoro e lavoratore subordinato, su cui si rinvia a CORAZZA e LAVAZZOLI, *op. cit.*

(14) C. giust. CE 18 marzo 1986, causa 24/85, Spijkers, in *Foro it.*, 1989, IV, 11.

Iniziando dal dato normativo, si deve rilevare che, al pari della direttiva n. 77/187/CEE, cit., anche la versione originaria dell'art. 2112 c.c. non si preoccupava di definire la fattispecie, limitandosi a dettare la disciplina ad essa applicabile.

Il silenzio del legislatore ha indotto la giurisprudenza a ritenere implicito un rinvio alla nozione di azienda di cui all'art. 2555 c.c., che parla di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa (18).

Soltanto nel 2001, con il d. lg. 2 febbraio 2001, n. 18, attuativo della direttiva n. 98/50/CE, cit., il legislatore italiano si fa carico di dare una definizione di trasferimento d'azienda, che poi modifica leggermente (19) nel 2003 con l'art. 32 d. lg. 10 settembre 2003, n. 276. Ai sensi del comma 5 del (due volte) riscritto art. 2112 c.c., « Ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che [...] 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 [...] ».

La lettera delle due norme segna già un chiaro mutamento di passo. L'art. 2555 c.c. definisce l'azienda come il complesso di « beni » organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa, mentre nell'art. 2112 comma 5 c.c. l'azienda è un'« attività economica organizzata », con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità.

Vi è, dunque, un primo dato da registrare che appare non secondario, anche per il suo rilievo sistematico: il legislatore interno riconosce, quantomeno per la disciplina del trasferimento d'azienda, la specialità del diritto del lavoro rispetto al diritto civile. In altre parole, quando sono in gioco le posizioni dei lavoratori, la nozione di azienda cui fare riferimento è quella scritta per il

(18) In Cass. 8 novembre 1983, n. 6608 (massima), si legge che « Il trasferimento di azienda previsto dall'art. 2112 c.c. postula, per il collegamento sistematico con la nozione di azienda offerta dall'art. 2555 dello stesso codice, il trasferimento di un complesso organizzato di beni idoneo per sé a consentire l'inizio o la continuazione di un'attività imprenditoriale ed è, pertanto, configurabile anche quando detto complesso non esaurisca i beni costituenti l'azienda ceduta o ad esso non si accompagni l'esercizio attuale dell'attività imprenditoriale; lo stabilire se una determinata convenzione abbia o meno attuato la fattispecie suddetta si risolve in un accertamento di fatto ».

(19) Quanto alla nozione di azienda, mentre, come si vedrà nel prossimo paragrafo, è più radicale la modifica della nozione di ramo.

diritto del lavoro all'art. 2112 comma 5 c.c. e non, invece, quella contenuta nell'art. 2555 c.c. (20).

Il rilievo non è però di ordine meramente sistematico. Esso ha un forte impatto anche sull'ambito di estensione dell'istituto, atteso che, come si vedrà, le due nozioni, quella dell'art. 2112 comma 5 c.c. e quella dell'art. 2555 c.c., non sono sovrapponibili presentando caratteri strutturali fortemente distinti.

Sparisce, infatti, nella nozione giuslavoristica interna, oltre al riferimento alla natura imprenditoriale dell'attività, il richiamo alla presenza di beni, sostituito dal rinvio all'elemento dell'organizzazione. Dunque, l'azienda ai fini giuslavoristici è un'entità che può avere forme diverse: può essere un insieme di beni materiali; può avere una componente smaterializzata che si affianca ai beni materiali; ma può anche essere del tutto immateriale e consistere in un insieme di rapporti giuridici e/o contratti (è il caso dell'attività cosiddetta *labour intensive*, quale ad esempio quella dei programmatori *software*) (21). La disciplina lavoristica si applica a tutte queste ipotesi a condizione che gli elementi, materiali e non, siano tra loro organizzati e che il cessionario subentri in tale organizzazione.

Si può quindi affermare che la fattispecie rilevante, ai fini del diritto del lavoro, si libera dell'aspetto necessariamente materiale — a lungo tempo ritenuto essenziale (22) — e fa perno, invece, sulla « organizzazione ».

A corroborare l'opzione interpretativa della nozione di azienda, ai fini giuslavoristici, come insieme organizzato anche solo di beni immateriali, soccorre un'altra norma che individua, seppure in negativo, i confini della fattispecie. È il comma 3 dell'art. 29 d. lg. n. 276, cit., recentemente riformato dalla l. 7 luglio 2016, n. 122, secondo cui non costituisce trasferimento « l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa ed operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto, ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa ».

Occorre qui ricordare che, ai sensi del comma 1 dello stesso art. 29, l'appaltatore « genuino » è

(20) MARESCA, *Le « novità » del legislatore nazionale*, cit., 594.

(21) SPEZIALE, *Il trasferimento d'azienda*, cit., 12.

(22) SANTORO-PASSARELLI, *La nozione di azienda trasferita*, cit., 575.

colui che organizza i mezzi necessari allo svolgimento dell'appalto, potendo tale organizzazione « risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa ».

Il legislatore del 2003, cioè, indica chiaramente che l'appalto è genuino quando l'appaltatore organizza i mezzi necessari, siano essi beni materiali oppure rapporti giuridici.

Il legislatore del 2016 ribadisce poi, ove ve ne fosse necessità, che l'appaltatore deve essere « dotato di propria struttura organizzativa ed operativa » e che proprio in tale struttura organizzativa devono essere ravvisati « elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa ».

Dunque, ai sensi dell'art. 29 d. lg. n. 276, cit., se un soggetto subentra a un altro in un appalto, acquisendone i lavoratori ma modificando l'organizzazione precedente, il mutamento nella titolarità di quei rapporti di lavoro, privo del "collante" della immutata organizzazione — e quindi, ai sensi della novella del 2016, che presenta elementi di discontinuità che gli conferiscono una specifica identità di impresa —, non ricade sotto l'art. 2112 c.c. bensì sotto l'art. 1406 c.c., risolvendosi in singole cessioni di contratto (23). Viceversa se, a seguito di subentro in un appalto, l'organizzazione anche dei soli lavoratori rimane identica alla precedente, tale modifica soggettiva configura un trasferimento d'azienda, grazie appunto al "collante" della inalterata struttura organizzativa (24).

Sussiste, dunque, piena continuità tra le previsioni di cui agli art. 2112 c.c. e 29 d. lg. n. 276, cit. (25), nel senso che entrambe le norme distinguono il mutamento di titolarità dell'azienda dal subentro in singoli rapporti giuridici. Nel primo caso nulla muta se non la titolarità dell'impresa, mentre nell'appalto la diversa organizzazione dell'appaltatore comporta sia il mutamento della titolarità, sia la modifica dell'organizzazione di beni e rapporti giuridici (26).

(23) Trib. Udine 16 febbraio 2016, n. 5, in *Pluris*, <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

(24) In questo senso di recente Trib. Firenze 17 ottobre 2014, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 473.

(25) Continuità di cui la novella del 2016 non costituisce che una prova tangibile.

(26) NOVELLA e VALLAURI, *Il nuovo art. 2112 c.c. ed i vincoli del diritto europeo*, in *Giorn. dir. lav.*, 2005, 177; CESTER, *Il trasferimento di azienda o di parte d'azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'im-*

Sempre in tema di fattispecie occorre rilevare che, tanto nella norma nazionale quanto nella norma europea (27), la fattispecie azienda si caratterizza per un connotato diacronico: entrambe le disposizioni prevedono che l'entità economica organizzata debba avere una propria identità organizzativa specifica preesistente, che viene conservata dopo il mutamento di titolarità dell'azienda. Ha affermato in proposito la Suprema Corte: « secondo il consolidato orientamento di questa Corte si configura trasferimento d'azienda in tutti i casi in cui, ferma restando l'organizzazione del complesso dei beni destinati all'esercizio dell'attività economica, ne muta il titolare in virtù di una vicenda giuridica riconducibile al fenomeno della successione in senso ampio » (28).

Il requisito temporale rappresenta uno snodo che deve essere correttamente risolto: non solo e non tanto per individuare la nozione di azienda, quanto perché, come si vedrà nel paragrafo successivo, esso ha ricadute anche sulla nozione, parzialmente difforme, di ramo d'azienda. Va infatti rilevato che il connotato della preesistenza è stato comunemente interpretato in senso storico-cronologico: esso imporrebbe, cioè, di considerare azienda un'entità consolidata e non, invece, qualcosa creata *ad hoc* per esser ceduta (29). Secondo questa tesi l'azienda da trasferire deve avere alle spalle una storia che passa al cessionario.

L'interpretazione proposta — che, come si è detto, serve a dare anche del ramo d'azienda un significato analogo — non appare, però, l'unica possibile e/o necessitata. Infatti, il legislatore non indica da quanto tempo l'azienda deve preesistere al trasferimento. Se l'elemento temporale fosse davvero determinante, il legislatore avrebbe dovuto indicare un termine minimo per configurare la fattispecie. Soprattutto, affermare che il requisito della preesistenza ha una valenza storica significa o impedire che un'azienda venga costituita e immediatamente ceduta (ma nessuna norma del-

presa, in CARINCI M.T. e CESTER, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, in *Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276* coordinato da CARINCI F., Milano, 2004, 255; in giurisprudenza Trib. Firenze 13 novembre 2013, n. 411, in *Arg. dir. lav.*, 2014, 765, con nota di FONTANA, *Trasferimento d'azienda, successione nell'appalto, contratti a tempo determinato: circolarità e continuità del rapporto di lavoro*.

(27) La direttiva n. 98/50/CE, cit. prevede che l'entità economica debba conservare la sua identità ma non parla di preesistenza.

(28) Cass. 1° ottobre 2012, n. 16641, in *Riv. dir. lav.*, 2013, II, 343, con nota di INGRAO, *La nozione di trasferimento d'azienda tra giurisprudenza interna e comunitaria*.

(29) SPEZIALE, *op. cit.*, 16.

l'ordinamento interno o comunitario contiene tale divieto) o concludere che, in caso di costituzione di azienda e suo immediato mutamento di titolarità, non si applica la disciplina dell'art. 2112 c.c. (e non si vede quale disciplina sia applicabile).

Alla luce di quanto precede, si legittima un'altra interpretazione del requisito temporale che l'art. 2112 comma 5 c.c. attribuisce all'azienda: la fattispecie di tale norma ruota sulla conservazione dell'azienda stessa prima e dopo il mutamento della titolarità. In questa prospettiva il requisito della preesistenza non ha un valore assoluto ma relativo: esso è funzionale a verificare se davvero l'organizzazione è rimasta immutata. La preesistenza rappresenta il termine di paragone che funge da cartina di tornasole per la verifica della fattispecie. Come se con la locuzione « che preesiste al trasferimento e che conserva la sua identità » il legislatore chiedesse all'interprete di scattare un'istantanea di ciò che era prima del trasferimento e ciò che è stato dopo e verificarne la sovrapponibilità. Così, per aversi trasferimento d'azienda e non cessione di beni e contratti, è necessario e sufficiente che l'attività economica risulti immutata nella sua organizzazione. Ciò supone la necessità che, prima del trasferimento, si possa individuare una specifica organizzazione che continua, immutata, dopo il mutamento di titolarità. Ove, invece, al mutamento della titolarità dei beni segua una diversa organizzazione degli elementi, quel mutamento non rientra nella fattispecie dell'art. 2112 c.c., perché si ravvisa una mera cessione di singoli beni e/o rapporti. Al contrario se, col mutamento di titolarità, non muta l'organizzazione dei beni, il passaggio è soggetto alla disciplina della norma codicistica. In questa seconda chiave interpretativa, dunque, la preesistenza non ha una connotazione storico-cronologica né implica un assetto necessariamente protratto nel tempo. Essa richiede, invece, che l'entità preesista per poterla fissare e così verificarne la conservazione dopo il mutamento di titolarità dell'azienda.

