

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI CATANIA  
CORSO DI LAUREA IN GIURISPRUDENZA

---

---

MARCO CUTTONE

TRASFERIMENTO D'AZIENDA E APPALTI  
NELL'ORDINAMENTO MULTILIVELLO: TRA  
PROBLEMATICHE APERTE E POSSIBILI  
EVOLUZIONI

---

TESI DI LAUREA

---

RELATORE:  
Chiar.mo Prof. Sebastiano Bruno  
Caruso

---

---

ANNO ACCADEMICO 2011/2012

<b>CAP.1- IL TRASFERIMENTO D’AZIENDA NEL DIRITTO COMUNITARIO .....</b>	<b>6</b>
<b>1. LE FONTI COMUNITARIE: DALLA DIRETTIVA DEL 1977 ALL’OPERA DI CONSOLIDAMENTO DEL 2001 .....</b>	<b>6</b>
<b>1.1. La Direttiva 77/187/CEE: Obiettivi di mercato vs politica         sociale? .....</b>	<b>6</b>
<b>1.2. La Direttiva 98/50/CE: Un intervento necessario .....</b>	<b>12</b>
<b>1.3. L’opera di consolidamento della Direttiva 2001/23/CE .....</b>	<b>15</b>
<b>1.4. I metodi d’approccio regolativi utilizzati dal legislatore         comunitario: Dalla “Integration through Law” al “Soft         Law” .....</b>	<b>19</b>
<b>2. IL CONTRIBUTO DELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA.....</b>	<b>21</b>
<b>3. AMBITO DI APPLICAZIONE, NOZIONE DI TRASFERIMENTO E DI AZIENDA .....</b>	<b>22</b>
<b>3.1. I Trasferimenti “Triangolari” .....</b>	<b>26</b>
<b>3.2. Il trasferimento delle imprese in stato di crisi: Il caso         Spano .....</b>	<b>35</b>
<b>3.3. I giudici europei alle prese con la definizione         d’Azienda.....</b>	<b>38</b>
<b>3.4. Trasferimento di Ramo D’Azienda .....</b>	<b>43</b>
<b>4. IL RISPETTO DEGLI OBBLIGHI PROCEDURALI: LA SALVAGUARDIA DELL’EFFETTO UTILE NEL DIRITTO D’INFORMAZIONE E CONSULTAZIONE.....</b>	<b>49</b>
<b>4.1. Le garanzie individuali e collettive al vaglio della CGUE.         .....</b>	<b>51</b>
<b>4.2. La conservazione del rapporto di lavoro presso il         cessionario e il divieto di licenziamento .....</b>	<b>52</b>
<b>4.3. Le deroghe al divieto di recesso .....</b>	<b>53</b>
<b>4.4. Il periodo d’efficacia del contratto collettivo: quali vincoli         in capo al cessionario? .....</b>	<b>55</b>
<b>5. IL TRASFERIMENTO D’AZIENDA TRA SETTORE PUBBLICO E PRIVATO. ....</b>	<b>57</b>
<b>5.1. Due particolari pronunce della Corte di Giustizia         europea: Collino e Chiappero, South Bank University ....</b>	<b>60</b>

5.2. <i>L'individuazione della data del trasferimento: il caso Celtec</i> .....	65
6. <b>CONSENSO DEL LAVORATORE E DIRITTO D'OPPOSIZIONE: TRA SOLUZIONI GIURISPRUDENZIALI E CONTRASTI DOTTRINALI.</b> ..67	
<b>CAPITOLO SECONDO: LA DISCIPLINA NAZIONALE DEL TRASFERIMENTO D'IMPRESA</b> .....	71
<b>1. LE TAPPE DELL'EVOLUZIONE DELLA NORMATIVA NAZIONALE</b> .....	71
1.1. <i>La versione originaria della disciplina codicistica sul trasferimento d'azienda</i> .....	72
1.2. <b>LA LEGGE 29 DICEMBRE 1990 N. 428: LA NUOVA VERSIONE DELL'ART. 2112 DEL CODICE CIVILE.</b> .....	74
1.3. <i>L'opera di adeguamento del legislatore italiano alle direttive comunitarie</i> .....	79
1.4. <i>Il "Patto per l'Italia": le basi della riforma Biagi</i> .....	84
1.5. <i>Il Governo traduce la delega: il Dlgs 276/2003</i> .....	86
<b>2. L'AMBITO DI APPLICAZIONE</b> .....	89
2.1. <i>La nozione d'azienda: l'insufficienza dell'art. 2555 del codice civile</i> .....	89
2.2. <i>La definizione di ramo d'azienda dopo la Riforma Biagi: tra profili di incostituzionalità e divisioni dottrinarie.</i> .....	95
2.3. <i>Il trasferimento di ramo d'azienda per provvedimento</i> ...	105
<b>3. TRASFERIMENTO D'AZIENDA E DISCIPLINA SUGLI APPALTI.</b> ... 109	
3.1. <i>La responsabilità solidale tra cedente dell'azienda e appaltatore: gli art. 2112 codice civile ultimo comma e l'art. 29 comma secondo del d.lgs. 276/2003</i> .....	111
3.2. <i>L'esclusione della disciplina del trasferimento d'azienda nella successione di appalti di opere e servizi</i> .....	118
<b>4. LA TUTELA DEL LAVORATORE EREDITATO NEL CAMBIO DI GESTIONE DI APPALTI LABOUR INTENSIVE</b> .....	121
4.1. <i>Tutela risarcitoria o adempimento coattivo?</i> .....	125
4.2. <i>Tutela Costitutiva o tutela cautelare?</i> .....	129
<b>5. CASI PECULIARI DEL TRASFERIMENTO D'AZIENDA: TRA LEGISLAZIONE E GIURISPRUDENZA ITALIANA.</b> .....	130

<i>5.1. Il Caso “Alitalia”: Tra deroghe alla disciplina codicistica e dubbi di compatibilità al dettato comunitario.....</i>	<i>131</i>
<i>5.2. Trasferimento d’azienda e successione di appalto nei servizi aeroportuali.....</i>	<i>136</i>
<i>5.3. Il trasferimento di impresa bancaria in liquidazione coatta amministrativa: coesistenza di norme speciali e disciplina generale .....</i>	<i>139</i>

**CAPITOLO TERZO: TRASFERIMENTO D’AZIENDA E APPALTI: TRA INTERCONNESSIONI DELLA DISCIPLINA E PROBLEMI AL VAGLIO DELLA GIURISPRUDENZA..... 142**

<b>1. LA DISTINZIONE TRA “APPALTO” E “TRASFERIMENTO D’AZIENDA” .....</b>	<b>142</b>
<i>1.1. Disciplina degli Appalti e concetti “entità economica organizzata” e “mutamento di titolarità” .....</i>	<i>146</i>
<i>1.2. L’art. 29 comma terzo del Dlgs. 276/2003 deroga l’art. 2112 del codice civile? .....</i>	<i>150</i>
<i>1.3. Le clausole dei contratti collettivi: stipulazione di un nuovo contratto d’appalto e assunzione dei lavoratori o cessazione dell’appalto e licenziamento dei lavoratori da parte dell’appaltatore uscente.....</i>	<i>154</i>
<b>2. TRASFERIMENTO D’AZIENDA E APPALTI IRREGOLARI: LA NORMATIVA ITALIANA ALLE PRESE CON IL DECRETO SEMPLIFICAZIONI .....</b>	<b>156</b>
<b>3. GLI APPALTI NEL SETTORE DELLE PULIZIE .....</b>	<b>159</b>
<i>3.1. La successione di appalti nel settore delle pulizie: l’art. 4 del CCNL.....</i>	<i>159</i>
<i>3.2. Avvicendamenti di appalti nel settore delle pulizie, diritto all’assunzione e obbligo di licenziamento .....</i>	<i>162</i>
<b>4. LA FUNZIONE SOSTANZIALE DELLA PROCEDURA SINDACALE NELLA SUCCESSIONE DEGLI APPALTI NELLE MENSE: QUANDO SI È DI FRONTE AD UN COMPORTAMENTO ANTISINDACALE? .....</b>	<b>164</b>
<b>5. GLI APPALTI NEL SETTORE DEI SERVIZI SOCIO-ASSISTENZIALI: PROSPETTIVE E CRITICITÀ .....</b>	<b>169</b>

<b>CAPITOLO QUARTO. IL “CASO” CATANIA: L’ORDINANZA MULTISERVIZI.....</b>	<b>175</b>
<b>1. INTRODUZIONE.....</b>	<b>175</b>
<b>2. LICENZIAMENTI COLLETTIVI E SUCCESSIONE DI APPALTI NEL         SETTORE DELLE PULIZIE.....</b>	<b>177</b>
<b>3. LA NON APPLICABILITÀ DELLA DISCIPLINA SUL         TRASFERIMENTO DI AZIENDA.....</b>	<b>186</b>
<b>3.1. Il trasferimento di attività “labour intensive”.....</b>	<b>190</b>
<b>4. LE CONSEGUENZE DELLA NON APPLICABILITÀ DELLA         NORMATIVA SUL TRASFERIMENTO D’AZIENDA.....</b>	<b>193</b>
<b>5. TRASFERIMENTO D’AZIENDA E APPALTI: UNA RISPOSTA CHE         TARDA AD ARRIVARE.....</b>	<b>199</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>203</b>

## **Cap.1- Il trasferimento d'azienda nel diritto comunitario**

### **1. Le fonti comunitarie: dalla direttiva del 1977 all'opera di consolidamento del 2001**

#### **1.1. La Direttiva 77/187/CEE: Obiettivi di mercato vs politica sociale?**

Il primo contributo normativo in tema di trasferimento d'impresa adottato in sede comunitaria fu la direttiva 77/187/CEE.

Tale direttiva fu emanata sulla base di presupposti economici da un lato, e di maggiore attenzione verso il profilo sociale dall'altro. Per perseguire gli obiettivi economici la Commissione Europea utilizzò l'art. 100 dell'originario testo del Trattato sulle Comunità Europee (TCE) che prevedeva la possibilità di adottare direttive che avessero come scopo il ravvicinamento delle disposizioni incidenti in maniera diretta sull'instaurazione e sul funzionamento del mercato comune. E come una disciplina unitaria intorno a principi comuni sul trasferimento d'azienda aveva riflessi sugli obiettivi economici della CEE? La disciplina del diritto del lavoro ha una relazione diretta con i principi che preservano eque condizioni di concorrenza tra le imprese operanti nel mercato comune. Il legislatore comunitario è intervenuto in materia di ristrutturazioni e crisi di impresa al fine di elaborare una disciplina comune che evitasse il sorgere di distorsioni alla libertà di concorrenza imprenditoriale. L'assenza di una disciplina uniforme in materia avrebbe dato luogo a difformità in grado di

avvantaggiare quelle imprese operanti negli Stati membri con una disciplina più blanda. Attraverso tale operazione di armonizzazione gli attori giuridici europei tendevano a scongiurare fenomeni di dumping sociale. Soltanto con la predisposizione di un apparato normativo che obbligasse tutte le imprese operanti in sede comunitaria a rispettare determinate prescrizioni sostanziali e procedurali si sarebbero venute a creare le condizioni necessarie per una leale concorrenza all'interno del mercato unico europeo.

Sul versante sociale determinante fu l'emanazione, solo tre anni prima della direttiva del 77, del Programma di Azione Sociale del 1974<sup>1</sup>. Con l'emanazione di questo programma le istituzioni comunitarie volevano venire incontro ai deficit di legittimazione politica che la Comunità Europea iniziava a mostrare dagli inizi degli anni 70. Le motivazioni sociali che hanno spinto all'emanazione di questa prima direttiva si mescolano con quell'aura economica attenta a non ceder mai un passo all'obiettivo di fondo su cui la stessa Comunità Europea si regge e per cui la stessa è nata: la creazione di un mercato comune dove le regole principali siano uguali per tutti. Si può dunque concordare con chi in dottrina ha ritenuto che sebbene sia individuabile una lettura spiccatamente sociale non va tralasciato il contesto economico originario di partenza<sup>2</sup>.

La direttiva in esame aveva come obiettivo il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri relative al mantenimento dei diritti

---

<sup>1</sup> Programma adottato nel 1974 dalla Commissione su proposta del consiglio nel quale vengono indicati tre obiettivi prioritari: 1) Pieno e migliore impiego, 2) Miglioramento condizioni di vita e lavoro 3) Partecipazione delle Parti Sociali

<sup>2</sup> M. D'Antona, Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismo dell'Unione Europea, in B. Caruso- S. Sciarra(a cura di), Massimo D'Antona, Opere, I, Giuffrè, Milano, 2000, P.331

dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti, parti di imprese o di stabilimenti. Scopo della direttiva era quello di tutelare i lavoratori in caso di cambiamento di imprenditore, per assicurare il mantenimento dei loro diritti. E' proprio questo l'ambito applicativo disegnato dall'art. 1 della direttiva: “ La presente direttiva si applica ai trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti ad un nuovo imprenditore in seguito a cessione contrattuale o a fusione” per poi escludere al terzo comma del medesimo articolo l'applicazione alle navi marittime.

All'articolo 2 si procedeva nella definizione di “cedente” , “cessionario”, e “rappresentanti dei lavoratori”. La definizione di queste tre categorie, come si esaminerà, risultava essere essenziale per l'attivazione delle garanzie sostanziali e procedurali previste dalla normativa. Veniva qualificato come cedente ogni persona fisica e giuridica che perdeva a seguito dell'operazione traslativa la veste di imprenditore rispetto all'impresa, allo stabilimento o ad una parte dello stabilimento. Veniva individuato ,inoltre, in modo speculare come “cessionario” chi acquisiva la veste imprenditoriale rispetto all'impresa, allo stabilimento o alla parte di stabilimento. Erano considerati “rappresentanti dei lavoratori” quei soggetti a cui le singole legislazioni o prassi degli Stati Membri attribuivano tale qualifica. Gli attori giuridici comunitari preferirono non dare una definizione autonoma dei rappresentanti dei lavoratori. La direttiva si occupava della sorte dei diritti dei lavoratori trasferiti sia che questi derivassero da contratto individuale sia che questi derivassero da fonte collettiva. Il primo comma dell'articolo 3 prevedeva che i diritti di fonte individuale

venissero trasferiti, in seguito alla cessione, dal cedente al cessionario prevedendo altresì la facoltà per gli Stati Membri di inserire un meccanismo di responsabilità solidale tra i predetti soggetti anche successivamente alla data del trasferimento. La sorte del contratto collettivo era invece regolata nel secondo comma dell'articolo 3; veniva previsto infatti che il cessionario dovesse mantenere le condizioni di lavoro convenute mediante contratto collettivo fino alla data della risoluzione o della scadenza dello stesso o fino a quando non entrasse in vigore o fosse applicato un nuovo contratto collettivo. Gli Stati Membri potevano limitare il periodo di mantenimento delle condizioni di lavoro da contratto collettivo purché questo non fosse inferiore ad un anno. I destini dei diritti provenienti da fonte collettiva, come si vedrà (vedi infra, par 4.3), rappresentano argomento tuttora foriero di dubbi e contrasti non risolti da giurisprudenza e dottrina. A differenza dei diritti individuali del lavoratore i diritti di fonte collettiva non sono dunque destinati a restare nel bagaglio del singolo lavoratore per sempre.

E' necessario individuare fino a quando.

Il dettato normativo non sembra fornire indicazioni univoche e chiare sulla soluzione di un problema che ha avuto diverse ricadute e diversi ambiti di applicazioni nei vari ordinamenti nazionali. Rinviando ad un esame successivo ciò che ha detto la giurisprudenza (v. infra, par. 4.5), la dottrina, chiamata a pronunciarsi sull'argomento, si è divisa in due aree. Da un lato chi, volendo privilegiare una omogeneità dei trattamenti dei lavoratori all'interno dell'impresa, ritiene che si debba immediatamente applicare il contratto collettivo in vigore presso il

cessionario<sup>3</sup>. Dall'altro, invece, chi ha voluto spingere fino al limite l'ultrattività del trattamento di fonte collettiva del cedente stabilendo che i contratti collettivi si applicano fino alla loro scadenza e successivamente vengono sostituiti da contratti stipulati ad hoc dal nuovo datore di lavoro. Vi è chi individua nel termine di un anno il periodo di ultrattività della fonte collettiva. Periodo al termine del quale questo può essere sostituito da un contratto già applicato presso il cessionario o da un contratto stipulato ad hoc. Le interpretazioni fornite hanno dovuto fare i conti con gli obiettivi espressi dal legislatore comunitario. Risulta essere evidentemente più affine con le finalità perseguite in sede europea la tesi dell'ultrattività dell'efficacia del contratto collettivo. Con questa soluzione si escluderebbe ogni possibilità da parte del cessionario di scegliere tra due alternative: il mantenimento del vecchio contratto o l'applicazione di quello che egli normalmente applica. La soluzione va ricercata nel diverso rapporto che lega le due parti della norma che regola la fattispecie. Si può infatti sostenere che non sia individuabile alcuna connessione, venendosi così a limitare la possibilità di una garanzia annuale di ultrattività del precedente contratto ad opera di un altro applicato dal cessionario. E' possibile, e la dottrina in tal senso non ha mancato di far valere le proprie posizioni<sup>4</sup>, che si addivenga ad una lettura della norma per cui la seconda parte viene letta non in alternativa alla prima quanto piuttosto a completamento. Si verrebbe così a determinare la garanzia di un periodo minimo di un anno di ultrattività del contratto collettivo

---

<sup>3</sup> Castelvetti, trattamenti normativi e contratti collettivi applicabili nel trasferimento d'azienda, in Riv. Giur. Lav, 2000,2, p.345

<sup>4</sup> R.Foglia, Trasferimenti d'Azienda ed effetti sui rapporti di lavoro, in Mass. Giur. Lav. 1991

del cedente anche nell'ipotesi in cui il cessionario intenda applicare il proprio contratto. Il tema dell'efficacia del contratto collettivo non esaurisce però le disposizioni a tutela del lavoratore coinvolto pensate dal legislatore comunitario.

Nell'intento di assicurare infatti la difesa del contraente debole l'atto normativo oggetto di studio disciplinava altresì dei divieti e delle garanzie procedurali.

Sul versante dei divieti l'articolo 4 enunciava chiaramente come il trasferimento d'impresa in sé non potesse giustificare licenziamenti, salvo che i licenziamenti avessero luogo per motivi economici, tecnici o di organizzazione. Gli Stati membri - si ricava sempre nell'articolo 4 - potevano prevedere che il divieto di licenziamento non si applicasse a talune categorie di lavoratori non coperti dalla legislazione nazionale o dalla prassi vigente in materia di tutela contro il licenziamento. Sul versante delle garanzie procedurali l'articolo 6 prevedeva obblighi di consultazione e informazione nei confronti dei lavoratori. I rappresentanti dei lavoratori dovevano essere informati in tempo utile circa i motivi del trasferimento, sulle conseguenze giuridiche economiche e sociali del trasferimento per i lavoratori, e riguardo le misure previste nei confronti degli stessi. Nel caso in cui cedente e cessionario prevedessero delle misure nei confronti dei rispettivi lavoratori erano tenuti ad avviare in tempo utile consultazioni in merito con i rappresentanti dei rispettivi lavoratori al fine di ricercare un accordo. Ove non fossero stati presenti i rappresentanti dei lavoratori erano i lavoratori stessi ai sensi del quinto comma dell'articolo 6 a dover essere informati immediatamente. Alcuni temi di centrale importanza per il

raggiungimento di un'effettiva armonizzazione in materia non venivano però presi in considerazione dalla Direttiva 77/187/CEE. Il silenzio legislativo sulla determinazione di alcune fattispecie della materia poteva mettere a rischio le finalità per cui l'atto normativo era stato pensato. A risolvere questa situazione pensò la successiva direttiva 98/50/CE.