3. *La nozione di ramo d'azienda.* — La tutela apprestata dall'ordinamento (sia interno sia unieuropeo) per il trasferimento d'azienda vale altresì per il cambiamento di titolarità di una sola parte di essa.

Sin dall'originaria direttiva n. 77/187/CEE, cit., infatti, il legislatore europeo aveva riferito l'ambito di applicazione della medesima al trasferimento anche di stabilimenti o parti di essi. Con la successiva direttiva n. 98/50/CE, cit., il legislatore ne

aveva previsto l'applicazione pure ai trasferimenti di imprese, stabilimenti o parti di imprese o di stabilimenti; applicazione rimasta immutata nella direttiva n. 2001/23/CE, cit., che ha sostituito la precedente.

Nel nostro ordinamento, invece, un riferimento alla parte di azienda compare solo nella modifica all'art. 2112 c.c. operata dal d. lg. n. 18 del 2001 (come già ricordato, attuativo della direttiva n. 98/50/CE, cit.). Qui il legislatore italiano specifica che « le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata ai sensi del presente comma, preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità ». Questa definizione di ramo d'azienda ha però vita breve: l'art. 32 d. lg. n. 276 del 2003 modifica la precedente definizione sostituendola con la previsione per cui « 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 e dal cessionario al momento del suo trasferimento ». È facile cogliere che la chiave di volta tra le due distinte definizioni sta nell'aggettivo « preesistente », che il legislatore del 2001 considera attributo necessario del ramo d'azienda e il legislatore del 2003 non solo elimina ma sostituisce con la previsione, esplicitamente contraria, per cui la parte di azienda può esser identificata in quanto tale da cedente e cessionario al momento del suo trasferimento.

Come già anticipato, sulla configurazione del ramo d'azienda — e in particolare sulla necessità che esso preesista al trasferimento — si è incentrata gran parte del dibattito sul tema in oggetto, specie perché la possibilità per cedente e cessionario di individuare discrezionalmente una parte di azienda all'atto della cessione è stata ritenuta il possibile veicolo per legittimare l'espulsione di lavoratori "scomodi". Da qui la tendenza centrifuga di cui si è detto all'inizio e l'interpretazione restrittiva, da parte della dottrina e della giurisprudenza, pressoché compatte (30), della nozione di ramo d'azienda, volta a escludere l'ipotesi di tra-

(30) A favore della tesi cfr. SPEZIALE, *op. cit.*, 20 ss.; NOVELLA, *Il trasferimento di ramo d'azienda: la fattispecie*, in *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori* a cura di AIMO e IZZI, cit., 235; VALLAURI, *Outsourcing e rapporti di lavoro*, in *D. disc. priv., sez. comm.*, Aggiornamento, II, 2003, 722; contra TOSI, *La "preesistenza" del ramo d'azienda tra Corte di Giustizia U.E. e Corte di Cassazione: il re ora è nudo*, in *Giur. it.*, 2014, n. 8-9, 1952.

sferimento di parte di azienda, con automatico passaggio dei dipendenti al cessionario, ravvisando, invece, una cessione di una pluralità di contratti, soggetti alla disciplina dell'art. 1406 c.c. e *in primis* al consenso dei lavoratori ceduti.

In particolare nella giurisprudenza interna si è consolidato l'orientamento di ritenere necessaria la preesistenza in senso storico del ramo d'azienda, nonostante l'abolizione, operata dal legislatore del 2003, di tale requisito, sostituito con la previsione per cui il ramo può essere individuato come tale al momento del trasferimento. In sostanza, secondo questo orientamento, la necessità che la parte di azienda trasferita conservi la sua identità presuppone necessariamente che tale identità preesista alla cessione (31). Al contrario altra dottrina ha, correttamente, sottolineato che la nozione di ramo d'azienda va intesa in senso "proiettivo" (32), vale a dire avendo riguardo a ciò che quel ramo potrà produrre e non già al "passato produttivo".

Si coglie su questo punto una profonda frattura tra il legislatore nazionale, che con la previsione della possibilità di individuare il ramo al momento della cessione dà all'interprete un segnale (che parrebbe) inequivoco, e l'interprete medesimo che invece ritiene opportuno, quando non necessitato dalle norme comunitarie, forzare, ma forse anche stravolgere, il dato normativo (33).

All'osservatore esterno pare di assistere ad un dialogo tra sordi al quale partecipa, probabilmente inconsapevole, la Corte di giustizia, recentemente chiamata in causa dal giudice del lavoro di Trento che ha chiesto alla Corte di pronunciarsi sulla possibilità di qualificare come trasferimento di ramo d'azienda — ai sensi dell'art. 1 § 1 lett. *a* e *b* direttiva n. 2001/23/CE, cit. — il conferimento effettuato da Telecom Italia a favore di Telecom Italia Information Technology (TIT) di un ramo di attività informatica denominato « IT Operations », di cui i lavoratori lamentavano la non autonomia e preesistenza. La risposta che il giudice europeo dà al tribunale di Trento è emblematica della natura tutta italiana della crisi di identità da cui è affetta la fattispecie. La Corte, infatti, pur rilevando che la direttiva n. 2001/23/CE, cit. — quando all'art. 6 § 1 parla di conserva-

zione della propria autonomia da parte dell'impresa o stabilimento o parte di essi trasferiti — implica che tale autonomia preesista al trasferimento (34), risponde al quesito posto affermando che « l'articolo 1, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 2001/23 deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, la quale, in presenza di un trasferimento di una parte di impresa, consenta la successione del cessionario al cedente nei rapporti di lavoro nell'ipotesi in cui la parte di impresa in questione non costituisca una entità economica funzionalmente autonoma 'preesistente' al suo trasferimento » (35). In una prospettiva che legge la disciplina del trasferimento di ramo d'azienda in un'ottica meramente garantista — senza cioè le lenti di chi è preoccupato della presunta eterogeneità dei fini che la disciplina rischia di realizzare — la Corte ragiona in termini inclusivi, centripeti: nell'art. 1 della direttiva rientra certamente il trasferimento di un'attività che preesiste, ma il legislatore interno è libero di allargare la fattispecie e includervi anche i casi in cui il ramo non preesiste ma viene creato *ad hoc*. La risposta del giudice europeo, se apparentemente può sembrare avallare la tesi della preesistenza, in realtà non può esser letta in tal senso: sia perché ammette la conformità alla direttiva di diverse previsioni nazionali (che ampliano lo spettro di applicazione della tutela) sia, e prima ancora, perché muove chiaramente da un punto di vista distinto da quello del giudice remittente. Mira cioè a uno scopo inclusivo, opposto a quello di chi valorizza la preesistenza in senso storico per fuggire dall'art. 2112 c.c. E ancora: non si può non rilevare che, se è vero che la Corte ha sottolineato che il ramo deve preesistere alle vicende circolatorie, è altrettanto vero, come già argomentato, che la conservazione dell'identità e la conseguente preesistenza non vanno intese in un'accezione storica. Si può infatti avanzare l'interpretazione secondo cui l'organizzazione stabile è, invece, l'elemento che consente la verifica della conservazione dell'identità. In questa accezione, che — si ripete — non rinvia a un passato dell'azienda ma alla possibilità di individuarne i confini "prima" del trasferimento per verificarne l'identità "dopo", va intesa la preesistenza che la Corte ritiene implicita nella previsione comunitaria per cui l'azienda deve conservare la sua identità. E anzi, proprio la circostanza che la Corte asserisca l'elemento della

(31) Da ultimo Cass. 28 settembre 2015, n. 19141, nonché Cass. 26 maggio 2014, n. 11721, in *Giur. it.*, 2014, n. 8-9, 1950, con nota di TOSI, *op. cit.*

(32) Così TOSI, *op. cit.*

(33) Contro un'operazione ermeneutica finalizzata a restringere la nozione di ramo d'azienda per « concezioni ontologiche o autarchiche di unità produttiva » cfr. TREU, *Cessione di ramo d'azienda: note orientative e di metodo*, in *Riv. dir. lav.*, 2016, I, 49.

(34) SPEZIALE, *op. cit.*

(35) C. giust. UE 6 marzo 2014, causa C-458/12, cit. *supra*, nt. 9, punto 42.

preesistenza al requisito della conservazione dell'identità (36) si ritiene costituisca la migliore prova del fatto che la prima non ha un valore storico autonomo, ma è un parametro di riferimento della seconda. Quanto, infine, alla nozione di autonomia funzionale, altro requisito che ai sensi dell'art. 2112 comma 5 c.c. contraddistingue il ramo di azienda, essa va intesa nel senso di « capacità di questo, già al momento dello scorporo dal complesso cedente, di provvedere ad uno scopo produttivo con i propri mezzi funzionali ed organizzativi e quindi di svolgere — autonomamente dal cedente e senza integrazioni di rilievo da parte del cessionario — il servizio o la funzione cui risultava finalizzato nell'ambito dell'impresa cedente al momento della cessione, indipendentemente dal coevo contratto di fornitura di servizi che venga contestualmente stipulato tra le parti » (37).

4. La nozione di trasferimento d'azienda. — La tendenza espansiva dell'art. 2112 c.c. si coglie anche nella nozione di trasferimento che il legislatore del 2001 (d. lg. n. 18, cit.) dà riscrivendo il comma 5 della norma codicistica. Prevede, infatti, la disposizione in oggetto l'applicabilità della disciplina garantista a ogni ipotesi in cui, a seguito di cessione contrattuale o fusione, si verifichi un mutamento nella titolarità dell'azienda, a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato, ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda. Per quanto il dato normativo non sia del tutto lineare, facendo prima riferimento alla cessione contrattuale o alla fusione, e quindi ad atti tipicamente negoziali, per chiudere con un riferimento anche al « provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato », cioè a un atto che può essere unilaterale e autoritativo, da sempre la norma è stata concordemente interpretata nel senso di massima ampiezza. Rientrano, dunque, nel suo spettro tutti i casi in cui si verifica un mutamento di titolarità dell'azienda, anche quando ciò avvenga in assenza o contro la volontà della parte originariamente proprietaria (38). Così ad esempio è stato ritenuto trasferimento d'azienda il passaggio nella

titolarità di un'attività di agente di assicurazione verificatosi in due tempi: dapprima con la revoca del mandato da parte del preponente e la retrocessione a quest'ultimo del complesso di beni, e poi con il trasferimento di tale complesso a nuovi agenti (39).

La norma individua poi alcune fattispecie tipiche, tra le quali la cessione contrattuale, la fusione, l'usufrutto o l'affitto.

Le previsioni richiamate, e in particolare il riferimento espresso all'affitto, innanzitutto chiariscono che il trasferimento sussiste anche quando il mutamento nella titolarità dell'azienda è solo temporaneo e quindi l'azienda è destinata in futuro a tornare nella titolarità del cedente. Infatti, è stata assoggettata alla disciplina dell'art. 2112 c.c. anche l'ipotesi di restituzione di un'azienda all'originario proprietario (40).

Il rinvio alla sola ipotesi di fusione, tra le tante operazioni societarie, ha fatto dubitare della riconducibilità alla fattispecie delle ipotesi di scissione societaria. Dubbio che, però, la giurisprudenza ha sciolto in senso favorevole all'applicazione della disposizione codicistica anche a questa fattispecie (41).

È, invece, esclusa dall'art. 2112 c.c. la cessione di azioni o dell'intero pacchetto azionario, atteso che tale cessione non determina la sostituzione di un soggetto a un altro nella titolarità dell'azienda (42).

Infine, la giurisprudenza, sia interna sia della Corte di giustizia, ha ritenuto che rientrassero nella nozione di trasferimento anche i casi in cui manca un contratto tra cedente e cessionario e il trasferimento è conseguenza di un atto unilaterale: quale, per esempio, una concessione, revoca e/o assegnazione di attività (43).

5. La procedura per il trasferimento. — A partire dal 1990, con l'art. 47 l. 29 dicembre 1990, n. 428 (legge comunitaria per il 1990) il nostro ordinamento interno, così ottemperando all'indicazione europea, ha previsto, per il solo caso in cui l'impresa cedente occupi più di quindici dipendenti, che il trasferimento debba essere preceduto da una procedura di informazione ed eventuale consultazione del sindacato.

(36) Si legge in C. giust. UE 6 marzo 2014, C-458/12, cit., che « l'impiego, al citato articolo 6, paragrafo 1, primo e quarto comma, del termine "conservi" implica che l'autonomia dell'entità ceduta deve, in ogni caso, preesistere al trasferimento ».

(37) Così, in motivazione: Cass. 26 agosto 2016, n. 17366, punto 6.7; Cass. 31 maggio 2016, n. 11247, punto 4.6.

(38) Cass. 12 aprile 2016, n. 7121; Cass. 25 novembre 2014, n. 25021.

(39) Cass. 21 agosto 2015, n. 17063.

(40) Cass. 26 luglio 2011, n. 16255.

(41) Trib. Trieste 20 novembre 2014, in *Pluris*, <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

(42) Cass. 12 marzo 2013, n. 6131.

(43) Cass. 31 gennaio 2013, n. 2281; Cass. 15 ottobre 2010, n. 21278; C. giust. CE 20 novembre 2003, causa C-340/01, Abler.

Il comma 1 dell'art. 47, infatti, dispone che, almeno venticinque giorni prima che sia perfezionato l'atto da cui deriva il trasferimento o che sia raggiunta un'intesa vincolante tra le parti, se precedente, cedente e cessionario comunicano: « a) la data o la data proposta del trasferimento; b) i motivi del programmato trasferimento d'azienda; c) le sue conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori; d) le eventuali misure previste nei confronti di questi ultimi ».

L'informazione ha quali destinatari le Rappresentanze sindacali aziendali o le Rappresentanze sindacali unitarie (ove costituite) e i sindacati di categoria che hanno stipulato il contratto collettivo applicato nelle unità produttive interessate dal trasferimento; vale a dire il contratto "normativo" che regola in modo organico i rapporti di lavoro (44). In assenza di tali soggetti, l'informazione va data ai sindacati comparativamente più rappresentativi.

Come ovvio, la procedura si applica tutte le volte in cui il mutamento di titolarità dell'azienda è effetto di un atto negoziale e, comunque, di un atto volontario. Se invece il trasferimento deriva da un provvedimento autoritativo, non può ritenersi sussistente alcun obbligo di informazione o consultazione in capo al cedente e cessionario, né, quindi, una violazione del dettato normativo (45).

Il legislatore individua innanzitutto il momento entro il quale la procedura deve essere iniziata, fissandolo in venticinque giorni prima « che sia perfezionato l'atto da cui deriva il trasferimento o che sia perfezionata un'intesa vincolante tra le parti ». Il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali deve quindi avvenire nella fase prodromica alla conclusione dell'accordo, al fine di consentire al sindacato di svolgere il ruolo di supervisione e tutela degli interessi dei lavoratori in un momento in cui le decisioni che possono avere riflessi sui rapporti di lavoro non sono ancora state prese (46).

Entro il termine fissato dal legislatore, sia il cedente sia il cessionario devono comunicare alle

rispettive organizzazioni sindacali, oltre alla data del trasferimento, quali ne sono i motivi e le conseguenze economiche giuridiche e sociali per i lavoratori, come pure le eventuali misure a tutela dei medesimi. Alla stregua dell'art. 47 l. n. 428, cit., onerati dell'informazione preventiva sono tanto il cedente quanto il cessionario, cioè l'attuale e il futuro titolare dell'azienda interessata dal mutamento, e quindi le parti dei relativi rapporti di lavoro. Precisa, inoltre, la norma che l'obbligo di informazione ed esame congiunto sussiste anche quando il trasferimento sia stato deciso non dal cedente e/o cessionario, ma da un'impresa che li controlla.

Il contenuto dell'informazione va interpretato in chiave teleologica: cedente e cessionario sono tenuti a fornire ogni informazione utile a raggiungere lo scopo che il legislatore si prefigge: che, secondo la giurisprudenza (47), è quello di consentire alle organizzazioni sindacali coinvolte di accompagnare l'operazione societaria valutandone con piena consapevolezza le ricadute sui rapporti di lavoro, oltre che verificando il rispetto delle tutele previste per i lavoratori coinvolti. Esula, invece, dal ruolo delle rappresentanze sindacali il controllo sulle ragioni della scelta organizzativa imprenditoriale così come un potere di veto in ordine alla medesima (48).

Ricevuta l'informazione il sindacato può, entro il termine di sette giorni, chiedere un esame congiunto cui devono partecipare cedente e cessionario e che deve comunque esaurirsi nei successivi dieci giorni.

Proprio perché il fine dell'informazione è solo quello di consentire all'organizzazione sindacale di accompagnare il mutamento di titolarità, verificando il corretto rispetto delle norme a tutela dei lavoratori coinvolti, la giurisprudenza ha più volte precisato che il mancato rispetto della procedura non incide sulla validità del negozio traslativo, pur

(47) Cass. 13 febbraio 2013, n. 3537.

(48) Sulla funzione della comunicazione cfr. LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Torino, 1999; PERULLI, *I rinvii all'autonomia collettiva: mercato del lavoro e trasferimento d'azienda*, in *Giorn. dir. lav.*, 1992, 549; ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda*, in *Il Codice civile. Commentario* diretto da SCHLESINGER, Art. 2112, Milano, 1993; nonché ancora Cass. 13 febbraio 2013, n. 3537, cit., che precisa: « il legislatore richiede l'indicazione dei motivi e non anche le ragioni della loro giustificazione (non si richiede un giustificato motivo). Il fine non è quello di spiegare le ragioni giustificatrici dell'atto, ma solo quello di dare ai sindacati questa, insieme ad altre informazioni (sulla cui completezza in questo caso non si discute), al fine di consentire loro di scegliere se richiedere o meno l'esame congiunto e, in caso positivo, di parteciparvi in modo informato ».

(44) Cass. 21 ottobre 2015, n. 21430.

(45) V. Trib. Civitavecchia 11 maggio 2000, in *Pluris*, <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it> (massima in *Mass. giur. lav.*, 2000, 849).

(46) Così CESTER, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, in *Lav. giur.*, 2001, 514, nonché Pret. Benevento 29 aprile 1999, in *Pluris*, <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>, ma *contra* LAMBERTUCCI, *Le procedure sindacali nel trasferimento d'azienda*, in *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa. Commento al d. lgs. 2 febbraio 2001, n. 18* a cura di SANTORO-PASSARELLI G. e FOGLIA, Milano, 2002, 89 ss.

concretizzando, ai sensi dell'art. 47 l. n. 428, cit., l'unica ipotesi tipizzata di condotta antisindacale (49).

Qualora, dunque, cedente e/o cessionario non effettuino la comunicazione iniziale, ovvero non diano corso all'esame congiunto o, ancora, diano delle informazioni incomplete e/o inveritiere, potranno essere condannati per condotta antisindacale ex art. 28 l. 20 maggio 1970, n. 300. Secondo l'opinione prevalente, l'ordine del giudice non potrà incidere sul negozio traslativo della titolarità dell'azienda bensì dovrà limitarsi a sospendere gli effetti al fine di consentire al sindacato di ricevere le informazioni dovute e procedere, se lo ritiene, a un completo esame congiunto (50). Occorre, infine, ricordare che uniche legittimate attive a far valere la violazione della procedura di cui all'art. 47 l. n. 428, cit. sono le organizzazioni sindacali destinatarie del diritto di informazione. La giurisprudenza esclude, invece, che il singolo lavoratore abbia titolo per far valere il non corretto adempimento dell'obbligo di informazione e consultazione (51).

6. Le conseguenze del trasferimento sui rapporti individuali di lavoro. — Come la rubrica della norma in esame (art. 2112 c.c.) dice chiaramente, finalità della stessa è il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda. A tal fine il legislatore predispone un articolato apparato di tutele: che, da una parte, tendono a rendere il rapporto di lavoro il più possibile impermeabile alle vicende societarie; e, dall'altra, lo rafforzano attraverso la previsione di una serie di garanzie del credito, che si aggiungono a quelle di cui godono i lavoratori in via ordinaria. Occorre, però, evidenziare che il sistema di garanzie approntato dal legislatore si arresta di fronte alla libertà di iniziativa economica del cedente. Non è, dunque, possibile entrare nel merito né della decisione di cedere la titolarità dell'azienda, purché essa sia

effettiva, né della scelta del cessionario (52). Il cedente pertanto non risponde di *culpa in eligendo* qualora il cessionario si sia poi rivelato incapace di proseguire l'attività in cui è subentrato (53). Quanto ai lavoratori destinatari della tutela legale, il tenore del comma 1 dell'art. 2112 c.c., quando parla di rapporto che continua con il cessionario, dà la chiara indicazione che destinatari delle garanzie di cui all'art. 2112 c.c. sono i lavoratori che passano unitamente all'azienda ceduta. Se si considera altresì che, come si vedrà, ai sensi del comma 4, il trasferimento d'azienda non costituisce motivo di licenziamento, l'ovvia conclusione è che tutti gli appartenenti all'azienda ceduta, o a parte di essa, passano al cessionario e dunque rientrano sotto l'ombrello di garanzie dell'art. 2112 c.c. (54). Nei fatti l'identificazione dei lavoratori coinvolti dal trasferimento è tuttavia meno lineare di quello che sembra. Certamente, condizione perché il lavoratore possa vantare un diritto di tutela ex art. 2112 c.c. è che il suo rapporto di lavoro con il cedente sia ancora in atto al momento del trasferimento (55). A tale ipotesi è equiparata quella in cui il rapporto è cessato a seguito di un licenziamento regolarmente impugnato e soggetto a tutela reintegratoria: il cessionario, infatti, subentra nel rapporto ricostituito dal giudice a seguito di sentenza di reintegra (56). Secondo la giurisprudenza, inoltre, la sussistenza del rapporto utile per legittimare il lavoratore a pretendere le garanzie di cui all'art. 2112 c.c. può anche derivare dalla nullità del termine apposto al contratto di lavoro (57). Da ultimo, occorre ricordare che secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia è lavoratore ai sensi e per gli effetti di cui alla direttiva n. 2001/23/CE, cit. colui che è stabilmente assegnato a un soggetto che ne usa le prestazioni, a prescindere dall'esistenza di un vincolo contrattuale tra le parti (58). Seguendo questa interpretazione, che riflette ancora una volta la già sottolineata opzione centripeta del giudice europeo, dunque, la platea dei destinatari delle tutele è più ampia della cerchia di coloro che sono legati

(49) L'art. 47 comma 3 prevede infatti che « Il mancato rispetto, da parte del cedente o del cessionario, degli obblighi previsti dai commi 1 e 2 costituisce condotta antisindacale ai sensi dell'articolo 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300 »

(50) Tosi, *Due nodi della legge: informazione e consultazione sindacale*, in *Lav. inform.*, 1991, 13; MARESCA, *Gli obblighi di informazione e consultazione sindacale nel trasferimento di azienda*, in *Dir. rel. ind.*, 1992, 7 ss.; in giurisprudenza Cass. 8 giugno 2009, n. 13171; Trib. Arezzo 5 agosto 2008, in *Pluris*, <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>; Trib. Roma 29 dicembre 2005, *ivi*.