## **1.2. La Direttiva 98/50/CE: Un intervento necessario**

La direttiva 98/50/CE del 29 Giugno 1998 ha modificato la direttiva 77/187/CEE. L'intervento correttivo del Consiglio dell'Unione Europea è stato influenzato da diversi fattori che possono essere ricercati nel preambolo della direttiva: l'emanazione della Carta Sociale nel 1989<sup>5</sup>, la trasformazione del mercato interno, la promozione degli obblighi di informazione e consultazione in sede comunitaria, la necessità di adeguarsi a taluni rilievi della Corte di Giustizia europea e l'affermazione del principio di non discriminazione nel riconoscimento dei diritti e delle garanzie previste dalla normativa europea. L'intervento di riforma non ha stravolto l'impianto strutturale originario elaborato nel 1977, ma ha inserito alcune importanti norme chiarificatrici. Tralasciando quanto non è stato modificato è opportuno esaminare le novità introdotte dalla riforma. Nell'articolo 1 è stata inserita la nozione di trasferimento. Veniva considerato tale ai sensi della direttiva il trasferimento "un'entità economica che conserva la

---

<sup>5</sup> Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori adottata a Strasburgo nel 1989, firmata dai paesi aderenti alla CE, ad eccezione del Regno Unito.

propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria". La definizione di trasferimento rappresentava una novità di fondamentale importanza, uno degli aspetti maggiormente critici del precedente assetto normativo era dovuto proprio all'assenza di una definizione chiara ed univoca in tal senso. Sempre nell'articolo 1, lettera c), veniva stabilito che la direttiva trovava applicazione alle imprese sia pubbliche che private, sottolineando che la riorganizzazione amministrativa o lo spostamento di funzioni amministrative tra enti pubblici non costituissero trasferimento d'azienda. Con questa novità venivano abbattute le differenze tra soggetti pubblici e privati nell'applicazione della direttiva. Il Consiglio aggiungeva alle già presenti definizioni di cedente, cessionario, e rappresentanti dei lavoratori una quarta definizione, quella di lavoratore. Era considerato lavoratore ai sensi dell'art.2 lett d) colui che nello Stato Membro interessato è tutelato come lavoratore dal diritto nazionale del lavoro. Agli Stati membri veniva proibito, dal secondo comma dell'articolo 2 della direttiva, di escludere dall'ambito di applicazione della stessa i contratti o i rapporti di lavoro in relazione al numero di ore prestate, al fatto che ci si trovasse di fronte a lavoratori interinali o a lavoratori a termine. Il legislatore del 98 con questa novità si apprestava ad adeguare il quadro normativo precedentemente in vigore con i nuovi assetti contrattuali flessibili che si erano venuti a sviluppare nelle singole realtà nazionali. Procedendo con l'esame delle novità introdotte si può notare l'inserimento dell'art. 4bis. Tale norma regolava l'ambito di applicazione della disciplina del trasferimento

d'aziende sottoposte a procedure fallimentari o di insolvenza. Viene previsto che nel caso in cui gli Stati membri non dispongano diversamente, la disciplina della direttiva non si applica alle imprese che si trovino sottoposte a procedura fallimentare o a procedura di insolvenza analoga aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente. E' però possibile, prosegue l'art. 4bis nel suo secondo comma lett b), che il cessionario e il cedente o le persone che esercitano tali funzioni da un lato, e i rappresentanti dei lavoratori dall'altro, possano procedere nel rispetto della normativa nazionale e della prassi in vigore ad accordi che modifichino le condizioni di lavoro dei lavoratori coinvolti nel trasferimento al fine di salvaguardare le opportunità occupazionali garantendo la sopravvivenza dell'impresa o dello stabilimento. Tale facoltà è concessa dal terzo comma dell'art. 4bis anche quando il cedente si trovi in una situazione di grave crisi economica come definita dal diritto nazionale e come certificato da un'autorità pubblica. L'elaborazione di questa normativa è stata influenzata largamente dall'intervento negli anni precedenti all'emanazione della norma da parte della CGUE (v. infra par. 3.3). Con una disposizione di chiusura nel quarto comma dell'art 4bis veniva imposto agli Stati membri di adottare opportuni provvedimenti per impedire che l'abuso delle procedure di insolvenza potesse determinare un disconoscimento dei loro diritti. In merito alle procedure di informazione e consultazione, la direttiva del 1998 ha previsto che il cedente e cessionario siano obbligati a fornire alle rappresentanze dei lavoratori o ai lavoratori direttamente oltre che le indicazioni già previste nella direttiva del 1977 anche la data

prevista o proposta per il trasferimento. La direttiva in esame nonostante le importanti puntualizzazioni non ha disciplinato la condizione del lavoratore che decida di non passare alle dipendenze del cessionario, lasciando sostanzialmente carta bianca agli Stati membri e oberando la dottrina e la giurisprudenza di interrogativi e nuove soluzioni. Il riconoscimento del diritto di opposizione rimane ancora causa di forti perplessità(v. infra, par. 6)

### **1.3. L'opera di consolidamento della Direttiva 2001/23/CE**

Per completezza espositiva in un corretto inquadramento delle fonti normative comunitarie non si può prescindere dall'esame della direttiva 2001/23/CE emanata dal Consiglio il 12 Marzo 2001 ed ultimo intervento a livello cronologico. Questo atto normativo ha disposto una codificazione della materia,. Il Consiglio, su proposta della Commissione, ha proceduto infatti attraverso l'emanazione di questa normativa ad una codificazione delle disposizioni comunitarie sino ad allora vigenti in materia di trasferimento d'impresa. La direttiva del 1998 - come visto in precedenza - aveva provveduto alla sostituzione ed all'integrazione di alcune parti dell'originaria direttiva del 1977 che era però rimasta in vita. La direttiva 2001/23/CE ha proceduto attraverso il suo art.12 all'abrogazione della direttiva 77/187/CEE così come modificata dalla direttiva 98/50/CE. Nel primo preambolo dell'atto normativo del 2001 è statuito infatti che la direttiva del 1977 è stata modificata in maniera sostanziale nel 1998 ed è per ciò opportuno procedere, per motivi di chiarezza, ad

una sua codificazione. L'atto normativo in esame deve essere letto dall'interprete come un intervento di riorganizzazione e semplificazione del materiale giuridico comunitario che era stato accumulato dal 1977 in poi. Le ragioni che hanno portato all'emanazione di questa direttiva, come si evince dai considerando, hanno natura eterogenea. Sussistevano ancora alla data di emanazione dell'opera di consolidamento del 2001 delle differenze negli Stati membri per quanto riguardava l'entità della protezione dei lavoratori in materia di trasferimento d'impresa. Pertanto era necessario pervenire ad un riordino del materiale normativo sino ad allora collezionato al fine di semplificare l'approccio alle norme comunitarie in materia. Era necessario inoltre dare risposta, da un lato alla maggiore attenzione verso i diritti sociali che si andavano sviluppando in ambito comunitario. Dall'altro gli effetti che i mutamenti dell'economia avevano sulla struttura delle imprese richiedeva una codificazione delle norme sino a quel momento accumulate. Il quinto considerando della direttiva enunciava che la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali, adottata il 9 dicembre 1989 disponeva che la realizzazione del mercato interno deve portare ad un miglioramento delle condizioni di vita e lavoro dei lavoratori all'interno della comunità. Tale miglioramento è legato alla predisposizione di un apparato normativo che preveda diritti di partecipazione dei lavoratori, in particolare in occasione di ristrutturazioni o fusioni di imprese. La direttiva non è intervenuta a modificare gli aspetti sostanziali rivisti solo tre anni prima dalle istituzioni comunitarie. Venendo ai profili giuridici di maggiore rilievo il legislatore comunitario ha confermato con l'atto

legislativo del 2001 le nozioni precedentemente elaborate dei soggetti coinvolti (cedente, cessionario, rappresentante dei lavoratori, lavoratore), l'elaborazione normativa della nozione di trasferimento e di impresa, il divieto del licenziamento a causa del trasferimento, la conservazione dei diritti da fonte individuale e collettiva da parte dei lavoratori coinvolti nel trasferimento, gli obblighi di informazione e consultazione in capo a cedente e cessionario nei confronti dei rappresentanti dei lavoratori.

Nell'articolo 1 è previsto che la Direttiva si applica ai trasferimenti d'impresе, di stabilimenti o di parti di imprese e stabilimenti ad un nuovo imprenditore in seguito a cessione contrattuale o fusione. E' considerato come trasferimento ai sensi della Direttiva quello di un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica essenziale o accessoria. E' previsto inoltre che l'atto legislativo si applichi alle imprese, pubbliche o private a prescindere dalla presenza o meno dello scopo di lucro. La semplice riorganizzazione amministrativa di enti pubblici o amministrativi non rileva ai fini del trasferimento d'azienda. Con l'articolo 2 il legislatore comunitario ha proceduto all'elaborazione delle definizioni di cedente, cessionario, lavoratore, e rappresentanti dei lavoratori. Il cedente è il soggetto che in seguito all'operazione traslativa perde la veste di imprenditore, il cessionario è il soggetto che acquista tale veste. Sono definiti come rappresentanti dei lavoratori i soggetti previsti come tali dalla legislazione o prassi degli Stati membri ed infine hanno la qualifica di lavoratori i soggetti che sono tutelati come tali nell'ambito del diritto del lavoro nazionale. La Direttiva ha

inoltre escluso la possibilità che non siano soggetti al suo raggio d'applicazione i rapporti di lavoro part-time, a tempo determinato od interinali. E' stato disciplinato nell'articolo 3 il meccanismo di trasferimento dei diritti individuali dei lavoratori coinvolti e degli obblighi facenti capo al cedente nei confronti del cessionario. Nello stesso articolo è stata inserita la previsione per cui anche le condizioni di lavoro convenute mediante contratto collettivo transitino dal cedente al cessionario fino alla scadenza del contratto stesso o della sottoscrizione di un nuovo contratto collettivo. Il divieto di licenziamento in seguito al trasferimento è regolato nell'articolo 4, sono tuttavia ritenuti legittimi i licenziamenti che possono aver luogo per motivi economici, tecnici, organizzativi. E' ricondotta – si legge nell'articolo 4 - alla responsabilità del datore di lavoro la risoluzione del contratto nel caso in cui il trasferimento comporta una sostanziale modifica delle condizioni di lavoro.

Non trovano, ai sensi dell'articolo 5, applicazione le garanzie degli articoli 3 e 4 nei trasferimenti di imprese, parti di imprese, stabilimenti o parti di stabilimenti, nel caso in cui il cedente sia oggetto di una procedura di fallimento o di insolvenza analoga aperta in vista della liquidazione dei beni dell'impresa cedente. E' prevista un'eccezione a tale regola nel comma secondo lett. a) e lett. b) dell'articolo in esame. Le procedure d'informazione e consultazione sono inserite nell'articolo 7 della Direttiva. E' previsto che il cedente e cessionario in caso di trasferimento devono informare i rappresentanti dei lavoratori, o nel caso di assenza di questi ultimi i lavoratori direttamente, comunicando loro: data e proposta del trasferimento, motivi del trasferimento,

conseguenze giuridiche, economiche e sociali del trasferimento per i lavoratori, misure previste nei confronti dei lavoratori. Tali informazioni devono essere comunicate in tempo utile. Il cessionario è tenuto a comunicarle prima che i suoi lavoratori siano direttamente lesi dal trasferimento nelle loro condizioni di impiego e di lavoro. Qualora cedente e cessionario prevedano misure nei confronti dei rispettivi lavoratori sono tenuti ad avviare un meccanismo di consultazione con i rappresentanti al fine di trovare un accordo. Le disposizioni di tale articolo si applicano a prescindere dal fatto che le decisioni riguardanti il trasferimento siano presi direttamente dall'impresa cedente o da un'impresa che la controlla.

#### **1.4. I metodi d'approccio regolativi utilizzati dal legislatore comunitario: Dalla "Integration through Law" al "Soft Law"**

Con l'esame dell'ultima direttiva del 2001 in tema di trasferimento di imprese, stabilimenti, parti d'impresa o di stabilimenti può ritenersi concluso l'iter cronologico d'esame del materiale normativo comunitario. Con la consapevolezza che in futuro il materiale normativo accumulato sino ad oggi potrebbe subire nuove modificazioni è opportuno analizzare le metodiche di regolazione giuridica utilizzate dalle istituzioni comunitarie nella formulazione delle tre direttive precedentemente esaminate e

notare al contempo come queste tecniche normative siano state abbandonate per la ricerca di nuovi strumenti regolativi<sup>6</sup>.

Attraverso la lettura degli strumenti giuridici utilizzati dal legislatore comunitario in materia di trasferimento d'azienda, l'interprete può leggere l'evoluzione che ha riguardato l'evolversi dell'intero metodo di regolazione comunitaria nei temi sociali e segnatamente nell'ambito delle ristrutturazioni e crisi d'impresa.

Le tre direttive, che si sono succedute nella regolazione comunitaria del trasferimento d'azienda (77/187/CEE 98/50/CE e 2001/23/CE) con sfumature sicuramente non indifferenti, rappresentano la volontà originaria degli architetti giuridici europei di pervenire ad un'attuazione delle direttive nei singoli stati attraverso strumenti di "Hard Law"<sup>7</sup>.

Non si può però sottovalutare il cambio di rotta esplicitato dalla Commissione Europea agli inizi degli anni duemila. L'affermazione e la volontà di far ricorso a strumenti regolativi di "Soft Law" venne espressa in occasione della redazione dell'agenda sociale 2005-2010<sup>8</sup> ed in particolare nella Comunicazione del 2005<sup>9</sup> su "Ristrutturazioni e occupazione". In quella occasione gli attori giuridici europei furono mossi dalla convinzione che i fenomeni di crisi e trasformazione aziendale non rappresentassero degli eventi da scongiurare ma fossero invece sintomi positivi di una riorganizzazione dinamica delle strutture imprenditoriali degli Stati membri. Essi decisero allora,

---

<sup>6</sup> B. Caruso, il diritto del lavoro nel tempo della sussidiarietà (le competenze territoriali nella governance multilivello) in Arg. dir. Lav. 2004, p. 801

<sup>7</sup> M. Cappelletti- M. Secombe- J.H.H. Weiler (a cura di), *Integration Through Law: European and the American Federal Experience*, Walter de Gruyter, Berlin, 1986

<sup>8</sup> Comunicazione della Commissione sull'Agenda Sociale, 9 Febbraio 2005

<sup>9</sup> Comunicazione della Commissione, Ristrutturazioni e occupazione. Anticipare e accompagnare le ristrutturazione per ampliare l'occupazione.

differentemente dal passato, di regolare una determinata materia a livello comunitario attraverso l'individuazione dei migliori modelli regolativi presenti nelle legislazioni degli Stati membri. Attraverso il MAC<sup>10</sup> vengono infatti individuate all'interno delle singole realtà nazionali le "Best Practices" regolative che dovranno essere utilizzate dagli altri paesi dell'Unione per pervenire ad una corretta definizione delle materie oggetto di attenzione. Gli organismi legislativi europei si trasformano dunque all'alba del nuovo millennio da dispensatori di soluzioni unilaterali, che devono essere ingerite dai singoli stati, ad attenti osservatori e catalizzatori delle migliori prassi legislative già presenti nelle singole realtà nazionali.

## **2. Il contributo della giurisprudenza comunitaria**

A questo punto è opportuno procedere ad un esame dell'influenza che le pronunce del giudice comunitario hanno avuto nella definizione della disciplina del trasferimento d'impresa e l'influenza decisiva di alcune pronunce sulla successiva elaborazione della normativa di riforma attuata con la direttiva 98/50/CE(vedi supra, par. 1.2). Non sarebbe infatti possibile comprendere in maniera esaustiva le disposizioni normative in precedenza esaminate senza uno studio approfondito del materiale giurisprudenziale emesso dalla Corte del Lussemburgo. I giudici europei, chiamati a risolvere a cavallo tra la fine degli anni 70 e gli anni 90 alcune questioni pregiudiziali sulla compatibilità delle

---

<sup>10</sup> 'A more social EU? In what areas? In what forms?' (with M. Ferrera), in EG-European Governance, Vol. 1, No. 1, November 2007, pp. 14-20.

singole discipline nazionali in tema di trasferimento d'impresa, sono stati veri e propri creatori di diritto. Gli interventi della Corte del Lussemburgo possono essere divisi in due tronconi. Il primo contiene tutte quelle pronunce che hanno definito l'ambito di applicazione della direttiva: nozione di trasferimento e di azienda. Il secondo contiene invece i contributi giurisprudenziali in materia dell'ambito disciplinare contenuto nella normativa comunitaria sul trasferimento di impresa: diritti di informazione e consultazioni, trasferimento dei diritti individuali e collettivi dei lavoratori dal cedente al cessionario, divieto di licenziamento e sue deroghe. Vanno annoverati al di fuori di questa bipartizione i casi in cui la Corte europea si è trovata dinnanzi alle particolarità originate dai processi di privatizzazione e pubblicizzazione e quelli riguardanti l'esistenza o meno di un diritto d'opposizione da parte del lavoratore coinvolto in operazioni traslative.

### **3. Ambito di applicazione, nozione di Trasferimento e di Azienda**

Uno degli aspetti che ha maggiormente risentito dei cambi in corsa dovuti a "revival" giurisprudenziali è rappresentato dal lavoro di perimetrazione dell'ambito di applicazione della direttiva<sup>11</sup>. Si è assistito infatti ad un dibattito giurisprudenziale che ha impegnato le corti sull'ambito di applicazione della normativa comunitaria non prestando la giusta attenzione all'esatta definizione delle fattispecie in cui questa può essere

---

<sup>11</sup> A. Lo Faro, *Judicial Developments of EC Social Policy and Intra-Community Institutional Dialogues: How to define a "Legal Transfer"* in S. Sciarra (a cura di), *Labour Law in the courts: National Judges and the ECJ*, Hart Publishing, Oxford, 2001

applicata. Le diversità interne negli Stati membri, ma soprattutto una rapida e crescente modificazione della realtà e del “core” dell’azienda hanno impegnato i giudici europei in attività interpretative e in un certo senso suppletive rispetto all’asciutto sfondo legislativo esistente nel momento di emanazione della prima direttiva. Il ventennio di non sempre chiarificatori e lineari interventi giurisprudenziali rappresenta un tentativo di definizione della fattispecie di “trasferimento” e di “azienda”. Nonostante i buoni propositi del legislatore, la giurisprudenza è stata chiamata ad un’ampia opera chiarificatrice in merito. Attraverso tali pronunce si è tentato di definire in maniera chiara quando si è di fronte ad un “trasferimento” e quando si può parlare correttamente di “azienda”

Quanto alla nozione di trasferimento è opportuno, per una corretta definizione della stessa, esaminare come la CGUE è intervenuta a partire dagli anni 80 a dettare i presupposti perché si potesse individuare un trasferimento<sup>12</sup> rientrando in questo modo nell’ambito d’applicazione della direttiva. Le opzioni che potevano essere intraprese erano sostanzialmente due: o aderire ad una nozione formalistica di trasferimento, oppure adottare una concezione di tipo funzionale dello stesso. Percorrendo la prima ipotesi, la Corte avrebbe avuto dalla sua parte la sicura e confortante legittimazione delle definizioni codicistiche dei singoli paesi membri che riconducevano grosso modo il trasferimento in ogni operazione di cessione contrattuale tra due soggetti aventi natura imprenditoriale (v. cap. 2). Decidendo

---

<sup>12</sup> M. Rodriguez- Pintero Royo, *Transmisión de empresas y derecho europeo*, in AA.VV, *La transmisión de empresa en Europa*, Cacucci, Bari, 1999

invece di adottare una nozione meno tradizionalistica e dunque avventurandosi nella creazione di un diritto nuovo, la Corte avrebbe potuto intraprendere una scelta coraggiosa: intervenire sulle operazioni sempre più flessibili di trasferimento. Si sarebbe così scontrata con la rigidità del sistema civilistico dei singoli stati membri in tema di definizione di “trasferimento”. I giudici europei hanno preferito in tutti i rinvii pregiudiziali sottoposti alla loro attenzione intraprendere la seconda strada, individuando cessioni contrattuali anche dove non vi era la presenza di un contratto né tra cedente e cessionario né nei confronti di soggetti terzi.