(51) Cass. 13 novembre 2009, n. 24093.

(52) Cass. 22 aprile 2014, n. 9090, nonché Cass. 26 gennaio 2012, n. 1085.

(53) Cass. 20 marzo 2013, n. 6969.

(54) Cass. 11 febbraio 2016, n. 2747.

(55) App. Roma 29 ottobre 2005, in *Pluris*, <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

(56) Cass. 11 febbraio 2016, n. 2747, cit.

(57) Trib. Firenze 13 novembre 2013, n. 411, cit. *supra*, nt. 26.

(58) C. giust. UE 21 ottobre 2010, causa C-242/09, Heineken, a proposito di un lavoratore distaccato da un'impresa ad un'altra appartenente allo stesso gruppo, che ha poi ceduto l'attività ad un'impresa esterna al gruppo medesimo.

da un rapporto di dipendenza diretta dal cedente, valendo ai fini della identificazione del lavoratore protetto anche l'esistenza di un rapporto di fatto stabilmente riconducibile al cedente. Quanto alla tutela, innanzitutto il legislatore si preoccupa di disciplinare le sorti del rapporto di lavoro: al comma 1 dell'art. 2112 c.c., prevede che « il rapporto di lavoro continua con il cessionario » e, al comma 4 dello stesso articolo, specifica che « il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento ». Le richiamate previsioni legislative sono suscettibili di una lettura bidirezionale: se da una parte il trasferimento non crea una sorta di periodo di irrecidibilità (previsto, invece, in alcune situazioni soggettive del lavoratore), dall'altra il legislatore stabilisce espressamente che l'eventuale recesso deve avere una ragione giustificatrice diversa dal trasferimento (59). Così, ad esempio, il cessionario può procedere al licenziamento del lavoratore ceduto nei confronti del quale il cedente abbia iniziato una procedura disciplinare per gravi fatti verificatisi quando ancora era alle sue dipendenze (60). In assenza, invece, di una ragione giustificatrice autonoma rispetto alla vicenda traslativa, il lavoratore licenziato potrà adire il tribunale, nel rispetto del termine di decadenza di cui all'art. 32 l. 4 novembre 2010, n. 183, chiedendo l'accertamento della continuazione del rapporto in capo al cessionario (61). Ulteriore corollario del principio di necessaria continuità dei rapporti di lavoro dei dipendenti ceduti, sancito dai commi 1 e 4 dell'art. 2112 c.c., è il fatto che il cessionario non potrà godere degli sgravi e/o dei benefici contributivi per nuove assunzioni, se riguardano lavoratori che avrebbero dovuto passare *ex lege* alle dipendenze del cessionario (62).

7. *Il rilievo della volontà delle parti.* — Tangenziale rispetto al tema della continuazione del rapporto con il cessionario è la problematica circa il rilievo della volontà delle parti. Ci si chiede, cioè, se il passaggio dei lavoratori coinvolti dall'operazione societaria sia automatico — e dunque prescindendo dalla volontà non solo del cedente e cessionario ma anche degli stessi lavoratori — ovvero se questi abbiano il diritto di opporsi al passaggio; e, in questo caso, con quali conse-

guenze. La formulazione “secca” dell'art. 2112 comma 1 c.c. non pare lasciare adito a dubbi, prevedendo la continuazione *ope legis* del rapporto di lavoro con il cessionario (63). Proprio la scarna previsione legislativa ha però autorizzato alcuni tentativi di valorizzare la volontà del singolo lavoratore. Occorre subito rilevare che la problematica non è stata approfondita dal lato del datore di lavoro: in merito al quale è sostanzialmente pacifica l'opinione per cui il passaggio automatico è per il cessionario un effetto indisponibile della norma codicistica; mentre il cedente sarebbe libero di concordare con i singoli lavoratori il loro mantenimento presso l'azienda cedente (64). La problematica si incentra sul rilievo della volontà del singolo lavoratore, specialmente nei casi di cessione solo parziale dell'azienda. Al proposito, la dottrina si è divisa tra chi ritiene essenziale il consenso del lavoratore al trasferimento, in applicazione della regola generale *ex art.* 1406 c.c., e chi, invece, qualificando speciale il dettato dell'art. 2112 c.c., considera automatico il passaggio, a prescindere quindi dalla volontà del singolo (65). Iniziando dall'esame delle fonti occorre rilevare che la direttiva n. 2001/23/CE, cit. lascia gli Stati membri liberi di decidere se e in che misura dare rilievo all'eventuale dissenso del lavoratore (66). Dal canto suo il legislatore italiano, dopo aver sancito la continuità del rapporto e l'impossibilità che il trasferimento dell'azienda costituisca di per sé motivo di licenziamento, ha altresì previsto (al comma 4 dell'art. 2112 c.c.) che « [...] 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 ». Secondo una dottrina (67) la previsione interna, non dando espresso rilievo al dissenso individuale, crea un vuoto normativo, da

(63) Cass. 23 febbraio 2016, n. 3485, che parla di « traslazione automatica ».

(64) SPEZIALE, *Il trasferimento d'azienda*, cit.

(65) Per una rassegna delle diverse posizioni in dottrina sia consentito rinviare a PACCHIANA PARRAVICINI, *Trasferimento di azienda e dissenso individuale: la modifica del 4° comma dell'art. 2112 c.c.*, in *Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti*. D. lgs. 2 febbraio 2001, n. 18. *Commentario* a cura di TOSI, in *N. leggi civ.*, 2002, 1283.

(66) C. giust. CE 16 dicembre 1992, cause riunite C-132/91, C-138/91 e C-139/91, Katsikas, Skreb e Schroll, con riferimento alla direttiva n. 77/187/CEE, cit. In dottrina di recente ALES, *Le condizioni di lavoro nel trasferimento d'azienda: mantenimento o mutamento?*, in *Dir. lav. merc.*, 2015, 467.

(67) SPEZIALE, *op. cit.*, 42; SCARPELLI, « *Esternalizzazioni e diritto del lavoro*, cit., 351.

(59) Cass. 11 giugno 2008, n. 15495, nonché Cass. 16 maggio 2006, n. 11424.

(60) Cass. 27 settembre 2007, n. 20221.

(61) Trib. Firenze 7 ottobre 2014, in *Pluris*, <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

(62) Cass. 9 settembre 2015, n. 17838; Cass. 30 dicembre 2011, n. 30664.

colmare con un'interpretazione adeguatrice della norma. Questa dottrina suggerisce in pratica di dare comunque rilievo al dissenso del lavoratore, consentendogli di opporsi al passaggio alle dipendenze del cessionario e così rimanere presso il cedente. Altra dottrina, valorizzando la previsione del comma 5 dell'art. 2112 c.c., ritiene, invece, che il lavoratore dissenziente non abbia altra facoltà se non quella di recedere dal rapporto. Secondo quest'ultima tesi, la previsione legislativa per cui le dimissioni rese entro i tre mesi dal trasferimento possono essere rassegnate per giusta causa solo se vi è stato un cambiamento sostanziale delle condizioni del lavoratore, dimostra che nel nostro ordinamento il dissenso del lavoratore non solo è ininfluenza sull'impedire il passaggio alle dipendenze del cessionario, ma non configura neppure una giusta causa di dimissioni. La tesi del passaggio *ope legis* alle dipendenze del cessionario è fatta propria anche dalla giurisprudenza maggioritaria. Essa, dopo aver ricordato che le conseguenze del trasferimento d'azienda sono disciplinate dallo stesso art. 2112 c.c. — e dunque aver escluso che alla fattispecie sia applicabile la regola generale dell'art. 1406 c.c. sul consenso del contraente ceduto —, ha precisato che « tale peculiarità non comporta un processo di c.d. reificazione delle attività lavorative (e della persona del lavoratore cui ineriscono) — come effetto della assoluta irrilevanza del suo consenso nella vicenda traslativa — risultando, al contrario, dall'assenza di soluzione di continuità prevista dall'art. 2112 c.c., tutelato il diritto del lavoratore all'esercizio della propria professionalità nonostante le vicende traslative che coinvolgono i beni cui la stessa è connessa » (68). Peraltro, come si è già sottolineato in apertura, la giurisprudenza compensa il fatto di non ritenere rilevante il dissenso del lavoratore arretrando il momento di tutela della sua posizione rispetto alla decisione organizzativa del datore a quello della verifica della sussistenza della fattispecie. La giurisprudenza ritiene in proposito un onere del datore di lavoro — che si avvale degli effetti dell'art. 2112 c.c., cioè del passaggio automatico dei lavoratori senza il consenso *ex art.* 1406 c.c. — dimostrare l'esistenza di un trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda (69). Solo tale prova fa scattare la disciplina speciale dell'art. 2112 e, in mancanza, diviene ovviamente applicabile la regola generale del consenso richiesto dall'art. 1406.

(68) Cass. 30 luglio 2004, n. 14670; conf., tra le tante, Cass. 14 novembre 2011, n. 23808.

(69) Cass. 6 marzo 2015, n. 4601 e Cass. 9 aprile 2015, n. 7144.

8. *La responsabilità solidale.* — Alla garanzia della continuità del rapporto l'art. 2112 c.c. affianca una particolare tutela dei crediti dei lavoratori ceduti, nei confronti dei quali cedente e cessionario sono tenuti a rispondere in solido per i debiti sorti prima del trasferimento. Si tratta di una tutela che si aggiunge a quella ordinaria dei crediti dei lavoratori e che prescinde dal fatto che il cessionario sia o meno a conoscenza dell'esistenza dei crediti medesimi. Come già ricordato parlando dei lavoratori coinvolti nella disciplina dell'art. 2112 c.c., il regime di responsabilità solidale presuppone che il rapporto di lavoro esista al momento del mutamento della titolarità dell'azienda. Sono, dunque, esclusi da tale garanzia i lavoratori del cedente che non siano transitati alle dipendenze del cessionario e/o coloro il cui rapporto si sia definitivamente concluso prima del trasferimento (70). Quanto ai crediti di cui risponde solidalmente il cessionario, vi rientrano, oltre a quelli riguardanti il trattamento retributivo diretto e/o indiretto, nonché la quota di trattamento di fine rapporto (TFR) maturata presso il cedente (71), anche quelli meramente risarcitori (72): *amplius*, v. *infra*, RISARCIMENTO DEL DANNO (*dir. lav.*). Infine, occorre ricordare che l'art. 2112 comma ult. c.c. consente al lavoratore di liberare il (solo) cedente dalla responsabilità solidale con il cessionario. La volontà liberatoria del lavoratore dev'essere espressa in una delle sedi protette *ex art.* 2113 c.c.

9. *Trasferimento d'azienda e contratto collettivo.* — La dichiarata finalità del comma 1 dell'art. 2112 c.c. di rendere i rapporti di lavoro coinvolti nel trasferimento insensibili al mutamento stesso trova una parziale eccezione nella disciplina dettata dal novellato comma 3 dell'art. 2112 a proposito della fonte collettiva. Dispone la norma, infatti, che « 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 ». Dunque, in caso di trasferimento d'azienda è possibile che la disciplina contrattual-collettiva del rapporto venga modificata quale di-

(70) Cass. 6 marzo 2015, n. 4598.

(71) Cass. 8 gennaio 2016, n. 164.

(72) Pret. Milano 9 febbraio 1996, in *Pluris*, <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

retta conseguenza del trasferimento stesso e che con essa mutino anche alcuni aspetti del trattamento economico-normativo dei lavoratori ceduti. Ciò, però, esclusivamente nel caso in cui il cessionario applichi un altro contratto di livello pari a quello applicato dal cedente. Diversamente, il contratto applicato dal cedente resta in vigore sino alla sua scadenza. Come la Corte di giustizia ha recentemente chiarito (73), peraltro, l'ultrattività del contratto collettivo, e dunque la sua opponibilità al cessionario, si arresta quando esso è stato negoziato e adottato dopo il trasferimento, senza che il cessionario abbia potuto partecipare al negoziato. La possibilità, del tutto legittima, che il cessionario applichi ai lavoratori trasferiti un contratto collettivo diverso da quello del cedente, che viene così sostituito, porta però a escludere che il trasferimento sia del tutto neutro per i lavoratori coinvolti, potendo la modifica del contratto applicato avere ripercussioni anche significative sulla disciplina dei rapporti individuali. Si crea, così, un'apparente antinomia tra il comma 1 dell'art. 2112 c.c., che dispone la conservazione di tutti i diritti derivanti dal rapporto di lavoro, e il successivo comma 3. L'antinomia appare ancora più evidente se si considera che, come la giurisprudenza ha più volte ricordato, la sostituzione del contratto collettivo di pari livello del cessionario a quello del cedente avviene a prescindere dalle condizioni contenute nei due accordi e dunque anche se la disciplina negoziale applicata dal cessionario è più sfavorevole rispetto a quella adottata dal cedente (74). Così, ad esempio, la Suprema Corte ha negato a un lavoratore con qualifica dirigenziale il diritto a mantenere la stessa qualifica dopo che l'azienda di appartenenza originaria si era fusa con altra azienda di maggiore dimensione e diversa organizzazione, che applicava altro contratto collettivo di pari livello: la Corte, ammessa la sostituzione tra contratti collettivi di pari livello e rilevato che il contratto della incorporante prevedeva che le mansioni svolte dal lavoratore ceduto rientrassero tra quelle tipiche della qualifica di funzionario e non di dirigente, ha respinto la domanda del lavoratore ceduto diretta a vedersi riconosciuta la qualifica dirigenziale sulla base del pregresso inquadramento (75). L'apparente antinomia tra il principio di conservazione, sancito al comma 1 dell'art. 2112 c.c., e la disciplina della sostituzione

automatica del contratto collettivo, prevista al comma 3 della stessa norma, trova una composizione se si considera che i diritti intoccabili dei lavoratori sono, oltre a quelli già maturati, e quindi acquisiti al patrimonio individuale, quelli che trovano la propria fonte nel contratto individuale di lavoro, trattandosi di fonte che resta impermeabile alla vicenda circolatoria. Non sono, invece, garantite le mere aspettative e dunque la maturazione e il godimento di quei diritti che hanno una fonte esterna al contratto individuale, soggetti in quanto tali alle conseguenze del mutamento di fonte. Infine, occorre altresì ricordare che una giurisprudenza di merito ha tentato di arginare le conseguenze derivanti dalla sostituzione automatica del contratto chiarendo che l'efficacia modificativa vale solo per il futuro e non può avere effetto retroattivo. In particolare, decidendo di un'ipotesi di licenziamento per superamento del periodo di comporto, il tribunale di Brescia ha precisato che per il periodo anteriore al trasferimento il comporto andava calcolato sulla base del contratto collettivo del cedente e i giorni di malattia riferiti al periodo alle dipendenze del cedente non potevano rilevare ai fini del calcolo del superamento del periodo di comporto in base al sopravvenuto contratto applicato dal cessionario (76).

10. Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni. — Sotto il termine esternalizzazione o *outsourcing* vengono ricondotti quei processi organizzativi tramite i quali un'azienda dà all'esterno una parte delle attività che prima svolgeva internamente, continuando ad assicurarsi il risultato di tale attività attraverso un contratto di appalto (77). A differenza della cessazione (parziale) di attività, che comporta che l'attività medesima esca definitivamente dal ciclo produttivo dell'azienda, l'esternalizzazione interrompe il collegamento diretto tra bene (o servizio) e azienda, interponendo un soggetto terzo che produce quel bene per la, o eroga quel servizio alla, azienda che originariamente lo produceva e che continua a servirsene. Per lungo tempo il fenomeno esternalizzazione ha percorso una propria strada autonoma rispetto alla fattispecie trasferimento d'azienda. Infatti, sino a che l'esternalizzazione si risolveva nella mera cessazione dell'attività svolta internamente all'impresa e sua devoluzione ad un soggetto terzo, essa veniva

(73) Con C. giust. UE 18 luglio 2013, causa C-426/11, *Alemo-Herron*.

(74) Cass. 29 settembre 2015, n. 19303; Cass. 7 aprile 2015, n. 6943.

(75) Cass. 29 settembre 2015, n. 19303, cit.

(76) Trib. Brescia 23 luglio 2015, in *Pluris*, <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

(77) DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., 9; VALLAURI, *Outsourcing e rapporti di lavoro*, cit., 722.

affrontata nell'esclusiva ottica della valutazione di legittimità del recesso per giustificato motivo oggettivo intimato sul presupposto dell'avvenuta esternalizzazione dell'attività (78). Il successivo evolversi delle modalità di organizzazione dell'impresa ha cambiato, invece, la fisionomia del fenomeno. Da una parte si è assistito al passaggio dalla forma originaria di *outsourcing*, realizzata attraverso l'uscita fisica di un'attività dal perimetro aziendale ove era in precedenza svolta, alla cosiddetta esternalizzazione *intra moenia* (79), che si ha quando l'attività viene affidata a un terzo che, però, continua a svolgerla nel perimetro aziendale del cedente. Ciò ha portato a rivisitare lo stesso modello di azienda su cui si è sviluppato il diritto del lavoro, che da piramidale si trasforma in fabbrica multisocietaria ed orizzontale in cui nello stesso perimetro convivono diversi imprenditori/datori di lavoro che collaborano per un risultato comune. Dall'altra sono cambiate le modalità di ricorso al fenomeno dell'*outsourcing* (80) portandolo ad incrociare sempre più spesso la fattispecie del trasferimento di ramo d'azienda. È, infatti, ormai uso affiancare all'operazione di esternalizzazione dell'attività anche il trasferimento del ramo di azienda deputato a svolgere l'attività esternalizzata. Si realizza così un'ipotesi di esternalizzazione che si fonda su un collegamento negoziale tra il trasferimento del ramo di azienda funzionale a realizzare il bene o il servizio ed il contratto di appalto con cui il cedente si riappropria del bene o servizio medesimo, prodotto dal terzo cessionario/appaltatore. La ormai frequente sovrapposizione tra i contratti di trasferimento di ramo d'azienda ed appalto ha trovato un riconoscimento a livello normativo ad opera del legislatore del 2003. L'art. 32 d. lg. n. 276, cit., infatti, ha aggiunto un comma 6 all'art. 2112 c.c., il quale recita: «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 decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276». A quella previsione si affianca il

comma 3 dell'art. 29 d. lg. n. 276, cit., che, anche nella versione originaria, precisava che «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 d'appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda». Il legislatore, dunque, si fa carico di disciplinare l'ipotesi, sempre più frequente, di esternalizzazione realizzata attraverso il contestuale trasferimento di ramo d'azienda (art. 2112 comma 6 c.c.) ed al contempo di delimitare la nozione di trasferimento d'azienda rispetto a quella di subentro di un soggetto nella gestione di un'attività esternalizzata e poi recuperata tramite un contratto di appalto (art. 29 comma 3 d. lg. n. 276, cit.). Se è innegabile che il trasferimento di ramo d'azienda e contestuale *outsourcing* costituiscono quantomeno un fenomeno di collegamento negoziale espressamente preso in considerazione dall'ordinamento positivo, è però ancora discusso se l'esternalizzazione abbia per questa via trovato un'autonoma collocazione in tale ordinamento. Il dubbio nasce dal fatto che, come si è detto, l'art. 32 d. lg. n. 276, cit. ha introdotto il comma 6 dell'art. 2112 c.c. e con esso un regime di solidarietà espressamente previsto a carico dell'appaltatore che, per rendere l'opera o il servizio oggetto dell'appalto, si avvale del ramo di azienda che ha acquistato dall'appaltante. Il comma 6 dell'art. 2112 c.c., infatti, si aggiunge all'art. 29 comma 2, norma anch'essa introdotta dal d. lg. n. 276, cit. e che prevede un generale regime di responsabilità solidale tra appaltante e appaltatore a favore dei crediti dei lavoratori impiegati nell'appalto, con il solo limite che tale solidarietà deve essere fatta valere entro il termine decadenziale di due anni dalla cessazione dell'appalto medesimo (in tema v. *supra*, APPALTO E SOMMINISTRAZIONE DI MANODOPERA). Rispetto alla previsione generale dell'art. 29 comma 2, il comma 6 dell'art. 2112 c.c. non aggiunge gran che: si limita, invero, al mero rinvio alla disciplina generale per un'ipotesi di appalto che ha la sola peculiarità di essere stata preceduta da una cessione di ramo d'azienda dall'appaltante/cedente all'appaltatore/cessionario. L'assenza di un'autonoma portata precettiva del comma 6 dell'art. 2112 c.c. induce a chiedersi se e quale sia il senso di quella previsione: se si tratti, in realtà, di "norma di fattispecie", dettata per tipizzare nel diritto positivo il fenomeno delle esternalizzazioni, ovvero di norma di mera disciplina, quale appare dalla sua formulazione, risultando così ridondante rispetto alla previsione generale del comma 2 del-

(78) È a tutti nota la giurisprudenza ancora recente in tema di esternalizzazione e giustificato motivo oggettivo di licenziamento: cfr. tra le tante Cass. 28 ottobre 2013, n. 24259; Trib. Monza 21 ottobre 2014, in *Pluris*, <http://pluriscedam.utetgiuridica.it>.

(79) DE LUCA TAMAJO, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo*, cit., 6.