La CGUE ha iniziato la propria operazione chiarificatrice nella definizione del trasferimento individuando come proprio fine la necessità di pervenire ad un chiarimento. La Corte è andata oltre il mero significato letterale della normativa ed è giunta ad una definizione che fosse alla luce dello spirito della Direttiva<sup>13</sup>. Ha individuato casi in cui è possibile configurare un trasferimento anche se ci si trova di fronte ad un cambio della titolarità soggettiva dell'impresa non dovuta ad alcuna operazione formalmente di cessione contrattuale della stessa. E' con la sentenza Ny Molle Kro<sup>14</sup> che è stata ricondotta sotto la nozione di trasferimento d'azienda la fattispecie in cui un proprietario d'impresa in affitto riassumeva la gestione della stessa conseguentemente alle inadempienze dell'affittuario. Nelle proprie motivazioni i giudici europei hanno sostenuto che ci si trovava, nonostante l'assenza di qualsiasi tipo di cessione

---

<sup>13</sup> C-135/1983, H.B. M Abels c. Direzione della Bedrijfsvereniging

<sup>14</sup> C-287/1986, Landsorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark c. Ny Molle Kro

contrattuale, in una situazione che andava ricondotta dentro l'ambito di applicazione della direttiva in quanto i dipendenti costretti a dover cambiare imprenditore a seguito di una vendita formale dell'impresa, non si trovavano in una situazione diversa da quelli di un'impresa che, come nel caso analogo, pur non incorrendo in nessuna operazione di cessione formale, incorreva però in un cambiamento della propria titolarità soggettiva.

Si venne dunque a determinare da questa pronuncia in avanti una serie di operazioni giurisprudenziali volte ad individuare una nozione elastica di trasferimento. La Corte individuò infatti la fattispecie del trasferimento: nell'ambito di operazioni societarie svolte all'interno di un medesimo gruppo<sup>15</sup>, nel caso in cui si procedesse ad una reinternalizzazione di un servizio di pulizia che era appaltato all'esterno<sup>16</sup>, quando vi fosse un accordo tacito tra due società di lavoro interinale non risultante da alcun documento scritto o verbale ma semplicemente da elementi di cooperazione pratica. Il caso che rappresentò probabilmente il punto d'approdo più distante da una concezione prettamente formalistica di trasferimento è il caso Jouini<sup>17</sup>: i dirigenti di una agenzia di lavoro interinale avevano costituito una nuova impresa che di fatto rappresentava l'impresa referente per i principali clienti della vecchia agenzia. Spinti dalla volontà di stressare al massimo l'elasticità della nozione di "trasferimento" i giudici europei hanno individuato la nozione dello stesso anche quando un ente pubblico, nel caso di specie un ente locale francese, aveva riassunto la gestione di un servizio che precedentemente era stato

---

<sup>15</sup> C-234/98, G. C. Allen e a., c. Amalgamated Construction Co. Ltd

<sup>16</sup> C-209/91, Anne Watson Rask e Kirsten Christensen c. ISS Kantineservice

<sup>17</sup> C-485/05, Mohamed Jouini e a. c. Princess Personal Service GmbH

affidato ad un'associazione senza scopo di lucro. In relazione a quest'ultimo caso<sup>18</sup> la corte ha affermato: *“Le questioni poste vanno risolte dichiarando che l'art. 1, n. 1, della direttiva 77/187 dev'essere interpretato nel senso che quest'ultima trova applicazione in caso di ripresa, ad opera di un Comune, persona giuridica di diritto pubblico operante nell'ambito delle specifiche norme del diritto amministrativo, delle attività di pubblicità e informazione sui servizi offerti al pubblico dalla medesima e fino a quel momento prestati, nell'interesse di questo Comune, da un'associazione senza scopo di lucro, persona giuridica di diritto privato, sempreché l'entità ceduta conservi la propria identità. “*

### **3.1. I Trasferimenti “Triangolari”**

Il lavoro creativo della giurisprudenza comunitaria dalla fine degli anni '80 è andato oltre la semplice configurazione di trasferimento d'azienda lì dove i soggetti coinvolti fossero soltanto due, intraprendendo una strada che ha proceduto ad un allargamento dell'area di applicazione della direttiva anche dove non si sarebbero spinti neanche i più fervidi sostenitori della dottrina della funzionalizzazione della nozione di trasferimento. Con la sentenza capostipite *Daddy's Dance Hall*<sup>19</sup> sottoscritta dai giudici della corte agli inizi del 1988, la Corte ha ravvisato l'esistenza di un trasferimento in una situazione in cui alla scadenza del contratto d'affitto il proprietario ne affidava la gestione ad un altro affittuario che aveva proseguito l'attività senza nessuna

---

<sup>18</sup> C-175/99 *Didier Mayeur c. Association Promotion de l'Information messine (APIM)*

<sup>19</sup> C-324/86 *Daddy's Dance Hall A/S c. Foreningen af Arbejdsledere I Danmark*

interruzione. La vicenda riguardava la gestione di una sala da ballo danese che era stata data in affitto dall'imprenditore proprietario ad un primo affittuario che ne aveva gestito in totale autonomia l'attività. Alla scadenza del contratto l'imprenditore non ne aveva riassunto la gestione personalmente ma aveva proceduto piuttosto all'affidamento ad un ulteriore affittuario che era succeduto al primo nella gestione dell'attività. La peculiarità del caso in esame sta nell'assoluta mancanza di ogni tipo di contatto sostanziale o contrattuale tra il precedente gestore e primo affittuario e il secondo gestore e secondo affittuario. L'operazione contrattuale era infatti nelle mani di un soggetto, l'imprenditore, che intratteneva i contatti con il primo e con il secondo affittuario senza aver egli stesso avuto mai un'influenza diretta nella gestione della scuola da ballo. Il ragionamento in esame portato avanti da questo "leading case" verrà confermato anche in un caso non difforme: il caso *Bork International*<sup>20</sup>. In questo caso l'assenza di qualunque collegamento negoziale tra precedente e successivo gestore era dovuta a differenza del caso precedente, non da un succedersi di contratti d'affitto nei confronti di differenti affittuari quanto piuttosto dalla sostituzione del contratto d'affitto con il cedente con un contratto di compravendita con un terzo, cessionario, che proseguiva nella continuazione dell'attività.

Il ruolo dell'imprenditore, che opera come visto nel ruolo di soggetto terzo, può avere differenti qualificazioni. Questi può essere infatti uno stesso committente/cedente privato che procede

---

<sup>20</sup> C-181/1987 P. *Bork International A/S, in liquidation v Foreningen af Arbejdsledere I Danmark, acting on behalf of Birger E. Petersen, and Jens E. Olsen and others v Junckers Industrier A/S*

all'appalto di un medesimo servizio ad appaltatori/cessionari diversi che si succedono nel tempo, oppure può essere un medesimo committente/cedente pubblico che affida lo svolgimento della stessa attività di interesse sociale a più cessionari che si succedono nel tempo. Infine può rivestire il ruolo di un'autorità amministrativa o giudiziaria che gestisce o controlla la vicenda circolatoria di un'impresa sottoposta ad una procedura concorsuale non liquidatoria o liquidatoria che prevede la continuazione dell'attività.

Nel primo caso si è di fronte ad una situazione che si configura attraverso una successione di appalti di servizi che vengono eseguiti a favore di un medesimo soggetto privato. Questa situazione ha trovato ormai una consacrazione nella

giurisprudenza europea che ha trovato delle difficoltà di adesione da parte della giurisprudenza della Corte di Cassazione Italiana e del legislatore italiano che con il D.lgs 276/2003 ha statuito espressamente: *“L’acquisizione del personale già impiegato nell’appalto a seguito di un 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”*.

Nell'ordine d'idee riconducibili a questo primo caso è stata ricondotta anche una fattispecie in cui i soggetti coinvolti erano non tre bensì quattro. La vicenda in esame è quella affrontata dalla Corte nella sentenza nota come *Temco Service Industries*<sup>21</sup>. Nel caso in specie è stato possibile rinvenire la presenza di quattro soggetti coinvolti: l'impresa appaltante, la prima impresa

---

<sup>21</sup> C-51/00, *Temco Service Industries SA c. Samir Imzilyen*

appaltatrice, l'impresa subappaltatrice e la seconda impresa appaltatrice che era subentrata a seguito di risoluzione del primo rapporto contrattuale e stipula di un nuovo contratto d'appalto. E' opportuno sottolineare come in quest'ultimo caso l'Avvocato Generale nello svolgere la propria attività d'ausilio nei confronti dei giudizi della Corte è intervenuto con un attento esame del contesto economico riguardante l'appalto di servizi. L'AG ha invitato la corte ad essere cauta sull'applicazione della direttiva e ha sottolineato come la dinamica del mercato rischi di essere perturbata se si dovesse accettare con eccessiva flessibilità l'esistenza di un trasferimento ai sensi della direttiva. Il contributo dell'AG si colloca, dunque, nel novero di posizioni critiche con cui la corte ha dovuto fare i conti nel perseguimento della volontà, ad opinione di alcuni, eccessivamente spinta verso una flessibilizzazione tout court della definizione di trasferimento e dunque di una conseguente applicazione generalizzata della direttiva e dei suoi contenuti.

Nel secondo caso la Corte ha individuato gli estremi di un "trasferimento" ai sensi della Direttiva in determinati casi laddove il terzo era un committente/cedente pubblico che affidava lo svolgimento di una stessa attività socialmente rilevante ad enti associativi/cessionari diversi che si succedono nel tempo. La vicenda traslativa di fronte alla quale i giudici europei si sono venuti a trovare non è molto differente all'ipotesi precedente esaminata. L'unica differenza va ricercata nel fatto che si era di fronte ad un soggetto pubblico, per esempio un comune, che affidava la gestione di un medesimo servizio a più soggetti che in successione gestivano un servizio d'utilità sociale. Nel caso

Redmond Stichting<sup>22</sup> la CGUE ha individuato la fattispecie di trasferimento nell'ipotesi in cui un comune, che precedentemente aveva proceduto all'affidamento di concessioni nei confronti di una prima persona giuridica, aveva successivamente posto fine a tale regime concessorio. La qual cosa ha comportato come effetto immediato la cessazione di ogni attività: nel caso di specie la cura della tossicodipendenza. Si era deciso, a decorrere dalla medesima data, di affidare tali attività ad un'altra persona giuridica. Il giudice a quo operando il rinvio pregiudiziale si era chiesto, se la circostanza che la decisione di trasferimento venisse presa in maniera unilaterale dall'ente pubblico e non risultasse alcun accordo tra quest'ultimo con gli enti sovvenzionati, non rendesse inapplicabile la fattispecie. La Corte ha deciso di fornire risposta negativa a tale questione in base a due motivazioni. In primo luogo statuendo che, a prescindere dalla circostanza che ci si trova dinnanzi a soggetti di diritto pubblico, il cambiamento del beneficiario della sovvenzione si svolgesse nell'ambito di rapporti considerati contrattuali sia ai sensi della direttiva quanto ai sensi della giurisprudenza. In secondo luogo, richiamandosi alle osservazioni fatte dalla Commissione Europea, la corte ha deciso che la circostanza che l'operazione derivi dalla concessione di sovvenzioni a fondazioni o associazioni che prestano i propri servizi senza remunerazione, non esclude tale operazione dall'ambito di applicazione della direttiva. I giudici europei argomentano infatti come la finalità della direttiva sia quella di garantire i diritti dei lavoratori e che questa riguarda tutti i lavoratori che in un modo o nell'altro sono garantiti contro il

---

<sup>22</sup> C-29/91 Dr. Sophie Redmond Stichting c. Hendrikus Bartol ea.

licenziamento in base al diritto nazionale. Secondo l'ordinanza di rinvio, nel caso di specie, i lavoratori in questione erano protetti dal codice civile olandese e dunque dalle disposizioni sui licenziamenti.

I casi affrontati dalla successiva giurisprudenza<sup>23</sup> hanno riguardato situazioni analoghe: decisioni di enti pubblici, che avevano affidato in precedenza lo svolgimento di attività di assistenza verso persone disabili, avevano successivamente alla scadenza del contratto affidato la medesima attività ad altri soggetti, situazioni in cui enti pubblici che avevano appaltato l'attività di propri locali ad un'impresa al termine del contratto avevano proceduto con l'affidamento del medesimo appalto nei confronti di una seconda impresa. Il contributo giurisprudenziale con maggiori particolarità è da ricercare nel caso *Oy Liikenne Ab*<sup>24</sup>. La causa trovava origine dalla decisione di un ente pubblico finlandese, la YTV, di affidare la gestione del trasporto pubblico urbano alla società "Liikenne". Tale servizio era stato fino a quel momento svolto da una precedente società, la "Hakunilan Liikenne". La vecchia società affidataria procedeva ad un licenziamento dei vecchi conducenti, taluni dei quali si erano successivamente candidati per ricoprire le medesime mansioni al servizio della nuova società affidataria risultando tutti assunti. A seguito di un ricorso presentato al giudice nazionale del lavoro finlandese da due di questi soggetti assunti, i quali richiedevano l'applicazione dei trattamenti normativi e retributivi a loro spettanti in base alla direttiva sul

---

<sup>23</sup> C- 173/96 E C-247/96, Francisca Sánchez Hidalgo e a. c. Asociación de Servicios Aser e Sociedad Cooperativa Minerva, e Horst Ziemann c. Ziemann Sicherheit GmbH e Horst Bohn Sicherheitsdienst

<sup>24</sup> C-172/99, *Oy Liikenne Ab*. C. Pekka Liskojarvi e Pentti Juntunen

trasferimento d'azienda, si procedeva ad un rinvio della questione presso la CGUE per stabilire se ci si trovasse o meno nell'ambito di applicazione della direttiva così come sostenuto dai ricorrenti. La risposta fornita dai giudici europei è stata meno netta di quelle rinvenute nei casi giurisprudenziali precedenti. Nonostante ciò la corte ha elaborato una determinazione positiva sull'area di applicazione della direttiva. L'assenza di un legame contrattuale tra il cedente e il cessionario, nonostante possa all'opinione di taluni rappresentare un indizio di non riconduzione alla nozione di trasferimento ai sensi della normativa europea, non può in realtà rivestire un'importanza determinante. *La direttiva, si legge testualmente, è quindi idonea ad essere applicata in assenza di un vincolo contrattuale diretto tra due imprese cui un ente pubblico abbia affidato successivamente, in esito al procedimento di assegnazione di un appalto pubblico di servizi conformemente alla direttiva 92/50, un servizio di trasporto pubblico non marittimo, come l'esercizio di linee locali regolari di autobus.*

La terza fattispecie individuata dalla giurisprudenza è quella in cui il terzo sia un'autorità amministrativa o giudiziaria che gestisce o controlla la vicenda circolatoria di un'impresa sottoposta ad una procedura concorsuale non liquidatoria o liquidatoria con continuazione di attività. In questi particolari casi il terzo intermediario che si frapponeva tra cedente e cessionario era un soggetto pubblico di natura amministrativa o giudiziaria che svolgeva la propria attività in presenza di procedure concorsuali. Precedentemente all'intervento di riforma operato nel 1998 la Corte di Giustizia operò una serie di pronunce che hanno come

proprio capostipite o “leading case” il Caso Abels<sup>25</sup>.E’ in quest’occasione che è stata affrontata la divisione tra i casi in cui un’impresa sia soggetta a procedure concorsuali con finalità liquidatorie, ai quali non si applica la direttiva, e quelli in cui l’impresa sia soggetta a procedure concorsuali che hanno però come scopo la salvaguardia del patrimonio e/o il proseguimento dell’attività d’impresa, ai quali invece si applica la direttiva. I giudici del Lussemburgo hanno motivato le proprie conclusioni statuendo che, in assenza di una norma che nella versione originaria della direttiva sul trasferimento d’azienda<sup>26</sup> si occupasse della regolazione delle procedure concorsuali, era necessario far riferimento agli scopi stessi del legislatore europeo in materia di trasferimento d’azienda. Si voleva infatti impedire che la ristrutturazione nel contesto del mercato comune operasse a danno dei lavoratori delle imprese interessate e bisognava prendere in considerazione il grave rischio di un complessivo deterioramento delle condizioni di vita e di mano d’opera, i quali erano in contrasto con gli obiettivi sociali del Trattato. La Corte ha nella stessa sentenza statuito come la Direttiva risultasse invece applicabile a procedimenti come quelli di “*surséance van betaling*” (sospensioni di pagamento) nonostante essi si presentassero con peculiarità e fattori comuni con le procedure di fallimento. Si trattava di casi infatti in cui il controllo del giudice aveva una portata più limitata rispetto a quella del fallimento e trovavano la loro giustificata diversità poichè miravano alla

---

<sup>25</sup> C-135/1983, H.B. M Abels c. Direzione della Bedrijfsvereniging

<sup>26</sup> Direttiva 77/187/CEE concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti

conservazione del patrimonio ed eventualmente alla prosecuzione dell'attività d'impresa. E' nel successivo caso D'Urso<sup>27</sup> che la corte è stata chiamata a pronunciarsi circa l'applicabilità o meno della direttiva sul trasferimento d'azienda alla fattispecie italiana dell'amministrazione straordinaria d'impresa. Le finalità di questo procedimento sono infatti quelle di restituire all'impresa un equilibrio in grado di consentirne l'attività futura. L'oggetto d'esame riguardava la riconducibilità o meno, nell'ambito applicativo della normativa sul trasferimento d'azienda, della procedura di amministrazione straordinaria così come regolata dalla legge italiana. Aderendo alle osservazioni contenute nell'ordinanza di rimessione del giudice italiano la Corte ha fornito risposta positiva<sup>28</sup> poiché *“la funzione del procedimento è quella di salvare le parti sostanzialmente sane dell'impresa, che l'impresa in amministrazione straordinaria può ottenere crediti di cui lo Stato garantisce il rimborso e che sono destinati alla riattivazione e al completamento di impianti, di mobili e di attrezzature, industriali, e infine che, nel procedimento d'amministrazione straordinaria, la tutela degli interessi dei creditori è meno incisiva che in altre procedure liquidatorie e che, in particolare, è negata ai creditori ogni interferenza sulle decisioni relative alla continuazione dell'attività d'impresa”*.

La direttiva di riforma del 1998 e la successiva opera di consolidamento avvenuta nel 2001 hanno proceduto all'adeguamento (vedi supra, par. 1.2, par. 1.3) della normativa rispettando i principi enucleati dalla giurisprudenza comunitaria.

---

<sup>27</sup> C-362/89 D'Urso Ventadori e a.

<sup>28</sup> C-362/89 D'Urso Ventadori e a., pt 32-33

Nel quarto considerando della direttiva 98/50/CE e nell'ottavo della direttiva 23/2001/CE veniva sancito che la trasparenza e la sicurezza giuridica esigono un chiarimento della nozione giuridica di trasferimento alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia. Tale chiarimento, si leggeva nei due considerando, non modifica la sfera di applicazione della direttiva 77/187/CEE così come interpretata dalla Corte. Il legislatore comunitario ha dunque affermato in maniera esplicita che i contributi giurisprudenziali in materia di trasferimento sono stati presupposti necessari per l'elaborazione delle nuove norme.