(80) VICARI, *L'outsourcing come strategia per la competitività*, in *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici* a cura di DE LUCA TAMAJO, cit., 71.

l'art. 29 d. lg. n. 276, cit. Quest'ultima opzione appare al momento la più accreditata. Innanzitutto perché il termine esternalizzazione accomuna diverse modalità con cui l'azienda può organizzarsi che non si risolvono nel fenomeno, peraltro piuttosto recente, di esternalizzazione previa cessione di una parte di azienda (81). La già richiamata giurisprudenza sia risalente che attuale in tema di giustificato motivo conferma che sono ancora numerosi i casi di mera esternalizzazione di attività a terzi che ne assumono il compimento attraverso la propria pregressa organizzazione, con conseguente cessazione dei rapporti di lavoro degli addetti all'attività esternalizzata. A ciò si aggiunga che la disposizione del comma 6 dell'art. 2112 c.c. non contiene tratti di fattispecie né di disciplina tali da farla assurgere a norma definitiva di una figura contrattuale. Si è già detto del fatto che la disciplina prevista dal comma 6 ricalca quella di cui all'art. 29 comma 2, apparendo del tutto ridondante. Quanto ai tratti di fattispecie, l'*incipit* del comma 6 dell'art. 2112 c.c. — « Nel caso in cui l'alienante stipuli con l'acquirente un contratto di appalto la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo » — dimostra che per il legislatore si tratta di una delle possibili opzioni organizzative, non necessaria né necessitata né in alcun modo "sponsorizzata" dall'ordinamento. Dal canto suo la giurisprudenza ha affermato che « il termine esternalizzazione non costituisce un'espressione tecnico-giuridica, tale da dover essere interpretata unicamente come cessione di un segmento di azienda da un'impresa ad altra impresa, seguita dall'instaurazione di una nuova relazione contrattuale tra le stesse, con lo scopo di garantire la riacquisizione indiretta dell'attività precedentemente trasferita » (82), così facendo propria la tesi dell'inesistenza di una fattispecie tipizzata di esternalizzazione. L'esternalizzazione continua, dunque, a costituire un mero fenomeno empirico che ha quale effetto il fatto che l'azienda non svolge più al suo interno quel servizio o non produce più quel bene, ma non assurge a fattispe-

cie tipica, potendo rivestire diverse forme una delle quali, l'esternalizzazione che si accompagna alla cessione del ramo di azienda, è oggi oggetto di disciplina specifica. Come già anticipato, infatti, l'art. 2112 comma 6 c.c. ribadisce la regola generale della responsabilità solidale tra cedente-appaltante e cessionario-appaltatore nel caso in cui al trasferimento di un ramo d'azienda segua un contratto di appalto tra cedente e cessionario avente ad oggetto la fornitura al cedente del risultato dell'attività ceduta. La responsabilità di cui al comma 6 dell'art. 2112 c.c., che rinvia all'art. 29 comma 2 d. lg. n. 276, cit., è diversa da quella prevista dal comma 2 dello stesso art. 2112 c.c. Mentre, infatti, il cessionario risponde in solido con il cedente per tutti i crediti maturati dal lavoratore ceduto in epoca anteriore al mutamento di titolarità dell'azienda, senza limiti temporali, la responsabilità solidale — che *ex art.* 29 comma 2 grava sull'appaltante nei confronti dei dipendenti dell'appaltatore — vale solo per i crediti sorti nel periodo di esecuzione dell'appalto e ha un limite temporale fissato nei due anni successivi alla cessazione dell'appalto medesimo, trascorsi i quali il creditore decade dal diritto di agire in via solidale verso l'appaltatore. I lavoratori oggetto di trasferimento di ramo d'azienda e successivo appalto godono, pertanto, di un duplice regime di tutela: in quanto lavoratori trasferiti vedono i loro crediti maturati anteriormente al trasferimento garantiti dalla responsabilità solidale e senza limiti tra cedente e cessionario; in quanto lavoratori impiegati nell'appalto vedono i loro crediti maturati in epoca successiva all'operazione, e in conseguenza dell'attività prestata a favore dell'appaltante-cedente, garantiti dalla responsabilità solidale tra appaltatore ed appaltante nei limiti dei due anni dalla cessazione dell'appalto medesimo. La diversità di tutela di cui godono i crediti di quei lavoratori è stata sottolineata da una dottrina che ha dubitato della legittimità costituzionale del comma 6 dell'art. 2112 c.c., in quanto contenente una tutela inferiore rispetto a quella del comma 2 della stessa norma (83). Il rilievo di incostituzionalità non appare condivisibile, atteso che le due previsioni legislative hanno finalità diverse: la prima disciplina la responsabilità solidale che si crea in occasione di un trasferimento d'azienda, mentre la seconda si occupa della responsabilità che lega le due parti di un contratto di appalto (che, pur se successivo al trasferimento, costituisce comunque

(81) In alcune situazioni l'esternalizzazione è preceduta dalla cessazione dell'attività svolta dall'impresa cui fa seguito la stipula di un contratto di appalto con un terzo che, appunto, si occupa dell'attività ormai esternalizzata. Altre volte, l'esternalizzazione si realizza tramite cessione del ramo di azienda deputato a svolgere l'attività esternalizzata, cui fa seguito, ancora una volta, la stipula di un contratto di appalto con il cessionario/appaltatore che si impegna a fornire al cedente/appaltante l'attività oggetto di esternalizzazione.

(82) Cass. 17 aprile 2012, n. 5997 (massima), in *Arg. dir. lav.*, 2012, 974, con nota di RICCOBONO, *Verso una tipizzazione del contratto di esternalizzazione?*

(83) SPEZIALE, *Appalti e trasferimento d'azienda*, in *WP CSDLE D'Antona.it*, n. 41, 2006, 32.

una fattispecie a sé stante). Al di fuori dell'ipotesi specifica dettata per il caso del collegamento negoziale fra trasferimento di ramo ed appalto, restano altre ipotesi di esternalizzazione che non prevedono anche il mutamento di titolarità di un ramo di azienda. In questi casi, che in più occasioni sono stati portati all'attenzione della giurisprudenza sotto il profilo della (negata) sussistenza di un ramo di azienda, l'esternalizzazione non comporta alcun passaggio automatico di dipendenti ma semmai, come già ricordato, la possibilità di cederne il contratto previo loro consenso ex art. 1406 c.c. ovvero di procedere al loro licenziamento ove non diversamente impiegabili da colui che ha dato l'attività in *outsourcing*. A differenza dell'esternalizzazione realizzata con contestuale trasferimento di ramo d'azienda, in cui il passaggio dei lavoratori addetti al ramo ceduto alle dipendenze dell'appaltatore cessionario opera *ex lege*, nel caso di mera esternalizzazione la cessione del contratto non costituisce, dunque, un obbligo per il datore di lavoro esternalizzante che, fermo restando l'onere di *repêchage* all'interno della propria azienda, non deve, invece, farsi carico di reperire all'esterno una possibilità occupazionale per i lavoratori già addetti all'attività esternalizzata.

11. Trasferimento d'azienda e processo. — La successione del cessionario nella posizione del cedente ha ricadute anche sul piano processuale. In primo luogo il cessionario è legittimato passivo nelle azioni proposte dai lavoratori ceduti. Qu allora, dunque, l'azione promossa dal lavoratore ceduto sia finalizzata alla impugnazione del licenziamento, legittimato passivo sarà il cessionario. Nei casi, invece, in cui si discuta di crediti sorti anteriormente al trasferimento ovvero di risarcimento del danno causato dal cedente, l'azione potrà esser proposta anche nei confronti di quest'ultimo (84). Nel difendersi in giudizio il cessionario potrà opporre le eccezioni relative al rapporto di lavoro, alle modalità della sua cessazione o alla tutela applicabile al cedente avverso il licenziamento, a prescindere dalle difese spiegate da quest'ultimo e dalla formazione del giudicato nei suoi confronti e in favore del lavoratore (85). Tra le eccezioni processuali che il cessionario, al pari

del cedente, può proporre vi è quella di decadenza ai sensi dell'art. 32 l. n. 183 del 2010. Il lavoratore, infatti, al quale è riconosciuto un interesse ad agire in giudizio per far accertare l'esistenza o meno del ramo di azienda e quindi l'applicabilità dell'art. 2112 c.c. (86), è tenuto a impugnare la cessione del contratto di lavoro entro sessanta giorni dalla sua comunicazione e a proporre nei successivi centotanta giorni ricorso avverso la cessione medesima.

12. Il trasferimento dell'azienda in crisi. — L'esigenza di tutelare il lavoratore in caso di trasferimento d'azienda, che permea interamente la disciplina dell'art. 2112 c.c., viene in parte sacrificata quando oggetto del mutamento della titolarità è un'impresa in crisi. In quest'ipotesi, all'interesse individuale del lavoratore al mantenimento dei propri diritti si affianca quello collettivo al mantenimento, seppure parziale, della stessa impresa e, dunque, alla sua commerciabilità. Al fine di contemperare i due interessi, individuale e collettivo, il legislatore europeo e quello nazionale ammettono la possibilità di deroga alla disciplina dettata dall'art. 2112 c.c. per l'impresa *in bonis*. In particolare, l'ordinamento comunitario, che sino alla direttiva di consolidamento n. 98/50/CE, cit. si limitava a prevedere delle tutele a favore dei lavoratori ceduti, senza prendere in considerazione il caso di impresa in crisi, a partire dal 1998 ha introdotto, con l'art. 4 *bis* aggiunto nella direttiva n. 77/187/CEE, cit., una disciplina specifica derogatoria dei principi di mantenimento dei diritti e continuazione dei rapporti di cui agli art. 3 e 4. Tale disciplina si applica alle ipotesi in cui la cedente sia un'impresa soggetta a procedura fallimentare o di insolvenza aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente, che si svolge sotto il controllo di una pubblica autorità competente salvo che gli Stati membri, cui è rimessa la relativa facoltà, non dispongano diversamente. In caso di applicazione degli art. 3 e 4 a un'impresa soggetta a procedura di insolvenza, anche non liquidatoria, la direttiva prevede che gli Stati membri possano disporre che gli obblighi del cedente risultanti da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro e pagabili prima del trasferimento o prima dell'apertura della procedura di insolvenza non siano trasferiti al cessionario, e/o che il cessionario, il cedente o la persona o le persone che esercitano le funzioni del cedente, da un lato, e i rappresentanti dei lavoratori, dall'altro, possano convenire, nella misura in cui la legislazione o le prassi in vigore lo

(84) Cass., sez. un., 9 febbraio 2015, n. 2360, che ha dichiarato la legittimazione passiva sia del cedente sia del cessionario in una causa avente ad oggetto l'impugnazione del licenziamento intimato dal primo e la richiesta del risarcimento dei danni conseguenti al licenziamento stesso; conf. Cass. 16 dicembre 2014, n. 26401.

(85) Cass. 21 febbraio 2014, n. 4130.

(86) Cass. 27 maggio 2014, n. 11832, già richiamata *supra*, nt. 5.

consentano, modifiche delle condizioni di lavoro dei lavoratori intese a salvaguardare le opportunità occupazionali garantendo la sopravvivenza dell'impresa, dello stabilimento o di parti di imprese o di stabilimenti. La possibilità di convenire modifiche delle condizioni di lavoro può essere stabilita dagli Stati membri anche laddove la cedente sia un'impresa che versi in una situazione di grave crisi economica, quale definita dal diritto nazionale e dichiarata da un'autorità pubblica competente. Il legislatore unieuropeo, dunque, a partire dal 1998 si fa carico delle articolate situazioni di difficoltà in cui può versare l'impresa cedente, declinando sulla base di esse diversi livelli di tutela. Peraltro, nel silenzio del legislatore comunitario, la Corte di giustizia aveva già aperto la strada ad un'interpretazione elastica della direttiva del 1977 che consentisse la disapplicazione delle garanzie ivi previste nel caso di procedure a carattere liquidatorio (87). Dal lato interno, una disciplina specifica del trasferimento di aziende in crisi esisteva già dal 1990 quando, con l'art. 47 comma 5 l. n. 428, cit., il legislatore italiano aveva introdotto la possibilità che le tutele di cui all'art. 2112 c.c. trovassero applicazione nei termini e con i limiti previsti dall'accordo sindacale avente ad oggetto il mantenimento anche parziale dell'occupazione, a condizione che l'impresa cedente fosse in accertato stato di crisi ovvero soggetta a procedura concorsuale senza che fosse stata disposta la continuazione dell'attività. La previsione nazionale era stata, però, giudicata non conforme alla detta direttiva nella parte in cui consentiva una deroga alle tutele fissate in tema di trasferimento d'azienda in caso di impresa di cui fosse stato dichiarato lo stato di crisi ai sensi dell'art. 2 comma 5 lett. c l. 12 agosto 1977, n. 675, e dunque a prescindere dall'esistenza di una procedura con finalità liquidatoria (88). Nello specifico, la Corte, rilevato che per valutare se il trasferimento di un'azienda soggetta a procedimento giudiziario o amministrativo rientri nell'ambito di applicazione della direttiva occorre tenere in considerazione l'obiettivo perseguito dal procedimento (89), aveva affermato che non vi fossero ragioni per escludere che il trasferimento di un'impresa che non è soggetta ad una procedura liquidatoria rientri nella inderogabile tutela garantista predisposta dalla direttiva n. 77/187/CEE, cit. Il confronto tra legislatore italiano e

giudici europei è proseguito anche successivamente, alimentato dalla modifica della disciplina europea ad opera della direttiva n. 98/50/CE, cit., traspunta da ultimo nella direttiva n. 2001/23/CE, cit. Il nostro Paese, che nel frattempo aveva mantenuto la deroga alla tutela in caso di trasferimento di azienda per l'impresa in crisi, ha, infatti, subito una condanna per non conformità della disciplina interna rispetto a quella comunitaria (90) che ha indotto il legislatore a modificare l'art. 47 l. n. 428, cit. Con il d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito con modificazioni dalla l. 20 novembre 2009, n. 166, il legislatore ha aggiunto alla norma il comma 4-bis e ha modificato il comma 5, separando l'ipotesi di impresa in crisi ma non soggetta ad una procedura liquidatoria, disciplinata dal comma 4-bis, da quella di impresa nei confronti della quale vi sia stata dichiarazione di fallimento, omologazione di concordato preventivo consistente nella cessione dei beni, emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all'amministrazione straordinaria, nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata. Sebbene modificata, la disciplina nazionale pone, però, ancora interrogativi in merito alla sua conformità alla direttiva comunitaria, laddove, al comma 4-bis dell'art. 47 l. n. 428, cit., continua a prevedere, tra le ipotesi che consentono una limitata applicazione dell'art. 2112 c.c., quella dell'impresa in crisi (91). Presupposto di operatività di entrambe le deroghe ex commi 4-bis e 5 dell'art. 47 l. n. 428, cit. è che nel corso della procedura di trasferimento sia stato concluso un accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione. A tale accordo l'art. 47 affida anche il compito di disegnare il perimetro di tutele accordate ai lavoratori ceduti. Infatti, nel caso di impresa non soggetta a procedura liquidatoria, le garanzie di cui all'art. 2112 c.c. trovano applicazione nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo: al quale viene, quindi, affidata una funzione derogatoria rispetto alla disciplina generale. In caso di

(90) C. giust. CE 11 giugno 2009, causa C-561/07, Commissione CE c. Repubblica italiana.

(91) VALLAURI, *Lavoratori e trasferimento di ramo nell'impresa in crisi*, in *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori a cura di AIMO e IZZI*, cit., 342; TULLINI, *Tutela del lavoro nella crisi d'impresa e assetto delle procedure concorsuali: prove di dialogo*, in *Riv. dir. lav.*, 2014, I, 221; ORLANDINI, *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale*, in *Giorn. dir. lav.*, 2005, 593; ANIBALLI, *Il trasferimento di « ramo d'azienda » nel fallimento e nell'amministrazione straordinaria: compatibilità della normativa italiana con la normativa straniera*, in *Riv. dir. lav.*, 2012, I, 345.

(87) C. giust. CE 7 febbraio 1985, causa 135/83, Abels.

(88) C. giust. CE 7 dicembre 1995, causa C-472/93, Spano.

(89) Così già C. giust. CE 25 luglio 1991, causa C-362/89, D'Urso.

procedura liquidatoria, invece, l'art. 47 comma 5 l. n. 428, cit. prevede che l'art. 2112 c.c. non si applichi ai lavoratori il cui rapporto continua con l'acquirente, salvo che sia diversamente disposto dall'accordo medesimo. In questa ipotesi, dunque, l'accordo assume il ruolo di strumento per veicolare in quel rapporto tutele che per legge non gli sarebbero dovute. Come correttamente rilevato da una dottrina, le previsioni dei commi 4-*bis* e 5 dell'art. 47 vanno interpretate in modo elastico: al di là dell'elenco delle diverse procedure, ciò che di fatto rileva ai fini dell'applicazione dell'art. 2112 c.c. è la finalità liquidatoria o meno della procedura cui è sottoposta l'impresa (92).

La breve sintesi che precede evidenzia che tra la disciplina interna e quella europea del trasferimento dell'impresa in crisi non vi è piena coincidenza. A differenza della direttiva n. 2001/23/CE, cit., infatti, l'art. 47 l. n. 428, cit. pone quale presupposto indispensabile perché si abbia una modulazione o addirittura un azzeramento delle garanzie di cui all'art. 2112 c.c. la conclusione di un accordo sul mantenimento anche parziale dell'occupazione, risultando così più garantista rispetto all'ordinamento unieuropeo (93). Occorre, a questo punto, chiedersi sino a che punto può arrivare la facoltà di deroga all'art. 2112 c.c. prevista dal comma 4-*bis* dell'art. 47 l. n. 428, cit., ed in particolare se l'accordo sindacale concluso da un'azienda cedente che versi in una delle ipotesi di cui al comma 4-*bis* possa prevedere la completa disapplicazione della disciplina codicistica. Premesso che sulla base del solo art. 47 la risposta non può che essere parziale, data la presenza di norme del diritto fallimentare che disciplinano specifiche ipotesi di trasferimento d'impresa soggetta a procedura (94), si ritiene di escludere una portata così ampia dell'accordo: atteso che, ai sensi del comma 5 dell'art. 47 (ed ancora prima dell'art. 5 della citata direttiva del 2001), la non applicazione *in toto* delle garanzie per i lavoratori ceduti è possibile solo in caso di procedure liquidatorie. Quanto alla portata soggettiva dell'accordo raggiunto in seno alla procedura di informazione e consultazione prevista dall'art. 47, esso è efficace per tutti i lavoratori dell'impresa trasferenda (95). Infine, l'art. 47 comma 6 stabilisce un diritto di prece-

denza per i lavoratori che non passano alle dipendenze del cessionario, in caso di assunzioni fatte da quest'ultimo entro un anno dalla data del trasferimento o nel termine maggiore stabilito dai contratti collettivi, precisando che in caso di assunzione in ottemperanza all'obbligo innanzi detto non si applica l'art. 2112 c.c.

13. Trasferimento d'azienda e rapporti alle dipendenze della pubblica amministrazione. — L'art. 2112 c.c. è, infine, applicabile anche al trasferimento o conferimento di attività svolte da pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture ad altri soggetti, pubblici o privati. L'art. 31 d. lg. 30 marzo 2001, n. 165 prevede, infatti, che al personale della pubblica amministrazione che passa alle dipendenze di tali soggetti a seguito di un trasferimento d'azienda si applica l'art. 2112 c.c., previa osservanza delle procedure di informazione e di consultazione di cui all'art. 47 commi da 1 a 4 l. n. 428 del 1990. In linea con quanto si è già detto a proposito dell'impiego privato, la giurisprudenza ha interpretato la disposizione dell'art. 31 d. lg. n. 165, cit., che fa riferimento al trasferimento o conferimento di attività, in senso ampio, così da includere nel perimetro della norma ogni vicenda traslativa riguardante un'attività svolta dal soggetto pubblico a prescindere dallo strumento tecnico adoperato, rientrandovi anche il mero affidamento ad altra società o ente di funzioni in precedenza esercitate dalla pubblica amministrazione (96). Si discute, peraltro, sulla portata dell'art. 31: il quale, a differenza dell'art. 2112 c.c., rinvia al mero trasferimento o conferimento di attività, e quindi a una fattispecie dai tratti ben più sfumati di quella individuata dalla norma codicistica. Ciò ha fatto dire a qualche dottrina che la norma contiene un principio generale sussidiario valevole per tutti i casi in cui non esista una disciplina specifica del passaggio di personale (97). Al contrario, si esclude che il disposto dell'art. 31 possa valere in senso inverso, cioè a disciplinare casi in cui si verifichi il mutamento di titolarità di un'attività privata che diventa pubblica. Ciò, per esempio, nel caso di retrocessione di un'azienda originariamente trasferita dalla pubblica amministrazione a una società di diritto privato. La regola del passaggio automatico dei dipendenti, di cui all'art. 31, si scontra in questo caso con il principio

(92) TULLINI, *loc. cit.*

(93) Sul ruolo dell'accordo v. ALLAMPRESE, *Contratto collettivo ex art. 47 legge n. 428/1990 nel trasferimento di azienda in crisi*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, 813.

(94) TULLINI, *op. cit.*, 202.

(95) Sulle problematiche relative all'ambito di efficacia del contratto collettivo cfr. RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Torino, 2003.

(96) Cass. 12 agosto 2014, n. 17894; conf. Cass. 25 novembre 2014, n. 25021, già richiamata *supra*, nt. 38.

(97) GIACONI e SCARPELLI, *Trasferimento di attività nelle pubbliche amministrazioni e rapporti di lavoro*, in *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori* a cura di AIMO e IZZI, cit., 373.

del necessario concorso pubblico quale strumento di accesso alla pubblica amministrazione ex art. 97 cost. (98).