### **3.2. Il trasferimento delle imprese in stato di crisi: Il caso Spano**

L'adattamento e l'opera di armonizzazione della normativa sui trasferimenti d'azienda all'interno degli Stati membri non sono stati un percorso sempre lineare. Da un lato la spinta economica verso un disgregarsi del modello classico d'azienda e dall'altro le tante, forse troppe, peculiarità dei singoli ordinamenti nazionali hanno obbligato i giudici europei a una lunga opera di adattamento. La fattispecie dell'impresa in stato di crisi rappresenta un esempio singolare per la successiva determinazione del legislatore europeo di far propria la normativa d'eccezione italiana<sup>29</sup> e non seguire, diversamente da come fatto in altre occasioni, i pronunciamenti della Corte spesso e volentieri

---

<sup>29</sup> V. Leccese, Giudici Italiani e Corte di giustizia sul trasferimento d'azienda: un dialogo a due velocità? In *Giornale dir. lav. Relazioni ind.*, 1999

vero e proprio diritto vivente. Il contributo della giurisprudenza è stato fondamentalemente correttivo nei confronti di una normativa nazionale come quella italiana<sup>30</sup> che presentava dei profili derogatori contrari alla formulazione originaria della direttiva. Il caso Spano<sup>31</sup> prendeva vita dalle deroghe che la legge italiana, L. 675/1977, prevedeva per le aziende dichiarate in stato di crisi. Veniva infatti disposta la non applicazione nei confronti di queste ultime dell'art. 2112 del codice civile. La deroga riguardava, attraverso la presenza di un accordo sostitutivo, tanto il passaggio dei lavoratori alle dipendenze del cessionario quanto il regime applicabile ai rapporti di lavoro trasferiti. La Corte ha censurato queste deroghe richiamando la propria giurisprudenza costante. Ha affermato, infatti, come il criterio rilevante per verificare se un determinato trasferimento fosse o meno sottoposto al raggio di applicazione della direttiva era rappresentato dal discrimine riguardante la natura del procedimento amministrativo o giudiziario e il relativo obiettivo. Se il fine fosse stato la liquidazione dei beni del cedente la direttiva non avrebbe trovato applicazione, qualora viceversa fosse stato la continuazione dell'attività la direttiva avrebbe trovato applicazione. Nella situazione in esame, un'azienda che veniva dichiarata in stato di crisi ai sensi della L. 675/1997 si trovava in una condizione debitoria e patrimoniale non paragonabile in quanto alla gravità della situazione alle imprese soggette a procedimenti concorsuali. Quindi la direttiva dovrebbe trovare a maggior ragione

---

<sup>30</sup> U.Carabelli- B. Veneziani, *il trasferimento d'azienda in Italia*, cit, pp. 144-149

<sup>31</sup> C- 472/93, Luigi Spano e a. c. Fiat Geotech SpA e Fiat Hitachi Excavators, con nota di R.Romei, *Brevi osservazioni sulla recente sentenza della Corte di giustizia in materia di trasferimento di un'azienda in crisi*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 1996.

applicazione in linea con quanto statuito dalla giurisprudenza del Caso Abels e seguenti pronunciamenti. Punto determinante per la soluzione della vicenda è stato la natura del provvedimento con cui, in base alla legge italiana, veniva dichiarato lo stato di crisi di una determinata azienda. A parere della Corte<sup>32</sup> il procedimento con cui veniva accertato e poi dichiarato lo stato di crisi di un'azienda era un provvedimento che favoriva una futura ripresa e prosecuzione dell'attività. Diversamente da quanto avveniva in presenza di procedimenti di fallimento il procedimento in esame non implicava nessun controllo giudiziario né una sospensione dei pagamenti<sup>33</sup>. L'obiettivo che si perseguiva da una prospettiva economico-sociale con questo procedimento non era sufficiente a spiegare e a giustificare che i dipendenti coinvolti fossero privati dei diritti loro concessi dalla Direttiva. Il Caso Spano assunse importanza non solo per l'operazione chiarificatrice suddetta, ma anche per aver proceduto a ribadire, in assoluta analogia con i casi precedenti, come le norme previste a tutela dei lavoratori fossero norme inderogabili che non potessero essere rimesse alla volontà di cedente e cessionario, tanto quelle sostanziali che quelle di carattere procedurale.

Il congegno giurisprudenziale elaborato nel caso in esame è stato però demolito dalla volontà legislativa venuta fuori in sede comunitaria. Come anteriormente analizzato (vedi supra, par. 1.2) la direttiva di riforma del 1998 e la successiva codificazione del 2001 hanno previsto la possibilità, per le imprese in stato di grave crisi economica, così come disposto in base al diritto nazionale,

---

<sup>32</sup> C- 472/93, Luigi Spano e a. c. Fiat Geotech SpA e Fiat Hitachi Excavators, pt. 28

<sup>33</sup> C- 472/93, Luigi Spano e a. c. Fiat Geotech SpA e Fiat Hitachi Excavators, pt. 29

che gli Stati Membri introducano nei loro ordinamenti disposizioni con le quali venga attribuito alle parti sociali il potere di derogare attraverso accordi al mantenimento delle condizioni di lavoro.

### **3.3. I giudici europei alle prese con la definizione d'Azienda**

L'operazione chiarificatrice della Corte di Giustizia Europea è riscontrabile anche nell'elaborazione della definizione d'azienda<sup>34</sup> ai sensi delle norme comunitarie. Le fonti giuridiche parlano di entità economica che conserva la propria identità, ma cosa si intende esattamente? La risposta a questa domanda è stata fornita nel caso *Spijkers*<sup>35</sup>. Nella sentenza in questione la Corte ha preferito introdurre il concetto di "entità economica"<sup>36</sup> per delimitare il denominatore minimo d'impresa rilevante ai sensi della direttiva. Non possono essere infatti ricondotte nel raggio applicativo della disciplina comunitaria i casi in cui siano trasferiti singoli beni non organizzati per l'esercizio di una finalità economica, ed inoltre tale complesso di beni deve essere utilizzato dal cessionario dell'attività che precedentemente era svolta presso il cedente. E' entrata dunque nel vocabolario giuridico della corte il concetto di "mantenimento dell'identità economica trasferita". E' necessario infatti, a rigor del ragionamento portato avanti in

---

<sup>34</sup> C. Cester, la fattispecie: la nozione di azienda, di ramo d'azienda e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie, in *Quaderni dir. lav. e relazioni ind.*, 2005, 28.

<sup>35</sup> C-24/85 *Jozef Maria Antonius Spijkers c. Gebroeders Benedii Abattoir CVedAlfred Benedii en Zonen BV*-

<sup>36</sup> P. Pellissero, l'entità economica come oggetto del trasferimento d'azienda: sviluppi recenti della giurisprudenza comunitaria e possibili riflessi sugli ordinamenti nazionali, in *Diritto delle relazioni indisutriali*, 1998, p.63

Spijkers, che il cessionario proseguisse l'attività senza mutamenti al fine di essere nelle condizioni di poter utilizzare i lavoratori ad esso transitati dal cedente. Non si rientrerebbe seguendo questo percorso argomentativo nell'area di applicazione delle protezioni della direttiva nel caso in cui ad esser trasferiti fossero soltanto un complesso di beni sconnesso da ogni tipo di esercizio d'attività. Quando queste condizioni possono dirsi effettivamente rispettate? I giudici europei nel definire quando ci si trova effettivamente dinnanzi ad una cessione d'entità economica che conservi la propria identità sono giunti ad elaborare una serie di indici presuntivi. Essi hanno proceduto a valorizzare il complesso delle circostanze di fatto che possono caratterizzare l'operazione di cessione di un'entità economica che conservi la propria identità successivamente al trasferimento. Essi hanno preso in considerazione il tipo di stabilimento o d'impresa, la cessione o meno di elementi materiali come gli edifici o 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, il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione dell'attività<sup>37</sup>. Spetta al giudice nazionale individuare e verificare il trasferimento d'azienda nel caso concreto servendosi degli indici presuntivi suddetti. Questo procedimento iniziato con Spijkers ha determinato un inizio di vaporizzazione della centralità degli elementi materiali e un avvio d'attenzione per gli elementi

---

<sup>37</sup> C-24/85 Jozef Maria Antonius Spijkers c. Gebroeders Benedii Abattoir CVedAlfred Benedii en Zonen BV-, pt. 14ss

immateriale che hanno determinato una quasi sovrapposizione tra concetto di “entità economica” con quello di “attività economica”. Tale orientamento giurisprudenziale venne portato alle sue estreme determinazioni con il successivo caso “Schmidt”<sup>38</sup>, in questa occasione l’organo giurisdizionale chiamato in causa da un’ordinanza di rinvio del giudice tedesco ha proceduto con l’attribuzione di una rilevanza decisiva ad uno degli indici presuntivi che già erano stati elaborati nella sentenza Spijkers. Venne assunto come criterio fondamentale per esaminare l’effettiva sussistenza di un’entità economica che conservasse la propria identità l’effettivo proseguimento o ripresa da parte del cessionario dell’attività economica che precedentemente era esercitata dal cedente a prescindere dalla cessione di elementi patrimoniali. Precedentemente al caso di specie era necessaria una intercorrelazione tra “attività economica” esercitata e beni patrimoniali. Successivamente a Schmidt, 1994, questa connessione perse la sua centralità e l’attività economica acquisì un’importanza rilevante rispetto ai beni patrimoniali. In continuità con questo filone giurisprudenziale si collocò la posteriore sentenza Mercks<sup>39</sup> nella quale venne sottolineato come fosse fondamentale ai fini della rilevanza applicativa della direttiva l’analogia tra l’attività esercitata precedentemente dal cedente e quella svolta successivamente dal cessionario. Questo orientamento della Corte, volto a costruire una nozione elastica di trasferimento d’azienda e dunque diretto ad allargare gli ambiti di protezione dei lavoratori rispetto alla fattispecie originaria, non

---

<sup>38</sup> C-392/92, Christel Schmidt c. Spar- und Leihkasse der fruheren Amter Bordesholm, Kiel und Cronshagen

<sup>39</sup> Cause riunite C-171/94, C-172/94

trovò terreno fertile negli anni seguenti all'interno di ambienti giuridici, soprattutto, tedeschi. Era presente il timore derivante dalle ricadute che tale costruzione giurisprudenziale avesse potuto avere sulle attività di esternalizzazione e sulle decisioni delle imprese. Il mutamento, o la correzione di rotta, arrivò l'11 Marzo del 1997 con la Sentenza Sùzen<sup>40</sup> che enunciò come al fine di determinare se sussistessero le caratteristiche di un trasferimento d'entità economica, sarebbe stato necessario valutare le circostanze di fatto caratterizzanti l'operazione di cui trattasi, ed in particolare il tipo d'impresa o d'azienda trasferita<sup>41</sup>. Operando una summa divisio, di importanza non minore a quella elaborata nel caso Abels, la CGUE procedette col tracciare la distinzione tra quelle attività in cui la componente materiale è essenziale e quelle attività invece, labour intensive, in cui anche il mero trasferimento di un gruppo di lavoratori può comportare la fattispecie del trasferimento d'entità economica<sup>42</sup>. I giudici europei, chiamati in questa circostanza ad affrontare un contesto riguardante uno di quei settori, quello dei pulizieri, allora come adesso maggiormente sottoposti all'attenzione dei giudici nazionali, hanno statuito come non sia sufficiente guardare alla sola analogia tra l'attività precedentemente svolta dal cedente e quella proseguita dal cessionario. L'entità aziendale non può essere ridotta alla mera attività esercitata. Dalla sentenza in esame non sembra però corretto poter individuare un completo abbandono dei principi giurisprudenziali che in una prima fase avevano accompagnato il dibattito sull'argomento. Rimane infatti valida l'opzione per cui si

---

<sup>40</sup> C-13/95, Ayse Suzen c. Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice

<sup>41</sup> C-13/95, Ayse Suzen c. Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice, pt 14

<sup>42</sup> C-13/95, Ayse Suzen c. Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice, pt 15

può ancora guardare alla semplice attività trasferita laddove l'entità economica non presupponga alcun sostrato materiale significativo. L'evoluzione della giurisprudenza comunitaria si caratterizzò da un lato per non pervenire ad una definizione formale d'impresa, e dall'altro lato per la tendenza a dematerializzarne il concetto.

Nelle pronunce successive, “Sanchez Hidalgo”<sup>43</sup> ed “Hernandez Vidal”<sup>44</sup> si precisò come il rilievo degli elementi materiali e immateriali fosse necessariamente connesso al tipo d'attività e/o del settore economico interessato, potendosi ben rilevare la presenza di un'entità economica trasferita ai sensi della Direttiva in settori in cui ci fosse una prevalenza di manodopera. In queste ultime attività la rilevanza degli elementi immateriali o materiali cede il passo rispetto all'importanza determinante della forza lavoro.

La Corte di Giustizia sarà sicuramente chiamata anche nei prossimi anni ad intervenire e non sono da escludersi, anche alla luce delle forti modificazioni del quadro economico, nuovi interventi che possano determinare ulteriori correzioni al proprio orientamento giurisprudenziale. Si ravvisa infatti non solo la necessità di approdare ad un corretto bilanciamento dei diritti dei lavoratori coinvolti nei procedimenti di ristrutturazione ma anche di non rendere impraticabile il cambiamento degli asset aziendali volti alla ricerca di una sempre maggiore flessibilità nell'organizzazione e nella strutturazione dell'azienda.

---

<sup>43</sup> C-173/96 Francisca Sanchez Hidalgo e a. c. Asociacion de Servicios Aser e Sociedad Cooperativa Minerva

<sup>44</sup> C-127/96 Francisco Hernandez Vidal SA c. Prudencia Gomez Perez e contratas y Limpiezas SL

### **3.4. Trasferimento di Ramo D'Azienda**

Il rilievo della giurisprudenza comunitaria e le relative implicazioni sulla definizione di “ramo d’azienda” trasferito non hanno avuto nel contesto comunitario la medesima centralità che hanno avuto nell’ordinamento italiano in particolare dopo le modifiche avvenute nel 2001 e nel 2003. In un esame dell’influenza del contesto giurisprudenziale sovranazionale sul trasferimento d’azienda è dunque opportuno concentrarsi sulla sussistenza o meno di una nozione italiana di ramo d’azienda aderente ai principi contenuti nella Direttiva. Si procederà ad esaminare in maniera astratta ed alla luce dei casi precedentemente analizzati dalla corte la compatibilità della nostra normativa interna in materia con il quadro comunitario. Il processo di trasferimento di un singolo ramo d’azienda si colloca in quelle pratiche attraverso cui grandi complessi aziendali hanno scelto di esternalizzare alcune attività precedentemente gestite al proprio interno. Tale processo ravvisabile su scala mondiale può essere definito come transfer outsourcing. L’azienda attraverso questa pratica trasferisce ad un soggetto esterno la gestione di un’attività che precedentemente era assicurata e svolta in house. Queste operazioni non possono che avere delle ricadute forti sul destino dei lavoratori coinvolti. In dottrina vi è chi ammonisce dal considerare le attività di trasferimento di ramo d’azienda come operazioni di trasferimento d’azienda in piccolo sottolineando

l'ipocrisia di fondo di tali considerazioni<sup>45</sup>. Il tema in esame è diventato di un'attualità centrale dalla fine degli anni 80 dello scorso secolo in poi. Era infatti inimmaginabile sino a qualche decennio prima che operazioni di downsizing potessero avere un impatto non soltanto quantitativo quanto piuttosto qualitativo come quello registratosi dalla fine dello secolo scorso in poi. Il modello dell'impresa fordista, che tutto produce al proprio interno e raramente si rivolge all'esterno per esigenze produttive, è inesorabilmente andato in crisi attraverso un naufragio in cui i primi a non vedere la luce sono stati i lavoratori. Fattori come la globalizzazione, l'unificazione del mercato comune, l'apertura dell'Europa verso l'est hanno spinto le imprese ad affrontare una cura dimagrante che guardasse alla valorizzazione in larga scala del proprio "Core Business", che perseguisse criteri di velocità produttiva per non rimanere eccessivamente indietro nel treno delle nuove frontiere aziendali mondiali. E' evidente dunque, come precedentemente anticipato, che un tema come quello in esame non possa essere comparato ai trasferimenti d'azienda in piccola scala. E' proprio nel trasferimento di ramo d'azienda che si può scorgere in maniera chiara quella eterogenesi dei fini della disciplina sul trasferimento d'azienda individuabile nell'art 2112 del codice civile italiano<sup>46</sup>: estendere l'ambito di applicazione della nozione di trasferimento d'azienda corrisponde ad una maggiore tutela per i lavoratori, estendere la fattispecie di ramo d'azienda corrisponde al suo esatto contrario. L'ordinamento

---

<sup>45</sup> A. Lo Faro, Le Direttive in materia di Crisi e ristrutturazioni di impresa, in S.Sciarra, B. Caruso (a cura di), il lavoro subordinato, Torino, 2009

<sup>46</sup> R. De Luca Tamajo, I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici, Esi, Napoli 2002

italiano sfruttando a proprio favore gli orientamenti della corte di giustizia europea che, come visto, valorizzavano una definizione “leggera” d’azienda ha espresso la sua opzione di promozione dell’utilizzazione da parte delle imprese dell’istituto in questione. Attraverso tali operazioni orientate al dimagrimento dell’azienda l’obiettivo ricercato dai complessi imprenditoriali non fu soltanto quello dell’esternalizzazione dell’attività quanto piuttosto quello della cessione anche dei lavoratori addetti al ramo. L’operazione, volta a liberalizzare l’utilizzazione dell’istituto nel nostro ordinamento, ha trovato il proprio apice con l’intervento del Dlgs 276/2003. La Riforma Biagi ha ampliato le possibilità di utilizzazione dell’istituto; se il legislatore del 2001<sup>47</sup> aveva statuito come il ramo d’azienda trasferito dovesse avere necessariamente il requisito dell’”autonomia funzionale preesistente” per evitare un’attività eccessivamente agevole di espulsione della forza lavoro, l’intervento correttivo avvenuto come la più celebre “Riforma Biagi” ha invece precisato, riformando l’art 2112 del Codice Civile italiano, che il ramo d’azienda “è identificato come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento” . Questa riforma, abrogando la necessità di una preesistenza dello stesso, ha consentito alle imprese coinvolte in tali operazioni di definire unilateralmente le condizioni delle espulsioni dei lavoratori attribuendo alle stesse una discrezionalità che non ha pari nel passato. Con tale riforma il legislatore ha voluto rendere possibili determinate operazioni che la Corte di Cassazione alla luce del precedente apparato normativo non riteneva perseguibili: “è escluso che un ramo d’azienda possa

---

<sup>47</sup> Decreto Legislativo 2 febbraio 2001, n. 18

essere identificato e disegnato solo al momento del trasferimento in esclusiva funzione di esso, con un'operazione strumentale, indirizzata all'espulsione, per questa via indiretta, di lavoratori eccedenti, consegnati ad un cessionario che, strettamente legato all'impresa cedente sarebbe privo di modificare liberamente le preesistenti condizioni di lavoro( contratti collettivi, condizioni di stabilità del posto di lavoro, ecc)"<sup>48</sup>. Nonostante la maggioranza di opinioni critiche in dottrina vi è stato chi ha elaborato una diversa ricostruzione della nuova formulazione dell'art 2112 introdotta dal Dlgs 276/2003. Qualcuno infatti , nel dibattito scientifico instauratosi sull'argomento, ha fatto notare come "identificare" il ramo d'azienda non equivalga a "costituire" lo stesso<sup>49</sup>. Questa ultima ricostruzione andrebbe però contro le finalità stesse della riforma e la necessità espressa dal legislatore agli inizi degli anni 2000 di modificare il precedente sistema normativo. Non la si può infatti condividere a meno di non voler sposare una lettura gattopardiana dell'intento riformatore, e della politica del diritto sottostante il disegno di politica del diritto portato avanti con il Dlgs. 276/2003. Tale lettura però è contraddetta dai fatti e dalle pratiche imprenditoriali portate avanti negli anni successivi e legittimate da una giurisprudenza che ha veduto in queste novità normative una ridefinizione della fattispecie. I protagonisti della vicenda traslativa vedono dunque ampliati i propri poteri potendo pervenire ad un'attività d'assemblaggio di strutture che presso il cedente non avevano una propria autonomia ma che la

---

<sup>48</sup> Corte di Cassazione 25-10-2002

<sup>49</sup> V. Bavaro, "Il trasferimento d'azienda", in Aa.Vv. ,Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003, a cura di P. Curzio 2004, Cacucci, Bari

conquistano nel momento del trasferimento e della sua costituzione<sup>50</sup>. Una volta affrontato il quadro normativo interno è necessario esaminare e individuare la sua compatibilità con quanto statuito nell'ordinamento comunitario. C'è da chiedersi se sia legittima l'operazione intrapresa dal legislatore italiano che ha sovrapposto all'istituto generale del trasferimento d'azienda un istituto peculiare, quello del trasferimento del ramo d'azienda, che si differenzia su più punti dalla disciplina generale. Per poter rispondere a questa domanda bisogna trovare conforto nelle letture avanzate dalla CGUE essendo il dettato normativo della Direttiva, tanto nel suo testo originario quanto in quello attuale, scarno di sufficienti indicazioni di merito. La Corte ha stabilito nei casi summenzionati (Suzen, Sanchez Hidalgo) come vi sia la necessità che ciò che esiste prima del trasferimento sia immutato e continui ad operare successivamente al trasferimento. E' necessario che il cessionario svolga dunque un'attività economica equivalente a quella svolta dal cedente. Riducendo il nostro raggio d'azione nei confronti del trasferimento del singolo ramo d'azienda è possibile seguire una linea di lettura che escluderebbe dalla nozione di ramo d'azienda i servizi interni di supporto alla produzione, come per esempio i servizi informatici o di gestione amministrativa o contabile del personale, potendo invece identificare l'"articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata" soltanto ad attività che hanno un riflesso diretto sulla produzione, e dunque attività di rilievo

---

<sup>50</sup> A. Maresca, Le "novità" del legislatore nazionale in materia di trasferimento di d'azienda, in Arg. Dir. Lav, 2001.

produttivo visibile, servizi c.d esterni<sup>51</sup>. A prescindere da queste considerazioni rimane il problema di stabilire se alla luce del diritto europeo sia legittima la linea portata avanti dal legislatore italiano che rimette nella disponibilità delle parti la definizione del contenuto. Esaminando i contributi giurisprudenziali si comprende che la corte è stata sempre ferma nel difendere l'inderogabilità degli effetti ma non si è mai soffermata sull'indisponibilità della fattispecie<sup>52</sup>. Si può però notare come l'impossibilità di derogare i primi abbia effetti diretti nei confronti della seconda. A questa considerazione deve aggiungersi che il legislatore italiano, portando avanti una definizione e normazione particolare del trasferimento di ramo d'azienda rispetto al trasferimento dell'intero complesso aziendale, abbia voluto incidere maggiormente sulle ragioni delle imprese piuttosto che sulla conservazione dei diritti dei lavoratori, fine al quale tende espressamente la direttiva. Alla luce di queste considerazioni è da valutare sicuramente come dubbia la scelta portata avanti e tuttora vigente nel nostro ordinamento.

---

<sup>51</sup> V. Speciale, il trasferimento d'azienda tra disciplina nazionale e interpretazioni vincolanti della Corte di Giustizia europea, in WP C.S.D.L.E "Massimo D'Antona. IT-46/2006(  
[www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp](http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp))

<sup>52</sup> R. Romei, il campo di applicazione della disciplina sul trasferimento d'azienda, in R. De Luca Tamajo- M. Rusciano- L. Zoppoli (a cura di), Mercato del lavoro, riforma e vincoli di sistema, Novene, Napoli, 2004

#### **4. Il rispetto degli obblighi procedurali: la salvaguardia dell'effetto utile nel diritto d'informazione e consultazione**

L'implementazione e la salvaguardia del diritto d'informazione dei lavoratori coinvolti nel trasferimento d'impresa ha trovato nella CGUE un fedele custode. Gli stati con un ordinamento giussindacale più blando come il Regno Unito rischiavano infatti di far rimanere lettera morta le enunciazioni sui diritti di informazione e consultazione contenute nella direttiva 77/187CEE e di annullare conseguentemente ogni effetto utile della stessa. I maggiori problemi riguardavano la definizione che la disciplina europea dava di rappresentanti dei lavoratori<sup>53</sup>, i quali sarebbero stati i tributari delle informazioni dovute dal datore di lavoro. Non è stata infatti introdotta nessuna nozione comunitaria di rappresentante dei lavoratori e sono state fatte salve le peculiarità dei singoli stati (v. supra, par.1.1). L'art 2 lettera c) della direttiva del 77 enunciava esplicitamente che per rappresentanti dei lavoratori si intendono i rappresentanti dei lavoratori previsti dalla legislazione o dalla prassi degli Stati membri. Nel 1994 i giudici europei si trovarono dinnanzi alla urgenza di risolvere una problematica di portata centrale. L'ordinamento britannico dell'epoca, in una fase di migrazione economica, politica e sociale tra le ricette dell'epopea liberista e la "terza via" di Tony Blair, prevedeva infatti che la presenza o meno dei rappresentanti dei lavoratori all'interno degli stabilimenti lavorativi fosse subordinata a un provvedimento di tipo discrezionale che poteva

---

<sup>53</sup> S. Laulom (a cura di), *Recomposition des système de représentation des salariés en Europe*, Publications dell'Université de Saint-Etienne, 2005

essere adottato dal datore di lavoro. Questa normazione, profondamente influenzata dalle dottrine liberiste, contraddistingueva l'ordinamento anglosassone negli anni 80 e rischiava di rendere inefficace l'effettiva operatività del diritto di informazione. Il datore di lavoro poteva con un atto discrezionale aggirare le cautele e le procedure contenute nella direttiva in modo da rendere non operativo alcun coinvolgimento dei lavoratori. I giudici europei, chiamati ad esprimersi sulla compatibilità o meno della legislazione anglosassone con la legislazione europea, hanno decretato che, essendo l'informazione e la consultazione possibili solo nella misura in cui l'ordinamento nazionale prevede la designazione dei rappresentanti dei lavoratori in azienda, il principio dell'effetto utile nega ogni possibilità che la presenza o meno degli stessi sia rimessa ad una scelta discrezionale del datore di lavoro<sup>54</sup>. L'effettività del diritto di informazione e consultazione è infatti direttamente connessa con il ruolo che i rappresentanti dei lavoratori ricoprono all'interno della compagine aziendale. E' dunque impossibile che le disposizioni in esame della direttiva raggiungano quegli effetti utili per cui il legislatore europeo le ha pensate se al singolo datore di lavoro è rimessa la facoltà di disinnescare la loro vincolatività attraverso provvedimenti discrezionali. L'impianto dell'ordinamento giuridico britannico andava contro lo spirito stesso della direttiva che prevede che i lavoratori vengano contattati prima che l'imprenditore prenda una decisione<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> C-383/92, Commissione c. Regno Unito

<sup>55</sup> A. Lo Faro, Judicial Enforcement of EC Labour Law, Time limits, Bruden of Proof, ex Officio Application of EC Law, in WP C.S.D.L.E. Massimo d'Antona. INT, 3/2001

Nonostante la suddetta direttiva non contenesse delle sanzioni dirette fu rimesso ai singoli stati membri, in base al ragionamento portato avanti dalla Corte in questa come in analoghe sentenze, di adottare quelle disposizioni legislative, amministrative o regolamentari che rendessero effettivo il diritto comunitario. Seguendo il ragionamento della Corte devono essere gli Stati a garantire il corretto rispetto del diritto di informazione e consultazione nei confronti dei rappresentanti dei lavoratori.

#### **4.1. Le garanzie individuali e collettive al vaglio della CGUE.**

Le tre direttive succedutesi ,come visto (v. infra, par. 1.1, 1.2, 1.3), nel regolare gli effetti derivanti da operazioni traslative dei complessi aziendali hanno tenuto conto della necessità di tutelare il complesso bagaglio di diritti individuali e collettivi di cui i lavoratori singolarmente erano tributari. In tal senso il lavoro innovativo della giurisprudenza è stato minore rispetto ad altri campi d'elezione della materia in esame sino ad ora esaminati. I singoli ordinamenti nazionali erano infatti già attrezzati di disposizioni interne che prevedevano una salvaguardia dei diritti dei lavoratori in maniera quantomeno analoga a quella prevista dalla direttiva. Il BGB tedesco, il Code du Travail francese ed il nostro Codice Civile prevedevano disposizioni protettive nei confronti dei lavoratori coinvolti<sup>56</sup>. La giurisprudenza è stata in questo contesto meno sollecitata nella propria opera chiarificatrice e/o suppletiva.

---

<sup>56</sup> Art. 613 BGB, L-122.12 Code du Travail, Art.2112 Codice Civile.

#### **4.2. La conservazione del rapporto di lavoro presso il cessionario e il divieto di licenziamento**

La Corte del Lussemburgo infatti quando è stata chiamata ad affrontare il passaggio dei diritti dei lavoratori dal cedente al cessionario ha affermato esplicitamente il necessario legame sussistente tra le due disposizioni in materia presenti nella prima versione della direttiva. Queste, come si sa, sanciscono il divieto di licenziamento ed il principio di continuità. Non sarebbe stata sufficiente a garantire la ratio protettiva individuale né la previsione del trasferimento diretto dal cedente al cessionario dei diritti derivanti da contratto o rapporto di lavoro né il divieto di licenziamento dei lavoratori a causa del trasferimento d'azienda. La CGUE ha sottolineato come la predisposizione di un divieto di licenziamento senza la regola della continuità dei rapporti determinerebbe l'impossibilità di far valere da parte dei lavoratori l'illegittimità dello stesso. Le due norme sono dunque complementari e reciprocamente necessarie. In *Bork International*<sup>57</sup> ha affermato: *“Se è vero che la Direttiva 77/187/CEE può esser fatta valere unicamente dai lavoratori il cui contratto o rapporto di lavoro è in corso alla data del trasferimento occorre tuttavia che siano osservate le norme imperative della direttiva relative alla tutela dei lavoratori contro il licenziamento a causa del trasferimento”*. In C- 319/94, (*Jules Dethier Equipement SA c. Jules Dassy e Sovam Srl*) *“I lavoratori il cui contratto o rapporto di lavoro sia stato interrotto*

---

<sup>57</sup> C- 101/87 *Bork International A/S e a c. Foreningen af Arbejdsledere*

*precedentemente al trasferimento in contrasto con l'art. 4. n.1 devono essere considerati ancora dipendenti dell'azienda alla data del trasferimento, con la conseguenza, in particolare, che le obbligazioni del datore di lavoro nei loro confronti sono trasferite ipso iure dal cedente al cessionario.* Si legge tra le righe come i giudici comunitari abbiano voluto delineare i contorni di una disciplina di garanzia che senza un'adeguata opera di puntualizzazione avrebbe potuto consentire deficit di tutela con il conseguente raggio delle finalità protettive. I giudici comunitari hanno dovuto affrontare anche il tema della tendenziale non modificabilità delle condizioni di lavoro prevista dalla direttiva. Essi hanno infatti individuato nei cambiamenti delle modalità di determinazione della retribuzione circostanze legittimanti il recesso da parte del lavoratore trasferito. Qualunque fatto o atto che possa determinare una modificazione sostanziale delle condizioni di lavoro presso il cessionario legittima dunque l'esercizio del recesso da parte del lavoratore e la speculare responsabilità del soggetto datoriale.

### **4.3. Le deroghe al divieto di recesso**

La CGUE ha dovuto puntualizzare la parte della normativa comunitaria che prevedeva la possibilità di derogare al divieto di licenziamento nelle more di un trasferimento d'azienda. Con il caso Jules Dethier Equipment<sup>58</sup> ha stabilito come questo potere spetti indistintamente a cedente e cessionario. Alienante e

---

<sup>58</sup> C-319/94, S.A. *Jules Dethier Equipment* contro Jules Dassy, Sprl Sovam, pt152

acquirente vengono dunque posti sullo stesso piano e risultano affidatari dei medesimi poteri. L'affermazione posta in essere dai giudici comunitari non risultava essere esente da critiche e da osservazioni sia precedenti alla sua formulazione che successive. Si è sostenuto infatti tanto nelle more del procedimento giudiziario in relazione al quale si è pervenuti a tale affermazione quanto nel dibattito dottrinale che ne è susseguito che il potere di disporre i licenziamenti per motivi tecnici, organizzativi, ed economici dovesse spettare solo al cessionario<sup>59</sup>. Le motivazioni di questo pensiero a cui la Corte non si è allineata possono ricercarsi nella considerazione che le motivazioni tecniche organizzative ed economiche che potrebbero sostenere tali recessi dovrebbero essere attribuite al soggetto che si appresta a dirigere la realtà aziendale e non al soggetto che ha voluto operare la sua cessione.

Riguardo la seconda deroga al divieto di recesso, rappresentata dall'autorizzazione che la direttiva fornisce agli Stati Membri in merito alla possibilità di procedere a licenziamenti lì dove i destinatari siano lavoratori che nell'ambito nazionale non fruiscono di alcuna tutela contro il licenziamento. Anche questa disposizione ha rappresentato materiale di lavoro e di interpretazione per i giudici comunitari che sono pervenuti ad un'attenta delimitazione dell'ambito di operatività della deroga. La corte è infatti intervenuta al fine di stabilire che tale deroga è riferita soltanto a quei soggetti che non fruiscono in alcun modo e dunque in maniera assoluta di una tutela contro i licenziamenti nei singoli ordinamenti nazionali. In C-237/84 (Commissione delle

---

<sup>59</sup> U. Carabelli- B.Veneziani, Il trasferimento d'azienda in italia, *cit.*

Comunità Europee c. Regno del Belgio) i giudici del Lussemburgo hanno espressamente escluso che potessero rientrare nella deroga i lavoratori in prova che nell'ordinamento belga erano sottoprotetti nei confronti di iniziative tese a licenziarli. Questi infatti potevano essere destinatari di un provvedimento di recesso al quale fosse preliminare soltanto l'osservanza di un termine di preavviso breve di 7 giorni.

#### **4.4. Il periodo d'efficacia del contratto collettivo: quali vincoli in capo al cessionario?**

I giudici del Lussemburgo hanno fornito un contributo decisivo nell'opera interpretativa delle previsioni normative sui diritti spettanti da contratto collettivo. Essi sono stati chiamati a pronunciarsi in merito dai giudici federali tedeschi. Nel caso in questione, noto come Hans Werhof<sup>60</sup>, e successivo alla data di emanazione della direttiva di consolidamento del 2001, si poneva all'organo giurisdizionale europeo l'interrogativo riguardante la possibilità che il contratto collettivo applicabile presso il cedente avesse un ambito di applicazione superiore all'anno di trasferimento. Ci si chiedeva inoltre se fosse configurabile un rinvio statico del contratto collettivo applicabile presso il cedente. E' possibile che il cessionario, pur non avendolo mai sottoscritto, sia vincolato non soltanto dal contratto collettivo applicabile presso il cedente ma anche dalle eventuali modificazioni a cui questo fosse eventualmente soggetto? Nel fornire la risposta alla prima domanda tanto l'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer,

---

<sup>60</sup> C-499/04, Hans Werhof c. Freeway Traffic System GmbH e Co. KG.

quanto i giudici della corte hanno palesato la volontà di non voler mettere da parte la tesi in base alla quale il termine annuale previsto dalla direttiva rappresenti certamente un ostacolo all'immediato accantonamento del contratto collettivo applicato presso il cedente. L'Avvocato Generale fece notare infatti come sia legittimamente configurabile una temporanea diversità tra la posizione dei dipendenti del cessionario e quella dei lavoratori trasferiti dal cedente. Questa diversità surrogata dalla fissazione di un termine minimo durante il quale l'accordo deve essere rispettato consente un periodo di adattamento al nuovo datore di lavoro. La corte è però pervenuta ad una lettura non coincidente con le aperture sopra espresse dall'Avvocato Generale. Essa ha rilevato come la garanzia dell'ultrattività minima del contratto applicato presso il cedente è alternativa e sussidiaria rispetto alla prima parte della norma. Sussidiaria in quanto applicabile nel caso in cui entro il termine di un anno a partire dal trasferimento non si verificano né la risoluzione né la scadenza del contratto collettivo esistente, né l'entrata in vigore o l'applicazione di un nuovo contratto collettivo.

In merito alla seconda delle questioni ivi prospettate la Corte di Giustizia si è trovata davanti alla risoluzione di una questione le cui ricadute pratiche erano sicuramente non di secondaria importanza. Ci si è chiesti infatti se la Direttiva legittimasse o meno l'ultrattività presso il cessionario oltre che del contratto collettivo applicabile presso il cedente anche delle eventuali modifiche a cui il contratto poteva andare incontro successivamente al trasferimento. I giudici comunitari attraverso un'affermazione di principio hanno ricordato che la direttiva in

esame e le sue precedenti versioni siano state pensate dal legislatore europeo con la finalità di implementare i diritti dei lavoratori ma allo stesso tempo di non limitare oltremodo i diritti dei soggetti imprenditoriale. La Corte ha affermato che sia astrattamente configurabile l'applicazione e l'ultrattività dinamica del contratto collettivo. Nonostante ciò i giudici hanno sottolineato che l'ultrattività non può essere giustificata e ritenuta legittima in base a quanto disposto dalla CEDU che all'Art 11 sancisce espressamente il diritto degli imprenditori a non associarsi. La valorizzazione di una fonte considerata extracomunitaria ma pur sempre di rilevanza europea è rinvenuta nell'art. 6 n.2 del Trattato UE che sancisce il rispetto da parte degli organi comunitari dei diritti ivi enunciati. Venne affermata l'esclusione di vincoli nei confronti del cessionario. La corte sottolineò che non si può impedire al cessionario di sostituire alla contrattazione collettiva, che trovava applicazione presso il cedente, la propria contrattazione collettiva. Questa affermazione è efficace a prescindere da ogni volontà precedentemente espressa dalle parti originarie del contratto collettivo applicato presso il cedente.

## **5. Il trasferimento d'azienda tra settore pubblico e privato.**

I processi traslativi oggetto di disciplina delle direttive si sono scontrati nel tempo con operazioni di “pubblicizzazione” e “privatizzazione” delle entità coinvolte. La prima e la seconda fattispecie presentano delle peculiarità che certamente non

appaiono sovrapponibili. I processi di privatizzazione sono stati fortemente sviluppati nei paesi occidentali ed in particolare in ordinamenti come il nostro, che all'inizio degli anni novanta hanno dovuto fronteggiare riequilibri di bilancio e contenimento della spesa pubblica. Ampi settori economici, prima affidati in regime di totale o quasi esclusività allo Stato, sono stati rimessi in maniera più o meno graduale nelle mani di soggetti privati. Tali operazioni hanno rappresentato, come si vedrà, un coinvolgimento diretto dei lavoratori coinvolti nei processi di privatizzazione. I lavoratori subivano dunque una traslazione del loro contratto di lavoro da un datore di lavoro pubblico a un soggetto privato, per esempio una società. I processi di pubblicizzazione riguardavano attività che in precedenza erano svolte ed effettuate da soggetti privati. Nei casi di specie non si può prescindere dall'osservare i pro e i contro della dipendenza presso le pubbliche amministrazioni e le speculari incertezze derivanti dal trasferimento presso soggetti privati. I giudici europei<sup>61</sup> si sono trovati a dover equilibrare i principi cardine della normativa comunitaria come quelli di continuità ed insensibilità con i principi che reggono nel singolo ordinamento nazionale il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. La problematica di maggior respiro a cui ha dovuto fornire una risposta la Corte del Lussemburgo ha riguardato il tema delle retribuzioni. Da un lato infatti la normativa comunitaria sancisce la necessità che non vi siano mutamenti nelle condizioni di lavoro dei lavoratori. Dall'altro lato vi è la problematica posta all'attenzione della corte

---

<sup>61</sup> C-425/02, Johanna Maria Delahaye c. Ministrede la Fonction publique et de la reforme administrative)

dal giudice francese circa la legittimità che un lavoratore trasferito possa avere, applicando i principi presenti nel diritto comunitario, una retribuzione superiore a quella spettante ad un medesimo lavoratore della stessa fascia. La Corte<sup>62</sup> è pervenuta ad un bilanciamento degli interessi determinando soltanto all'inizio del nuovo millennio che la Direttiva 2001/23/CE “non osta in via di principio, a che, in caso di trasferimento d'impresa da una persona giuridica di diritto privato allo Stato, questo, in quanto nuovo datore di lavoro, proceda ad una riduzione dell'importo della retribuzione dei lavoratori interessati allo scopo di conformarsi alle vigenti norme nazionali relative ai pubblici dipendenti”. I singoli ordinamenti nazionali vengono però invitati nei passaggi giurisprudenziali successivi a far sì che lo spirito e lo slancio della direttiva siano rispettati. Bisogna chiedersi con quali mezzi. L'unico strumento possibile sembra quello di aprire la strada ad un criterio risarcitorio a favore del singolo lavoratore. Imboccando questa strada verrebbero salvaguardati contemporaneamente i due principi, quello dell'uniformità di trattamento dei lavoratori all'interno delle pubbliche amministrazioni e il principio di continuità espresso dalla direttiva.