14. *Il trasferimento d'azienda e il diritto del lavoro che cambia.* — La sintetica disamina della disciplina del trasferimento d'azienda non può terminare senza una breve riflessione in ordine alle ricadute che le nuove regole in tema di rapporto di lavoro hanno sulla materia. Innanzitutto si può affermare pacificamente che il principio di continuità sancito dal comma 1 dell'art. 2112 c.c. e la conseguente conservazione dell'anzianità di servizio pregressa comportano che il momento utile per valutare la data di assunzione di quei lavoratori decorre dall'inizio del rapporto con il cedente e non, invece, dal passaggio al cessionario. Si nota, qui, la differenza rispetto al contratto di appalto: per il quale, invece, il legislatore si è fatto carico di dettare, all'art. 7 d. lg. 4 marzo 2015, n. 23, una norma specifica in tema di anzianità aziendale. Non configurando l'appalto un'ipotesi di trasferimento d'azienda, in mancanza di previsione specifica, al cambio di appalto il lavoratore avrebbe perso, infatti, la sua anzianità. Più problematica appare, invece, la questione legata al divieto di licenziamento di cui al comma 4 dell'art. 2112 c.c. e alle conseguenze della sua violazione. Al proposito si può agevolmente affermare che — per quei rapporti ancora soggetti al regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo di cui all'art. 18 comma 6 l. n. 300 del 1970 come modificato dalla l. 28 giugno 2012, n. 92 — un licenziamento motivato dal trasferimento d'azienda risulterebbe manifestamente infondato e come tale soggetto alla tutela reintegratoria con conseguente passaggio alle dipendenze del cessionario. La questione si presenta, invece, problematica riguardo agli eventuali licenziamenti per motivo economico intimati a lavoratori soggetti alla disciplina del contratto di lavoro a tutele crescenti: per i quali, come noto, è esclusa la sanzione reintegratoria. In queste ipotesi il principio di continuità del rapporto espresso al comma 1 dell'art. 2112 c.c. (di cui la previsione di ingiustificatezza del licenziamento ex comma 4 della stessa norma codicistica appare un corollario) rischia di vedersi disinnescato dal fatto che quel licenziamento, per quanto ingiustificato,

è soggetto solo a una tutela indennitaria. In altre parole, il cedente e il cessionario potrebbero sempre evitare il passaggio dei lavoratori ceduti alle dipendenze del secondo, semplicemente concordandone il licenziamento a opera del cedente. Questa possibilità induce a riflettere sulla portata dei commi 1 e 4 dell'art. 2112 c.c. e sulle conseguenze della loro violazione. In altre parole, se in vigenza del regime sanzionatorio dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori nella vecchia formulazione appariva di fatto irrilevante chiedersi quale invalidità viziasse il licenziamento intimato in ragione del trasferimento, atteso che le conseguenze dei possibili vizi erano sempre le stesse, la mutata disciplina sanzionatoria del licenziamento, articolata in base al tipo di vizio e che esclude la tutela reintegratoria avverso il licenziamento economico intimato a un lavoratore assunto dopo il 7 marzo 2015, induce ad assumere una nuova prospettiva dalla quale valutare quel recesso. Prima ancora che ingiustificato, ci si può chiedere se esso possa apparire nullo per violazione della norma imperativa, di derivazione unieuropea, che impone la conservazione del rapporto.

Giovanna Pacchiana Parravicini

FONTI. — Art. 2112 c.c.; art. 47 l. 29 dicembre 1990, n. 428; art. 31 d. lg. 30 marzo 2001, n. 165; d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito con modificazioni dalla l. 20 novembre 2009, n. 166;

in ambito comunitario: direttiva del Consiglio 14 febbraio 1977, n. 77/187/CEE; direttiva del Consiglio 29 giugno 1998, n. 98/50/CE; direttiva del Consiglio 12 marzo 2001, n. 2001/23/CE.

LETTERATURA. — AIMO e IZZI, *Decentramento produttivo ed esternalizzazioni nell'era dell'impresa a rete: note introduttive*, in *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori* a cura di AIMO e IZZI, Torino, 2014, XVII ss.; ALES, *Le condizioni di lavoro nel trasferimento d'azienda: mantenimento o mutamento?*, in *Dir. lav. merc.*, 2015, 467 ss.; ALLAMPRESE, *Contratto collettivo ex art. 47 legge n. 428/1990 nel trasferimento di azienda in crisi*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, 813 ss.; ANIBALLI, *Il trasferimento di « ramo d'azienda » nel fallimento e nell'amministrazione straordinaria: compatibilità della normativa italiana con la normativa straniera*, in *Riv. dir. lav.*, 2012, I, 345 ss.; CARINCI M.T., *Le delocalizzazioni produttive in Italia: problemi di diritto del lavoro*, in WP CSDL E D'Antona.it, n. 44, 2006; CESTER, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, in *Lav. giur.*, 2001, 505 ss.; ID., *Il trasferimento di azienda o di parte d'azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa*, in CARINCI M.T. e CESTER, *Sommministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, in *Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276* coordinato da CARINCI F., Milano, 2004, 255 ss.; ID., *Il trasferimento del ramo d'azienda ancora alla prova della Corte di giustizia fra uso capovolto della normativa di tutela e disciplina di maggiore favore*, in *Riv. dir. lav.*, 2014, II, 470 ss.; CORAZZA, *L'equivoco delle esternalizzazioni italiane smascherate dalla Corte di giustizia dell'Unione europea*, ivi, 684

(98) C. cost. 1° luglio 2013, n. 167, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di una legge della Regione Lombardia che, disponendo del trasferimento delle funzioni di due società *in house* alla Regione, prevedeva l'iscrizione del relativo personale in ruoli speciali della pubblica amministrazione.

ss.; CORAZZA e RAZZOLINI, *Who is an employer?*, in WP CSDLE D'Antona.it, n. 110, 2014; COSIO, *La distinzione tra appalto e trasferimento d'impresa nella giurisprudenza comunitaria*, in *Mass. giur. lav.*, 2011, 176 ss.; DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura, in I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici* a cura di DE LUCA TAMAJO, Napoli, 2002, 9 ss.; ID., *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, in *Riv. dir. lav.*, 2007, I, 3 ss.; FONTANA, *Trasferimento d'azienda, successione nell'appalto, contratti a tempo determinato: circolarità e continuità del rapporto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2014, 771 ss.; GIACONI e SCARPELLI, *Trasferimento di attività nelle pubbliche amministrazioni e rapporti di lavoro, in Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori* a cura di AIMO e IZZI, cit., 373 ss.; GIUBBONI, *L'outsourcing alla luce della direttiva 98/50/CE*, in *Giorn. dir. lav.*, 1999, 423 ss.; INGRAO, *La nozione di trasferimento d'azienda tra giurisprudenza interna e comunitaria*, in *Riv. dir. lav.*, 2013, II, 343 ss.; IZZI, *Il trasferimento d'azienda tra diritto interno e diritto comunitario. La dimensione collettiva della tutela*, in *Riv. giur. lav.*, 1999, I, 868 ss.; ID., *La responsabilità solidale a tutela del lavoro esternalizzato: qualche spunto dal diritto dell'Unione europea*, in *Lav. dir.*, 2016, 35 ss.; LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Torino, 1999; ID., *Le procedure sindacali nel trasferimento d'azienda*, in *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa. Commento al d. lgs. 2 febbraio 2001, n. 18* a cura di SANTORO-PASSARELLI G. e FOGLIA, Milano, 2002, 89 ss.; LIEBMAN, *La disciplina collettiva applicabile ai lavoratori trasferiti, in Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro* (Autori vari), Milano, 2005 (Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza. Quaderni di diritto del lavoro, n. 2), 215 ss.; LUNARDON, *Avvicendamento delle discipline collettive e continuità del rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, in *Mass. giur. lav.*, 1999, 1142 ss.; MARESCA, *Gli obblighi di informazione e consultazione sindacale nel trasferimento di azienda*, in *Dir. rel. ind.*, 1992, 7 ss.; ID., *"Fruibilità" della tutela sindacale nel trasferimento d'azienda*, in *Mass. giur. lav.*, 2000, 610 ss.; ID., *Le « novità » del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 587 ss.; NOVELLA, *Il trasferimento di ramo d'azienda: la fattispecie, in Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori* a cura di AIMO e IZZI, cit., 235 ss.; NOVELLA e VALLAURI, *Il nuovo art. 2112 c.c. ed i vincoli del diritto europeo*, in *Giorn. dir. lav.*, 2005, 177 ss.; ORLANDINI, *Il trasferimento d'azienda nelle imprese in stato di crisi tra dibattito teorico e prassi sindacale*, ivi, 593 ss.; PACCHIANA PARRAVICINI, *Trasferimento di azienda e dissenso individuale: la modifica del 4° comma dell'art. 2112 c.c.*, in *Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di*

trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti. D. lgs. 2 febbraio 2001, n. 18. Commentario a cura di TOSI, in *N. leggi civ.*, 2002, 1283 ss.; PERULLI, *I rinvii all'autonomia collettiva: mercato del lavoro e trasferimento d'azienda*, in *Giorn. dir. lav.*, 1992, 515 ss.; RATTI, *Le garanzie per i lavoratori nelle vicende traslative dell'impresa, in Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori* a cura di AIMO e IZZI, cit., 271 ss.; RICCOBONO, *Verso una tipizzazione del "contratto di esternalizzazione"?*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 977 ss.; ROMELI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda*, in *Il Codice civile. Commentario* diretto da SCHLESINGER, Art. 2112, Milano, 1993; RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Torino, 2003; ID., *Diritti dei lavoratori e mutamenti economico-produttivi*, Napoli, 2014; SALIMBENI, *Violazione degli obblighi procedurali e posizione dei singoli lavoratori nel trasferimento d'azienda*, in *Riv. dir. lav.*, 2006, II, 592 ss.; SANTORO-PASSARELLI G., *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, 575 ss.; SCARPELLI, *« Esternalizzazioni » e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *Dir. rel. ind.*, 1999, 351 ss.; SPEZIALE, *Appalti e trasferimento d'azienda*, in WP CSDLE D'Antona.it, n. 41, 2006; ID., *Il trasferimento d'azienda tra disciplina nazionale e interpretazioni "vincolanti" della Corte di Giustizia Europea*, ivi, n. 46, 2006; TOSI, *Due nodi della legge: informazione e consultazione sindacale*, in *Lav. inform.*, 1991, 13 ss.; ID., *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, in *Giorn. dir. lav.*, 1991, 791 ss.; ID., *La "preesistenza" del ramo d'azienda tra Corte di Giustizia U.E. e Corte di Cassazione: il re ora è nudo*, in *Giur. it.*, 2014, n. 8-9, 1952 ss.; TREU, *Cessione di ramo d'azienda: note orientative e di metodo*, in *Riv. dir. lav.*, 2016, I, 43 ss.; TULLINI, *Tutela del lavoro nella crisi d'impresa e assetto delle procedure concorsuali: prove di dialogo*, ivi, 2014, I, 199 ss.; VALLAURI, *Outsourcing e rapporti di lavoro*, in *D. disc. priv.*, sez. comm., Aggiornamento, II, 2003, 722 ss.; ID., *Lavoratori e trasferimento di ramo nell'impresa in crisi, in Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori* a cura di AIMO e IZZI, cit., 342 ss.; VICARI, *L'outsourcing come strategia per la competitività, in I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici* a cura di DE LUCA TAMAJO, cit., 71 ss.; VILLA, *Subentro nell'appalto labour intensive e trasferimento d'azienda: un puzzle di difficile composizione*, in *Lav. dir.*, 2016, 69 ss.; VILLANI, *Il trasferimento dell'azienda nell'impresa in crisi e nelle procedure concorsuali*, in *N. leggi civ.*, 1992, 663 ss.; ID., *Trasferimento d'azienda. Profili di diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Torino, 2000; ZOLI, *La procedura di partecipazione sindacale in tema di trasferimento d'azienda*, in *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro* (Autori vari), cit., 253 ss.