Il giudice nazionale francese, sollevando la questione pregiudiziale, aveva sottolineato un aspetto di cui è opportuno tener conto. Nell'ordinanza di rimessione si affermava la peculiarità della situazione in cui versano i pubblici dipendenti. Questi soggetti sono tributari di diritti e vantaggi, specificatamente di stabilità dell'impiego e progressione di

---

<sup>62</sup> C-425/02, Johanna Maroa Delahay, coniugata Boor, c. Ministre de la Fonction publique et de la Reforme administrative

carriera che sono ravvisabili solo alle dipendenza di una pubblica amministrazione. Sulla base di questo assunto il giudice rimettente riteneva giustificata un'eventuale diminuzione di retribuzione nei confronti dei lavoratori che transitano da un regime di impiego privatistico ad uno pubblicistico in quanto si verifica in questi casi un'operazione di bilanciamento tra conseguenze vantaggiose (es: stabilità d'impiego) e conseguenze svantaggiose (es: diminuzione della retribuzione) derivanti dal trasferimento. La corte però non ha preso in considerazione il suggerimento fornitole dall'organo giurisdizionale francese escludendone implicitamente la rilevanza.

### **5.1. Due particolari pronunce della Corte di Giustizia europea: Collino e Chiappero, South Bank University**

Il caso affrontato dalla Corte europea, noto come Collino e Chiappero<sup>63</sup>, rappresenta uno dei primi contatti della giurisprudenza comunitaria con i grandi fenomeni di privatizzazione avvenuti alla fine del secolo scorso. L'ex azienda di stato, ASST, che gestiva il settore delle telecomunicazioni in Italia fu infatti sottoposta ad un processo di privatizzazione e la neonata Iritel Spa subentrò negli oneri e nelle attività prima esercitata dal monopolista di stato. La nascente realtà privata confluì poi dentro Telecom Italia SPA. La Corte fu chiamata a risolvere il quesito circa

l'applicabilità o meno nel caso di specie ed in generale nei processi di privatizzazione della direttiva sui trasferimenti d'azienda. Il lavoro del giudice europeo trovava inoltre materiale

---

<sup>63</sup> C-348/98, Renato Collino e Luisella Chiappero c. Telecom Italia Spa

di confronto in ambito nazionale in relazione ad alcune pronunce già fornite dalla giurisprudenza pretorile italiana. La Pretura di Torino, con sentenza 12 Maggio 1998 aveva escluso la riconducibilità di fattispecie come quelle considerate all'ambito di applicazione della normativa nazionale in tema di trasferimento d'azienda. Inoltre, lo stato italiano per consentire un trasferimento dai riflessi meno traumatici per i lavoratori coinvolti aveva emanato nel caso di specie una legge ad hoc, la L.29 Gennaio 1992, n.58. Tale legge, da un lato prevedeva la soppressione dell'ASST<sup>64</sup>, dall'altro sanciva il principio secondo cui l'Iritel SPA sarebbe dovuta subentrare in tutti i diritti e gli obblighi connessi all'esercizio dei servizi interessati<sup>65</sup>.La legge presa in esame rientrava tra i provvedimenti legislativi adottati in tema di grandi privatizzazioni e comportava la gestione di situazioni traslative in cui vi è una fuoriuscita dei lavoratori dall'ambito di applicazione del regime di lavoro pubblico ed una contestuale applicazione di quello privato. I lavoratori ex dipendenti ASST lamentavano che in base alla legge speciale si vedevano destinatari di un trattamento meno favorevole rispetto a quello previsto dalla disciplina generale sul trasferimento d'azienda. La L. 58/1992 stabiliva che il personale dipendente ASST aveva la possibilità di scegliere se rimanere nel pubblico impiego o passare alle dipendenze del cessionario<sup>66</sup>. Si rimetteva alla contrattazione collettiva il compito di assicurare al personale della nuova società un trattamento economico globalmente non inferiore a quello

---

<sup>64</sup> Art. 1 c. 5 Legge 29 Gennaio 1992, N.58

<sup>65</sup> Art. 4. c.1 Legge 29 Gennaio 1992, N.58

<sup>66</sup> Art. 4. c.3 Legge 29 Gennaio 1992 N.58

precedentemente goduto<sup>67</sup>, ed in ultimo al personale che non aveva optato per il mantenimento nel pubblico impiego si riconosceva il diritto alla liquidazione del trattamento di buonuscita alla data di cessazione del rapporto con l'Azienda di Stato<sup>68</sup>. I ricorrenti lamentavano di aver perso parte dei benefici derivanti dall'anzianità di servizio: il loro stipendio era stato ricalcolato dalla data di assunzione presso la nuova società privata e non era stato tenuto in considerazione il tempo di servizio presso l'ente cedente. I due ricorrenti contestavano che la disciplina speciale prevista per la privatizzazione fosse meno protettiva rispetto a quella prevista dalla disciplina interna attuativa della direttiva. Il problema sottoposto alla corte era dunque di notare se la fattispecie fosse o meno riconducibile all'applicazione della direttiva. La corte ha fornito una duplice risposta. Sul versante oggettivo, considerando l'attività esercitata dall'ASST e dal soggetto cessionario privato, ha ritenuto rientrante nell'ambito di disciplina della direttiva il trasferimento in quanto, come visto precedentemente, la direttiva si applica ad ogni trasferimento di un ente che esercita un'attività economica a prescindere che si tratti di attività con scopo di lucro o meno. Inoltre la corte ha sottolineato che nonostante l'esercizio della rete pubblica di telecomunicazioni venisse affidato ad un ente che è parte integrante della pubblica amministrazione, questa considerazione non fosse condizione sufficiente ad impedire che l'ente stesso vestisse la qualifica di impresa pubblica. Un servizio come quello preso in considerazione rientra dunque nell'ambito operativo della

---

<sup>67</sup> Art 4, c.5 Legge 29 Gennaio 1992 N.58

<sup>68</sup> Art. 5 c.5 L 29 Gennaio 1992 N.58

normativa comunitaria in tema di trasferimento d'azienda in quanto non ha avuto ad oggetto un semplice riordino dell'attività amministrativa o una delega di funzioni quanto piuttosto il trasferimento di servizi rientranti nell'attività di impresa. Viene dunque smentita dal lavoro giurisprudenziale in esame la suddetta opinione contraria dei giudici italiani. Sul lato soggettivo la corte ha stabilito che la tutela accordata dalla direttiva può essere invocata solo dalle persone che sono tutelate in quanto lavoratori dagli ordinamenti nazionali nell'ambito del diritto del lavoro. Analizzando questo punto i giudici comunitari sono pervenuti, attraverso anche meccanismi comparatistici con altro materiale legislativo comunitario, ad individuare il raggio d'armonizzazione della direttiva sul trasferimento d'azienda. Questa infatti, a differenza della direttiva sulla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità Europea, mira ad un'armonizzazione soltanto parziale. Agli Stati membri è rimessa la facoltà di individuare in maniera autonoma i soggetti beneficiari, a prescindere dalle funzioni svolte. A sostegno di quest'affermazione, come precedentemente esaminato, è intervenuta l'opera di riforma nel 1998 del testo originario della direttiva del 1977 con cui è stato definito come "lavoratore" "ogni persona che nello stato membro è tutelata come lavoratore nell'ambito del diritto nazionale del lavoro"<sup>69</sup>. Nel caso in esame i soggetti coinvolti erano dipendenti sottoposti al regime legislativo del pubblico impiego e non lavoratori privati ai sensi del diritto del lavoro nazionale. Le discipline speciali, poiché derogano alla normale applicazione della legislazione in materia,

---

<sup>69</sup> Art 2.1lett D Direttiva 50/98 CE

possono dunque assumere importanza in relazione ai soggetti coinvolti. I giudici del Lussemburgo hanno dato vita ad un percorso interpretativo che ha aperto la possibilità a modifiche peggiorative delle condizioni di lavoro susseguenti al trasferimento presso il cessionario. E' infatti possibile che il diritto nazionale permetta determinate deroghe peggiorative nei confronti dei lavoratori coinvolti. Se, guardando il presupposto soggettivo, tali deroghe sono possibili non sarà il contestuale trasferimento dell'azienda a poterle evitare. A patto che non sia il trasferimento d'azienda ad esser di per sé il motivo di tale modifica.

Attraverso queste affermazioni i giudici comunitari non hanno però fornito indicazioni circa i parametri che si possono seguire per verificare se un determinato cambiamento di condizioni lavorative post-trasferimento sia o meno riconducibile all'operazione traslativa di per sé. Non sono stati valorizzati i suggerimenti forniti dall'Avvocato Generale Abler nel caso South Bank University (C-4/01, Serene Martin, Robit Daby e Brian Willsc. South Bank University). L'Avvocato generale si era pronunciato nel senso che *“il rapporto cronologico di contiguità tra la modifica e il trasferimento dell'impresa può indurre a ritenere che la modifica sia dovuta al trasferimento dell'impresa[...] risulta impossibile elencare, in modo tassativo i criteri utilizzabili. La questione va piuttosto decisa sulla base delle valutazioni del singolo caso.”*

Il caso South Bank University<sup>70</sup> va collocato nel più ampio contesto di privatizzazioni che ha affrontato il Regno Unito. In questo caso successivo all'omologo italiano la corte europea, dopo aver ripercorso l'iter argomentativo di Collino e Chiappero sulle possibilità che si vengano ad instaurare condizioni di lavoro peggiorative successivamente al trasferimento, ha escluso che tali modificazioni deteriori possano avvenire quando le condizioni degli ex dipendenti pubblici trasferiti vengano allineate sin da subito, al ribasso, a quelle dei dipendenti privati. E' infatti intuibile in maniera certa che in questi casi il trasferimento d'azienda è motivo stesso delle modifiche sfavorevoli alle condizioni dei lavoratori.

## **5.2. L'individuazione della data del trasferimento: il caso Celtec**

Le vicende di privatizzazione che hanno coinvolto i lavoratori nel Regno Unito hanno fornito ai giudici europei la possibilità di pronunciarsi circa l'effettiva sussistenza o meno della fattispecie del trasferimento d'azienda anche prima che venisse stipulato il negozio traslativo del complesso imprenditoriale a seguito della privatizzazione. La vicenda in esame<sup>71</sup> ha come protagonisti una serie di lavoratori che venivano trasferiti secondo un programma caratterizzato da due fasi operative: La prima prevedeva una forma di distacco triennale dei funzionari addetti alle attività

---

<sup>70</sup> C-4/01 Serene Martin, Rohit Daby e Brian Willisc. South Bank University

<sup>71</sup> C-478/03 Celtec Ltd c. John Astley e a.

soggette al processo di privatizzazione presso l'impresa cessionaria. La seconda prevedeva il passaggio definitivo dei lavoratori alle dipendenze del cessionario. Uno dei dipendenti coinvolti intraprese una battaglia legale. Questi al momento del suo licenziamento rivendicava, ai fini della possibilità di usufruire di talune prestazioni previste in occasione della fine del rapporto, una continuità di impiego tra la propria carriera di pubblico impiegato e di dipendente privato alle dipendenze del cessionario. Sosteneva che il rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo fosse iniziato nel momento in cui era avvenuto il distacco funzionale (1990) e non nel momento successivo in cui si era verificato l'effettivo passaggio presso le dipendenze del cessionario (1993). Il datore di lavoro privato obiettava che il trasferimento fosse avvenuto nel 1993, e non nel 1990. La peculiarità del distacco presso il cessionario con la conseguenza che i lavoratori distaccati rimanevano alle dipendenze formali della pubblica amministrazione supportava il ragionamento in giudizio per cui nessuna continuità poteva essere riconosciuta. Questi lavoratori distaccati infatti erano transitati, in base al ragionamento del resistente, presso le pubbliche amministrazioni a seguito di una scelta meramente negoziale e non in conseguenza di un trasferimento.

La Corte, ergendosi per l'ennesima volta a custode dell'effettività della normativa comunitaria in materia, doveva verificare se la data del trasferimento potesse non essere riferita ad un momento singolo ma piuttosto ad un arco temporale più ampio dove il trasferimento dei contratti di lavoro può verificarsi anche successivamente al trasferimento dell'attività. I giudici europei

hanno però escluso che si possa dare alla nozione “data del trasferimento” un riferimento temporale ampio, la nozione deve essere corrispondente alla data in cui si attua la trasmissione, dal cedente al cessionario, nella veste di imprenditore responsabile della gestione dell’ente trasferito. I rapporti di lavoro devono ritenersi dunque trasferiti alla stessa data dal cedente al cessionario a prescindere dalle modalità che sono state negoziate dalle parti protagoniste del trasferimento. Questa soluzione della Corte non va però letta come un irrigidimento delle tutele dei lavoratori. I giudici del Lussemburgo hanno ritenuto che i lavoratori, pur non sapendolo, erano già transitati dalle dipendenze del cedente a quelle del cessionario nel momento in cui si era dato avvio alla prima fase: quella del distacco. Questi infatti erano da considerarsi come dipendenti privati e dunque tributari di tutti gli effetti e di tutte le garanzie previste dalla direttiva.

## **6. Consenso del lavoratore e diritto d’opposizione: tra soluzioni giurisprudenziali e contrasti dottrinali.**

Il riconoscimento o meno di un diritto d’opposizione al lavoratore coinvolto in operazioni traslative d’azienda tra un cedente e un cessionario ha rappresentato uno dei punti di maggiore frizione tra la dottrina<sup>72</sup> e le giurisprudenze di alcuni Stati membri, come il nostro, riottosi a tale concessione, e le opinioni più flessibili della

---

<sup>72</sup> E. Barraco, Cessione di azienda e facoltà di opposizione dei lavoratori: riscoperta garantistica dell’individuo o mercificazione del lavoro? in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2005.

Corte di Giustizia. La Corte è stata però, diversamente a quanto fatto in altre occasioni, cauta nelle sue affermazioni. La particolarità della materia può essere compresa soltanto alla luce dell'assenza di intervento da parte del legislatore comunitario, tanto nel testo originario del 1977 quanto nella riforma del 1998 (vedi supra, par 1.1). È opportuno ricordare che le fonti comunitarie statuiscano in ordine al trasferimento dal cedente al cessionario dei diritti e degli obblighi derivanti da un rapporto di lavoro o da un contratto di lavoro esistente alla data del trasferimento il divieto di licenziamento in pendenza del trasferimento e la responsabilità del datore di lavoro nel caso di risoluzione del contratto di lavoro per modificazioni delle condizioni di lavoro. È bene tenere a mente queste enunciazioni degli atti comunitari per comprendere come da una parte la Corte in alcune pronunce sia pervenuta all'elaborazione di una soluzione in materia e dall'altra come in maniera speculare alcuni ordinamenti nazionali provvedono, in maniera talvolta opposta (v. art. 2112 cc, art 613 par. 6 BGB) a regolare la materia stessa. La normativa del nostro ordinamento ha indotto, nel silenzio del legislatore comunitario, Corte di Cassazione e dottrina maggioritaria a ritenere che non fosse possibile ricostruire il passaggio del lavoratore alle dipendenze del cessionario come una cessione di contratto ai sensi dell'art. 1406 del codice civile, e che dunque nessun rilievo si potesse riconoscere alla volontà del lavoratore<sup>73</sup>. La volontà, in termini generali, di riconoscere al lavoratore la facoltà di esternare la propria opposizione al

---

<sup>73</sup> M. Caro, Attualità e rinunciabilità del diritto individuale alla conservazione del posto in caso di trasferimento dell'azienda, in *Rivista Italiana Diritto del Lavoro*, 2001

trasferimento è emersa nel caso “A/S Danmols Inventar”<sup>74</sup>. Questa pronuncia ha spianato la strada verso i successivi pronunciamenti della corte affermando la facoltà unilaterale del lavoratore di non continuare il rapporto di lavoro a seguito al trasferimento. I giudici comunitari hanno successivamente affermato la sussistenza di un diritto di opposizione del lavoratore trasferito. Venne statuito nel caso Katsikas<sup>75</sup> come le norme comunitarie vadano interpretate nel senso che non ostano a che un lavoratore decida di opporsi al trasferimento del suo contratto o del suo rapporto di lavoro. Il lavoratore deve essere infatti assolutamente libero, seguendo il pensiero della corte, di rifiutare un datore di lavoro che non ha legittimamente scelto. In questo caso i giudici europei erano stati chiamati in causa con un ordinanza del tribunale tedesco che chiedeva se la norma del codice civile tedesco, che garantiva espressamente il diritto d’opposizione al lavoratore in caso di trasferimento d’azienda, fosse o meno compatibile con lo spirito della normativa comunitaria. Qualora il lavoratore decidesse di non proseguire liberamente il proprio contratto o rapporto di lavoro con il cedente, gli Stati membri non sarebbero obbligati a prevederne una necessaria continuazione. Questi potrebbero benissimo pervenire ad una libera regolamentazione del destino di questi rapporti. Gli Stati membri, a parer della corte, risultano dunque essere liberi di poter regolare le conseguenze relative al rifiuto del lavoratore di trasferirsi presso il cessionario, e non l’esercizio di tale diritto che sembra essere non discutibile. Sono dunque i singoli ordinamenti

---

<sup>74</sup> C-104/94 FORENINGEN AF ARBEJDSLEDERE I DANMARK CONTRO FALLIMENTO A/S DANMOLS INVENTAR

<sup>75</sup> C-139/91, Grigorios Katsikas c. Angelos Konstantinidis

nazionali ad esser chiamati a determinare qual è la sorte dei singoli rapporti giuridici sul piano individuale. Il pensiero giurisprudenziale summenzionato trovò conferme nel successivo caso “*Temco Service Industries*”<sup>76</sup> In questa sentenza richiamandosi ai principi espressi nelle precedenti occasioni la corte sottolineò come l’automatico trasferimento dei rapporti di lavoro tra cedente e cessionario sia un diritto inderogabile e dunque non modificabile in senso sfavorevole al lavoratore, ma disponendo anche come vi sia la necessità di un consenso del lavoratore al suo trasferimento. Nel caso in cui questo non vi fosse due sono le strade: o il contratto viene recesso su volontà del cedente o del lavoratore, o prosegue presso il cedente. Se si muove lo sguardo verso le conseguenze che queste affermazioni potrebbero avere per il nostro ordinamento, caratterizzato da una situazione opposta rispetto a quella dell’ordinamento tedesco, si potrebbe affermare come il lavoratore dissenziente potrebbe alla luce del nostro immutato quadro legislativo essere coinvolto in un licenziamento per giustificato motivo oggettivo o esser coinvolto in procedure di licenziamenti collettivi. Infatti nei casi presi in considerazione i giudici europei si sono trovati a dover fornire risposte circa la compatibilità con il quadro giuridico comunitario rispetto a norme contenute in ordinamenti che prevedevano espressamente la facoltà di dissenso del lavoratore.

L’opera di definizione della fattispecie in esame non è stata ancora completata. Soltanto un intervento chiarificatore del legislatore comunitario potrà in futuro porre fine ai dubbi summenzionati.

---

<sup>76</sup> C-51/00, *Temco Service Industries SA c. Imzilyen e a*

## **Capitolo secondo: La disciplina nazionale del Trasferimento d'impresa**

### **1. Le tappe dell'evoluzione della normativa nazionale**

La disciplina nazionale in tema di trasferimento d'azienda è contenuta nell'articolo 2112 del codice civile. Per ben comprendere l'attuale assetto normativo è necessario tener conto di come questa disposizione abbia subito profondi cambiamenti dalla sua elaborazione originaria all'attuale formulazione. La disciplina interna è stata profondamente influenzata dall'operazione di adeguamento al dettato comunitario che il legislatore nazionale ha portato avanti dal 1990 in poi. L'enunciato originario dell'articolo in esame, come si vedrà, non era conforme alla disciplina che dal 1977 veniva portata avanti in sede comunitaria. Sono state fondamentalmente tre le riforme che hanno condotto all'attuale versione della normativa: l'art.47 della l. 29 Dicembre 1990 n.428, il d.lgs 2 Febbraio 2001 n.18, e il d.lgs 10 Settembre 2003 n.276.

I primi due provvedimenti legislativi sono attuativi delle direttive comunitarie succedutesi tra il 1977 ed il 1998. Il terzo provvedimento invece è collocato nel più ampio progetto di riforma del mercato del lavoro italiano contenuto nel c.d. "Patto per l'Italia" del 5 Luglio 2003 e poi attuato con la legge delega n. 30 del 2003 ed il successivo d.lgs 276/2003. L'istituto in esame è stato dunque

nel corso degli anni oggetto di frequenti interventi che ne hanno fortemente alterato la struttura determinando una cornice normativa complessa.

L'esame della disciplina giuridica sul trasferimento d'azienda non può esaurirsi con l'esame della disposizione codicistica e delle varie leggi che l'hanno riformata nel corso degli anni. Sono infatti previste alcune discipline peculiari (v. *infra*, par. 5) che è necessario menzionare e di cui la giurisprudenza nazionale ha dovuto tenere conto al fine di operare delicati bilanciamenti di interessi.

### **1.1. La versione originaria della disciplina codicistica sul trasferimento d'azienda**

L'articolo 2112 del codice civile nella versione originaria presente del 1942 era composto da 4 commi. Al primo comma veniva statuito che in caso di trasferimento d'azienda se l'alienante non ha dato disdetta in tempo utile il contratto di lavoro continua con l'acquirente e il prestatore di lavoro conserva i diritti derivanti dall'anzianità raggiunta anteriormente al trasferimento. Dalla lettura di questa prima disposizione è possibile comprendere la debolezza della finalità protettiva della norma, infatti la previsione era in linea con il principio della libera recedibilità dei rapporti di lavoro e con la politica di diritto di matrice liberale sottesa all'elaborazione del codice civile. Così come nella normativa del licenziamento era necessario dare un preavviso al lavoratore licenziato, allo stesso modo nella fattispecie di trasferimento d'azienda era sufficiente che

il cedente desse un preavviso ai propri lavoratori perché i diritti di questi ultimi non transitassero presso il cessionario.

Veniva inoltre prescritta nella norma una responsabilità solidale tra alienante e acquirente per tutti i crediti che il prestatore di lavoro aveva al tempo del trasferimento in dipendenza del lavoro prestato, compresi quelli che trovavano causa nella disdetta data dall'alienante e sempre che l'acquirente ne avesse avuto conoscenza all'atto del trasferimento o i crediti risultassero dai libri dell'azienda o dal libretto del lavoro. Le associazioni professionali alle quali appartengono l'imprenditore e il prestatore di lavoro potevano, attraverso il loro intervento, consentire la liberazione dell'alienante dalle obbligazioni che derivavano dal rapporto di lavoro. L'originaria versione dell'art 2112 del codice civile terminava con una disposizione di chiusura stabilendo che le disposizioni dell'articolo in questione trovavano applicazione anche in caso di usufrutto o affitto di azienda. La disposizione codicistica era dunque scarna e prestava poca attenzione ai diritti dei lavoratori coinvolti nei processi di trasferimento d'azienda. Erano ancora lontane cronologicamente le battaglie politiche, accompagnate dalla presenza, in quegli anni, di giuristi di livello, che soltanto 30 anni dopo avrebbero rivoluzionato il diritto del lavoro. La disposizione inoltre era pensata per trovare applicazione in un contesto economico nazionale rigido, corporativo e non orientato alla libertà di iniziativa economica che qualche anno dopo avrebbe trovato consacrazione nella Costituzione. E' possibile comprendere la *ratio legis* dell'originaria versione solo se si indossano le lenti del legislatore del 1942: era infatti impensabile in quel tempo concepire un mercato europeo, una libera circolazione dei cittadini e dunque

un'osmosi nei processi imprenditoriali tra paesi diversi. Non si fa cenno nella disposizione normativa ai contratti corporativi in quel tempo esistenti sebbene come visto fosse possibile scorgere un timido intervento delle associazioni professionali per la liberazione dell'alienante dalle obbligazioni che derivavano dal rapporto di lavoro. Sarà soltanto la caduta di quel sistema di valori sottesi all'elaborazione del codice civile, l'enunciazione costituzionale delle libertà economiche, il riconoscimento dei diritti dei lavoratori, ma soprattutto il profondo lavoro d'innovazione e armonizzazione portato avanti in sede comunitaria a integrare e rimodellare la normativa in tema di trasferimento d'azienda.

### **1.2. La legge 29 Dicembre 1990 n. 428: la nuova versione dell'art. 2112 del codice civile.**

Nel 1990 il legislatore italiano decise di recepire con tredici anni di ritardo la normativa comunitaria in tema di trasferimento d'azienda: la direttiva comunitaria n.187/1977/CEE (vedi cap.1). Con la L. 29 dicembre 1990, n. 428 furono apportati notevoli rifiniture e integrazioni alla materia: fu introdotta una procedura di consultazione sindacale, furono sostituiti i primi tre commi della versione originaria e furono inserite nuove disposizioni operative.

Attraverso la procedura di consultazione sindacale fu previsto che quando si intendeva effettuare un trasferimento d'azienda in cui sono occupati più di quindici dipendenti l'alienante e l'acquirente dovevano darne comunicazione per iscritto almeno venticinque giorni prima alle rappresentanze sindacali costituite a norma dell'art. 19 della legge n. 300/1970 nelle unità produttive

interessate. Tale comunicazione andava inoltre effettuata nei confronti delle associazioni di categoria. Qualora mancassero le rappresentanze aziendali, la comunicazione doveva essere effettuata alle associazioni di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale. L'informativa doveva riguardare i motivi del programmato trasferimento d'azienda, le conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori, le eventuali misure previste nei confronti di questi ultimi che potevano riguardare tanto le obbligazioni imposte dal cedente al cessionario quanto gli specifici impegni assunti da quest'ultimo. La riforma però non arrestava il suo orizzonte sul piano informativo. Infatti veniva previsto che su richiesta delle rappresentanze sindacali aziendali o dei sindacati di categoria, alienante e acquirente erano tenuti ad avviare un esame congiunto con i soggetti sindacali richiedenti. Qualora entro dieci giorni non si fosse raggiunto un accordo la fase consultiva doveva ritenersi esaurita. Se alienante e acquirente non avessero rispettato l'obbligo dell'esame congiunto la loro condotta sarebbe stata qualificata come antisindacale ai sensi dell'art 28 della L. 300/1970.

Il limite di quindici dipendenti rilevava con riferimento non all'azienda nel suo complesso, ma alla parte di azienda che veniva ceduta. Qualora fosse stata prevista soltanto una cessione di un singolo ramo d'azienda, era necessario tener conto del numero dei dipendenti occupati nella parte aziendale coinvolta nella cessione. La fase di consultazione si avviava con una comunicazione scritta dell'alienante o dell'acquirente da inviarsi alle RSA o alle associazioni di categoria.

La giurisprudenza di merito, che si sviluppò successivamente all'entrata in vigore della riforma, dava particolare rilevanza al contenuto della comunicazione e meno alla forma. Venne stabilito in sede giurisprudenziale che sebbene l'art. 47 della l. 428/1990 richiedesse che l'informativa alle RSA assumesse una determinata forma non escludeva una forma diversa e comunque valida, anche qualora non fosse stata per iscritto. Era necessario però che questa avesse comunque posseduto un contenuto esaustivo ai fini dell'esame congiunto. La norma inoltre statuiva l'obbligo di effettuare la comunicazione almeno venticinque giorni prima, senza tuttavia chiarire il termine temporale di riferimento. Questo termine preventivo andava computato alla stipula del contratto di cessione. La comunicazione doveva essere quindi fatta quando l'atto non era stato stipulato poiché il legislatore si riferiva al momento in cui fosse sorta l'intenzione di procedere alla stipula. Considerato che il termine veniva previsto a favore dei destinatari, la dottrina ha stabilito che questi ultimi avrebbero potuto rinunciarvi. Poteva accadere che soltanto una parte dichiarasse la propria disponibilità una volta ricevuta la richiesta di esame congiunto dall'alienante e dall'acquirente. In questo caso si sarebbe verificata una consultazione soltanto parziale in quanto avrebbe assolto l'obbligo in questione chi aveva manifestato la propria disponibilità alla procedura di consultazione. Come detto *supra* il mancato rispetto degli obblighi procedurali non influenzava il trasferimento ma determinava una condotta antisindacale ex art. 28 dello "Statuto dei lavoratori". Soltanto l'inosservanza dell'obbligo di esame congiunto comportava la condotta antisindacale, restava fuori dalla fattispecie sanzionatoria infatti la violazione degli aspetti formali o

procedurali. In base alla previsione normativa i soggetti legittimati ad agire in giudizio per far valere l'art. 28 della l. 300/1970 erano gli organismi locali delle associazioni nazionali nei confronti dei quali fosse individuabile un interesse. L'eventuale accoglimento della richiesta in sede giudiziale avrebbe determinato la cessazione del comportamento antisindacale e la rimozione degli effetti. Concluso l'esame su quella che è stata la vera grande novità della riforma avvenuta nel 1990 è opportuno procedere a vedere come i primi tre commi della versione originaria dell'art. 2112 del codice civile siano stati modificati. Nonostante la riforma non ha definito quando ci si trovi dinnanzi ad un trasferimento d'azienda, si è comunque inciso sulla prosecuzione o meno del rapporto di lavoro in caso di trasferimento d'azienda. La previsione originaria in base alla quale il contratto di lavoro continuava con l'acquirente soltanto nel caso in cui l'alienante non avesse dato disdetta in tempo utile è stata sostituita con un'altra previsione. Secondo questa nuova norma in caso di trasferimento d'azienda il rapporto di lavoro continua con l'acquirente, salvo la facoltà dell'alienante di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamento. Inoltre il legislatore si è premurato di sottolineare, in conformità con le prescrizioni comunitarie, che il trasferimento di per sé non costituisce motivo di licenziamento. Si vede dunque come è stato previsto un netto limite alla possibilità di procedere con una libera recedibilità dei rapporti di lavoro da parte dell'alienante. In realtà già la L. 604/1966 e L. 300/1970 avevano previsto dei limiti alla libera recedibilità per i datori di lavoro aventi determinate dimensioni occupazionali richiedendo la sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo di licenziamento. Si

deve ritenere che l'area della libera recedibilità era pressoché scomparsa a seguito dell'entrata in vigore della legge 108/1990 attuativa della tutela obbligatoria. Precedentemente all'entrata in vigore della riforma del 1990, la giurisprudenza costante, sulla base della normativa contenuta nella legge n. 604/1966 che ha tipizzato il motivo obiettivamente idoneo a giustificare il licenziamento, aveva ritenuto che il recesso datoriale potesse trovare giustificazione in particolari motivazioni connesse al trasferimento stesso.<sup>77</sup> A seguito della riforma la previsione del trasferimento d'azienda non poteva più operare come specifica applicazione del recesso ad nutum. Soltanto l'eventuale presenza di condizioni oggettive legate alla vita dell'azienda, per esempio ristrutturazioni aziendali, potevano giustificare il licenziamento. L'art 47 comma 4 della legge n.428/1990 si è premurato di disporre che il trasferimento non costituisce motivo di licenziamento riconoscendo però la facoltà dell'alienante di procedere al recesso ai sensi della normativa in tema di licenziamenti. Si vede dunque come il legislatore in occasione della riforma sia pervenuto a limitare ma non ad escludere del tutto la possibilità che si verificano dei licenziamenti del personale.

Il quinto comma dell'art. 47 statuiva che qualora il trasferimento riguardasse aziende o unità produttive per le quali: 1) il CIPI abbia accertato lo stato di crisi aziendale a norma della l. 675/1977; 2) siano state dichiarate fallite; 3) sono state sottoposte a provvedimento di liquidazione coatta amministrativa o di amministrazione straordinaria; in questi casi ai lavoratori cui il

---

<sup>77</sup> Cass, Sez. Lav., n. 1754, Cass. Sez Lav. N.3771

rapporto di lavoro continuava con l'acquirente non trovava applicazione l'art. 2112 del codice civile.

Il sesto e ultimo comma stabiliva che i lavoratori che non passavano alle dipendenze dell'acquirente, dell'affittuario o del subentrante avevano diritto di precedenza nelle assunzioni che venivano effettuate entro un anno.

### **1.3. L'opera di adeguamento del legislatore italiano alle direttive comunitarie**

La riforma operata nel 2001 fu ispirata dalle nuove disposizioni emanate in sede comunitaria, la direttiva n.98/50/CE relativa al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti. Con la novella legislativa si è proceduto ad operare alcune innovazioni sostanziali e procedurali in tema di diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda. E' stato modificato e integrato nuovamente l'art 2112 del codice civile e sono state apportate modifiche all'art 47 della legge n.428 del 1990. L'innovazione apportata ha avuto un impatto chiarificatore nella definizione di fattispecie di trasferimento. Sebbene l'opera legislativa non abbia eliminato ogni dubbio, l'architetto giuridico della nuova riforma ha cercato sulla base degli elementi emersi in sede comunitaria di individuare con maggiore precisione la fattispecie di trasferimento. Questa era infatti ancora troppo legata alle definizioni del codice civile ormai vetuste e poco inclini al nuovo quadro economico caratterizzato da flessibilità e dinamicità. Ci si è premurati nello stabilire che il trasferimento d'azienda si verifica, oltre che nelle ipotesi già individuate nel

codice, in ogni situazione nella quale viene ad operarsi un mutamento nella titolarità dell'attività economica qualsiasi sia il negozio giuridico impiegato. La riforma ha fatto proprie alcune indicazioni emerse nella giurisprudenza di legittimità negli anni precedenti. La fattispecie di azienda ai sensi dell'art 2112 del codice civile viene adesso estesa a qualsiasi attività economica organizzata anche senza scopo di lucro. Entrano quindi sotto l'ombrello protettivo della normativa nazionale anche gli enti commerciali e no profit. Il trasferimento può adesso avvenire non soltanto in conseguenza di un negozio giuridico ma anche in conseguenza di un provvedimento di altra natura (v. infra, par. 2.3). Il lavoratore conserva inalterato il proprio diritto nel caso in cui nei tre mesi successivi all'avvenuto trasferimento si verifichi una modifica sostanziale delle condizioni di lavoro. Sul fronte del contratto collettivo viene adesso stabilito che l'eventuale sostituzione del contratto collettivo applicato presso l'alienante con quello in vigore presso l'acquirente possa avvenire soltanto se si tratta di contratti nello stesso ambito e livello. Sulla scorta dei contributi della giurisprudenza di legittimità e di quella comunitaria susseguentemente all'entrata in vigore della riforma del 2001 si deve ritenere che sussiste trasferimento quando vi è la presenza della continuità dell'azienda intesa come entità economica organizzata dall'imprenditore e vi è la sostituzione dell'imprenditore. Vengono quindi a determinare la fattispecie di trasferimento d'azienda: la fusione e l'incorporazione tra società, l'assorbimento di una società consociata, il trasferimento della titolarità a seguito di una successione ereditaria, il conferimento d'azienda. Non si deve ritenere che possa essere ricondotto alla

definizione di trasferimento d'azienda il mero cambiamento della ragione sociale del soggetto coinvolto.

Come precedentemente analizzato, il trasferimento d'azienda poteva avvenire, in base a quanto disposto dalla riforma, anche sulla base di provvedimenti non riconducibili allo schema negoziale. L'intervento legislativo pecca però di indeterminatezza e di eccessiva generalità. Sarebbe stata, probabilmente, maggiormente opportuna una maggiore chiarezza nella definizione di provvedimento. La stessa giurisprudenza di legittimità ha elaborato due orientamenti totalmente difformi. In un primo momento<sup>78</sup>, ha ritenuto che i provvedimenti autoritativi amministrativi in tema di pubblici servizi non potessero essere ricondotti sotto l'applicazione dell'art. 2112 del codice civile. In una successiva pronuncia<sup>79</sup>, ha mutato radicalmente il proprio orientamento ritenendo che la previsione della conservazione dei diritti dei lavoratori a seguito di trasferimento d'azienda sia possibile anche in presenza di un provvedimento autoritativo della pubblica amministrazione in seguito ad una cessione di materiale normativo significativo tra un'impresa e un'altra. Ma la novità che ha rivoluzionato maggiormente l'art 2112 del codice civile nella sua attuazione è stata quella che ha per la prima volta definito nel nostro ordinamento la fattispecie di "ramo d'azienda".

E' ramo d'azienda un'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, preesistente e che conserva nel trasferimento la propria identità. Come vedremo, questa definizione ha avuto vita breve essendo stata successivamente modificata e

---

<sup>78</sup> Cass. Sez. Lav. 672/1999

<sup>79</sup> Cass, Sez. Lav. n. 13949/2003

rappresentando forse il punto più intricato e maggiormente discusso sul quale posizioni dottrinarie totalmente differenti si sono scontrate. La nozione di ramo d'azienda era totalmente assente nel nostro quadro normativo interno e si riteneva necessaria una sua positivizzazione alla luce dei numerosi interventi giurisprudenziali avvenuti precedentemente alla riforma. Il d.lgs n. 18/2001 ha stabilito che la parte di azienda doveva essere non solo dotata di autonomia ma doveva essere anche preesistente. Il dlgs n.18/2001 nel riformare l'art. 2112 del codice civile e l'art 47 della legge n. 428/1990 non ha però usato una terminologia univoca nel definire il ramo d'azienda. Se nella disposizione codicistica si effettua un generico riferimento alla "parte di azienda", nell'art. 47 della l. 428/1990 si parla di "unità produttiva". Si può affermare che il trasferimento d'azienda o di parte d'azienda si ha quando ci si trova di fronte ad un'operazione che comporti il mutamento della titolarità di un'attività economicamente organizzata già esistente al momento del trasferimento e che conserva la propria identità. E' necessario a questo punto chiedersi se è configurabile nell'ordinamento italiano un diritto di opposizione al trasferimento presso l'acquirente nel caso di trasferimento d'azienda. Ai sensi della nuova formulazione del quarto comma dell'art. 2112 del codice civile era possibile ritenere che il lavoratore potesse dimettersi con gli effetti di cui all'art. 2119 comma primo del codice civile: dimissioni per giusta causa e diritto di percepire l'indennità sostitutiva del preavviso nel caso in cui nei tre mesi successivi si fosse verificata una modifica delle condizioni di lavoro. Sulla base di ciò però la giurisprudenza della Suprema Corte non ha mai proceduto ad accogliere la soluzione caldeggiata in sede

giurisprudenziale comunitaria basata sulla possibilità di riconoscere un diritto di opposizione al lavoratore ceduto.

La novella legislativa ha inoltre avuto il merito di pervenire ad una definizione di trasferimento dai più attenuati caratteri di materializzazione. Con qualche lustro di ritardo il nostro ordinamento ha affermato, seppur indirettamente, la possibilità di individuare una fattispecie di trasferimento anche laddove a essere trasferiti fossero soltanto i lavoratori.

In tema di procedure consultive sono state apportate delle novità rispetto all'assetto originario determinato dalla l. 428/1990. L'obbligo di attivare la procedura sindacale in presenza di 15 dipendenti occupati è stato esteso anche nel caso di ramo d'azienda che occupi più di 15 dipendenti. Cedente e cessionario devono inoltre comunicare per iscritto alle RSA o RSU, ovvero in mancanza, ai sindacati di categoria comparativamente più rappresentativi, l'intenzione di trasferire l'azienda 25 giorni prima della stipulazione dell'atto conclusivo o di qualunque altro negozio vincolante tra le parti come un contratto preliminare di vendita. I dipendenti computabili in base al dlgs 18/2001 sono i Dirigenti; i lavoratori a termine qualora il loro inserimento sia indispensabile alla realizzazione del ciclo produttivo, i lavoratori a domicilio qualora la loro attività sia caratterizzata da continuità, in assimilazione al lavoro effettuato all'interno dell'azienda, i lavoratori a tempo parziale nei limiti e con le modalità di cui al dlgs n. 61/2000. Non sono computabili invece gli apprendisti, i contratti di formazione e lavoro, i lavoratori assunti con contratto di reinserimento, i lavoratori a termine e i lavoratori a domicilio qualora non rientrino nei casi di cui sopra.

#### **1.4. Il “Patto per l’Italia”: le basi della riforma Biagi**

Dopo aver esaminato i cambiamenti intercorsi tra il 1990 e il 2001 è opportuno incamminarsi verso lo studio di quella che è stata una delle riforme maggiormente discusse e travagliate degli ultimi quindici anni: la riforma Biagi<sup>80</sup>. Per la comprensione di come sia attualmente la normativa in tema di trasferimento d’azienda nell’ordinamento italiano non si può prescindere da un esame attento non solo dei contenuti ma anche dei presupposti che hanno portato alla sua formulazione. Per fare ciò è necessario prima di procedere all’esame del dlgs 276/2003 dar conto di come il cd. “Patto per l’Italia” e la legge delega n. 30/2003 abbiano posto le basi per l’opera di riforma portata avanti successivamente. Il Patto per l’Italia venne sottoscritto da governo e parti sociali (con l’eccezione della CGIL in quello che sarà il primo passo di una nuova rottura dell’unità sindacale) il 5 Luglio del 2002. I firmatari convenivano sulla modificazione dell’attuale formulazione dell’art 2112 comma 5 del codice civile, secondo quanto indicato dall’allegato 3 del patto medesimo. Tale intesa avvenne successivamente alla presentazione del c.d. Libro Bianco sul lavoro. In base a quanto previsto andava modificata la normativa sul trasferimento di ramo d’azienda, puntando sull’autonomia funzionale dello stesso ma eliminando ogni accenno relativo alla preesistenza dello stesso. La dottrina, successivamente all’emanazione dei contenuti del patto, era fortemente divisa e si

---

<sup>80</sup> C.Cester, le novità in materia di trasferimento d’azienda in F. Carinci, Il diritto del lavoro dal “Libro Bianco” al disegno di legge delega del 2002, IPSOA, Milano, 2002, 32.

interrogava sulla legittimità costituzionale della nuova previsione (v. infra, par. 2.2). La legge delega 14 Febbraio 2003 n.30 ha fatto proprie le indicazioni contenute nel “Patto per L’Italia” adeguando la disciplina contenuta nell’art.2112 del codice civile e nell’art. 47 della legge n.428/1990 alla normativa comunitaria, in relazione al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti d’azienda prevedendo il requisito dell’autonomia funzionale del ramo d’azienda nel momento del suo trasferimento. Andava infatti effettuato un coordinamento legislativo con quanto stabilito nella l. 39/2002 che aveva delegato il Governo al recepimento della direttiva n.2001/23/CE del 12 Marzo 2001. Risulta curioso secondo alcuni autori<sup>81</sup> che la legge si proponga l’attuazione della direttiva comunitaria 2001/23/CE dal momento che la direttiva del 2001 si limita a codificare la precedente del 98/50/CE alla cui attuazione aveva provveduto il decreto legislativo n. 18/2001.

E’ necessario dunque, in base a quanto previsto dalla legge delega, che i lavoratori da trasferire appartengano al ramo d’azienda e che quest’ultimo abbia una sua autonomia funzionale. Una fetta consistente della dottrina era preoccupata che in base al nuovo dettato normativo l’imprenditore potesse artificialmente costituire un ramo d’azienda ai fini del trasferimento e in funzione di esso. La portata della legge delega sulla fattispecie presa in considerazione è finalizzata a consentire che il momento di verifica dell’esistenza del carattere dell’autonomia sia riferito al momento del trasferimento. In altre parole è ramo d’azienda in base alla previsione della delega ogni parte di azienda definita dalle parti come tale, purché in grado

---

<sup>81</sup> S.Piccioli, La nuova nozione di Ramo D’Azienda, Diritto delle relazioni industriali numero 2/XV. Giuffrè editore, 2005

di funzionare autonomamente e di esercitare l'impresa. Nell'intento legis tale operazione era volta a favorire una maggiore celerità e rapidità nelle operazioni di outsourcing. Prima di procedere ad esaminare come il governo ha esercitato la delega conferita è opportuno verificare come gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità precedenti all'emanazione della L. 30/2003 avevano ritenuto che la formulazione dell'art. 2112 cc escludeva che un ramo d'azienda potesse essere identificato e disegnato solo in relazione al trasferimento e in funzione di esso<sup>82</sup>.

### **1.5. Il Governo traduce la delega: il Dlgs 276/2003**

Il governo non tardò ad esercitare il potere legislativo conferitogli dal parlamento nell'elaborare il testo definitivo della "Riforma Biagi". Con l'art 32 del Dlgs 276/2003 sulla scorta delle previsioni contenute nel "Patto per L'Italia" e nella L.30/2003 furono apportate le modifiche all'art 2112. Fu integralmente sostituito il quinto comma e ne fu aggiunto un sesto precedentemente non previsto. Al quinto comma fu disposto che il trasferimento d'azienda potesse avvenire a seguito di qualunque operazione compresa cessione contrattuale o fusione e fu fatta propria la nuova definizione di ramo d'azienda: non più preesistente e che conservi la propria identità quanto piuttosto identificata da cedente e cessionario al momento del trasferimento. Nel sesto comma è stato previsto che nel caso in cui l'alienante stipuli con l'acquirente un contratto di appalto la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo

---

<sup>82</sup> Cass, Sez. Lav, n.17207/2002

d'azienda oggetto di cessione, tra appaltante e appaltatore opera un regime di solidarietà di cui all'art 1676 del codice civile. In appena tredici anni la normativa codicistica in materia di trasferimento d'azienda risultava dunque essere una delle norme giuridiche maggiormente soggette a cambiamenti drastici aventi una ricaduta diretta sulla realtà produttiva. E' noto infatti che i processi di esternalizzazione endo ed extra aziendali rappresentano sempre più la più comune forma di decentramento funzionale riguardando aspetti centrali del ciclo produttivo. La materia in esame ha assunto infatti, parallelamente alle spinte giuridiche provenienti dall'ambito comunitario, un centralità che in passato non aveva. Il trasferimento d'azienda non è più un aspetto patologico così come era stato previsto e pensato dal legislatore del 1942. Esso risulta essere infatti un avvenimento fisiologico nel quadro economico aziendale globale. Nel nostro ordinamento prima attraverso l'intervento della giurisprudenza e successivamente attraverso l'opera di riforma avvenuta nel 2001 e nel 2003 si è voluto estendere l'ambito applicativo e protettivo nei confronti dei lavoratori coinvolti<sup>83</sup>. Era questo l'obiettivo del legislatore del 2001 che sotto una maggioranza politica diversa rispetto a quello del 2003 aveva previsto per la prima volta l'applicazione dell'art. 2112 non soltanto quando ad esser coinvolta era l'intera azienda ma quando anche soltanto un ramo della stessa fosse stato preso in considerazione (v. supra, par. 1,3). E' possibile comprendere il profondo cambiamento operato sulla materia dal legislatore della riforma Biagi soltanto se si hanno chiare le linee di politica legislativa in tema di mercato del lavoro portate avanti e sottese alla riforma. Era presente infatti una

---

<sup>83</sup> L. Franceschinis, l'art 2112 c.c. dopo il dlgs 276/2003 in D&L, 2004, 857 ss.

precisa scelta politica dietro alla generica ed enfatica premessa contenuta nel c.d. “Libro Bianco” in base alla quale l’obiettivo della riforma del mercato del lavoro era “il comune obiettivo della valorizzazione delle risorse umane, in primo luogo attraverso l’organizzazione di un mercato del lavoro, trasparente ed efficiente, l’emersione del lavoro sommerso, le politiche dell’educazione e della formazione, la riduzione della pressione fiscale sui redditi medio bassi e lo sviluppo e la crescita del Mezzogiorno”. L’obiettivo era infatti, per usare un termine caro agli esponenti della dottrina vicini alle idee della riforma<sup>84</sup>, “liberare” il diritto del lavoro da alcune disposizioni limitanti l’attività d’impresa e le operazioni di esternalizzazione. Vi è chi ha sostenuto che dietro la Riforma Biagi si nascondesse in realtà un manifesto giuslavoristico di tipo neo liberista, sebbene un neo liberismo diverso da quello americano ed intriso dei condizionamenti derivanti dalla tradizione garantista italiana<sup>85</sup>.

Il secondo profilo che l’art 32 del dlgs 276/2003 andava a novellare è quello afferente al regime di solidarietà tra alienante e acquirente nei contratti d’appalto. La norma cercava infatti di determinare un accettabile livello di tutela dei lavoratori coinvolti nel caso in cui l’alienante stipulasse con l’acquirente un contratto di appalto la cui esecuzione avvenisse utilizzando il ramo d’azienda ceduto. In queste situazioni viene ad operare tra appaltante e appaltatore un regime di solidarietà ex art. 1676 del codice civile. Tale tutela rappresenta uno strumento di garanzia aggiuntivo rispetto a quanto

---

<sup>84</sup>M. Tiraboschi, *La società attiva*, Marsilio, 2004.

<sup>85</sup>R.De Luca Tamajo, *Trasferimento di azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto dei servizi, distacco, nella riforma di diritto del lavoro*, in *ADL*, 2005 fasc. 1. Saggio esposto in relazione al congresso promosso dall’Accademia dei Lincei su il “Nuovo volto del diritto del lavoro italiano” (Roma, 13-14 Dicembre 2005)

disposto nei confronti dei lavoratori ceduti ai sensi del secondo comma dell'art. 2112 del codice civile. Si tratta di una tutela specifica rispetto al tradizionale regime di solidarietà tra appaltante e appaltatore che ai sensi delle previsioni del codice civile opera in tutti i contratti di appalto a prescindere che le due aziende abbiano operato una precedente operazione societaria di cessione. Si può ritenere infatti che i soggetti titolari della tutela ai sensi del sesto comma dell'art. 2112 del codice civile non siano soltanto i lavoratori utilizzati nell'appalto ma siano la totalità dei lavoratori trasferiti nella cessione avvenuta. Sono tutelati quindi tutti i lavoratori interessati all'ipotesi di cessione e non soltanto quelli direttamente interessati all'attività prevista nel contratto d'appalto. La ratio legis della disposizione in esame va riferita nell'estensione della tutela prevista ai sensi dell'art. 1676 del codice civile anche alle maestranze che sebbene siano coinvolte nel trasferimento del ramo d'azienda sono però impegnate in attività diverse da quella oggetto di cessione.

## **2. L'ambito di applicazione**

### **2.1. La nozione d'azienda: l'insufficienza dell'art. 2555 del codice civile**

Uno dei maggiori problemi a cui l'interprete che per la prima volta si cimenta nello studio dell'istituto in esame riguarda la definizione di azienda e dunque di individuazione dell'ambito di applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda. Che cos'è un'azienda?

Dove possiamo recuperare fonti utili a rispondere a questa domanda? Il nostro codice civile nell'art. 2555 enuncia che l'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa. Il legislatore del 1942 quando per la prima volta ha proceduto a definire la disciplina del trasferimento d'azienda immaginava una definizione d'azienda trasferita che non si allontanasse in maniera eccessiva dalla definizione d'azienda presente nel codice.

La storia dell'integrazione comunitaria, i contributi giurisprudenziali interni e sopranazionali, il rapido cambiamento del modello di azienda fordista ci consegnano però una realtà dai contorni non proprio chiari. Nel ricercare una definizione "leggera" di azienda nel corso degli anni la dottrina e i giudici si sono allontanati da quello che sembrava essere un porto sicuro<sup>86</sup>: l'art. 2555 codice civile. E' sulle basi di riconoscibilità di questa norma che in tanti avevano convenuto per anni. Nella sua nuova veste l'art 2112 del codice civile è caratterizzato dalla nozione di "attività economica organizzata". Il legislatore provvede a individuare una nozione di azienda ai fini dell'applicazione dell'art 2112 del codice civile. Si tratta di un'innovazione non di secondo momento. Per anni infatti intercorreva una identità terminologica nelle definizioni di azienda contenute nel codice civile, per anni si è ritenuto che il diritto del lavoro dovesse prendere a prestito la definizione commercialistica di azienda non potendo elaborarne una propria<sup>87</sup>. La nuova formulazione dell'art 2112 del codice civile rappresenta

---

<sup>86</sup> R. Romei, Azienda, Impresa, Trasferimento, in *giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* n.97, 2003, 1.

<sup>87</sup> Tra gli autori tributari di questo orientamento: Grandi 1972, Colombo 1971, Santoro Passarelli 1992

una negazione decisa di questo orientamento in quanto perviene ad una definizione d'azienda che scinde ogni legame con i riferimenti d'azienda e imprenditore contenuti negli art. 2082 c.c. e 2555 c.c. Non si deve però ritenere che possa essere individuata una nozione totalmente giuslavoristica di azienda. E' indubbio infatti che l'art. 2112 del codice civile definendo il trasferimento d'azienda come il trasferimento di "un'attività economica organizzata" con o senza scopo di lucro accolga una nozione maggiormente estesa rispetto alla precedente. Con la nuova definizione il legislatore va infatti oltre il mero trasferimento di azienda così come pensata sulla scorta dell'art. 2555 del codice civile. Un siffatto ampliamento dell'orizzonte applicativo della fattispecie di azienda risulta essere in linea con le aperture verificatesi in sede giurisprudenziale comunitaria. E' possibile dunque affermare che la nozione di azienda, ai fini della disciplina del trasferimento, si sia notevolmente ampliata rispetto alle previsioni iniziali. Non sono stati rescissi tutti i legami con le altre disposizioni del codice civile. In altre parole, non si deve ritenere che la definizione di azienda contenuta nell'art. 2112 c.c. possa prescindere in ogni caso dalla diversa definizione di azienda contenuta nel codice civile<sup>88</sup>. Quali sarebbero i vantaggi derivanti dalla formulazione di una nozione esclusivamente lavoristica di azienda che recede ogni legame con il codice civile? La ratio protettiva dei lavoratori non veniva infatti messa in discussione nella precedente impostazione che vedeva un forte legame e una forte connessione terminologica. La peculiarità della nuova definizione di azienda ai sensi dell'art. 2112 del codice

---

<sup>88</sup> R. Romei, Azienda, Impresa, Trasferimento, giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali cit.

civile risponde semplicemente ad un'esigenza di adeguamento del dettato normativo ai processi di mutamento aziendale sottostanti. Non si deve cedere necessariamente a delle tendenze isolazionistiche del diritto del lavoro e propugnare un'impermeabilità del diritto del lavoro. L'art. 2112 del c.c. fa parte di un contesto giuridico e sistematico che è quello del codice civile italiano con il quale non sembra possibile eliminare ogni legame. Si nota infatti come la nozione di "attività economica organizzata" sia profondamente legata alla definizione civilistica di imprenditore che ai sensi dell'art. 2082 del codice civile è colui che pone in essere un'attività funzionale allo scambio di beni e servizi. Il legislatore ha voluto creare un ponte tra la previsione sul trasferimento d'azienda e quella sull'imprenditore. Si può sostenere che l'imprenditore eserciti l'attività economica organizzata che è l'attività di impresa. E' in base a questo collegamento che non è impensabile adesso parlare nel nostro ordinamento di trasferimento d'impresa in luogo di trasferimento d'azienda<sup>89</sup>. Infatti come rilevato dalla Corte di Cassazione<sup>90</sup> la nozione civilistica di azienda è eccessivamente ancorata agli elementi materiali. Il semplice trasferimento dei soli lavoratori, purchè portatori di specifiche competenze, nozioni ed esperienze, capaci di svolgere autonomamente le proprie funzioni può rappresentare un trasferimento d'azienda ai sensi dell'art. 2112 del codice civile. E' quindi possibile che un'attività economica possa essere perseguita sia attraverso un complesso di beni materiali sia attraverso un complesso di rapporti di lavoro funzionalmente collegati in vista

---

<sup>89</sup> G. Santoro Passarelli, *Trasferimento D'azienda e rapporto di lavoro*, IBS, 2001.

<sup>90</sup> Cass, 22.07. 2002 n. 10761

della realizzazione di un obiettivo economico comune. In questi casi l'importanza dei beni strumentali è secondaria in quanto il risultato economico conseguito si basa sull'esistenza di competenze e sulle conoscenze professionali del gruppo di lavoratori trasferiti. Al contrario un mero gruppo di lavoratori che non porti con sé queste caratteristiche e venga trasferito dal cedente al cessionario non può determinare un trasferimento d'azienda. E' necessario che persista infatti il requisito dell'organizzazione perché si possa parlare di trasferimento d'azienda. L'attività economica può essere il risultato delle attività di un complesso di rapporti di lavoro e non di un complesso di beni<sup>91</sup>. Le singole prestazioni lavorative per poter rappresentare un'attività economica organizzata devono essere tra loro organizzate e funzionalmente collegate in modo che venga a sussistere un qualcosa di aggiuntivo rispetto alle singole prestazioni lavorative singolarmente considerate. L'attività economica deve essere individuata in base alla sua capacità di generare profitto. Questo può essere generato tanto dall'esistenza di un contributo materiale quanto dall'esistenza di un contributo immateriale.

La Corte d'Appello di Torino<sup>92</sup> ha dato via ad un'interpretazione giurisprudenziale importante nel 2008 in un caso riguardante un contesto societario particolare come quello delle società calcistiche. Una società calcistica per irregolarità amministrative si vedeva tolto il proprio titolo sportivo e gli veniva negata la possibilità di iscriversi al campionato di serie A. Il medesimo titolo ai sensi dell'art 52.6 delle norme organizzative interne (C.D. Lodo Petrucci)

---

<sup>91</sup> R. Romei, Azienda, Impresa, Trasferimento, *cit.*

<sup>92</sup> Corte di Appello di Torino 4.11.2008 n.1076 pubblicata in Mass. Giur. Lav. 2009 n.11, 826

veniva attribuito ad altra società sportiva di nuova formazione. Un massaggiatore, che nel frattempo aveva continuato a svolgere le proprie funzioni presso la nuova società, adì il giudizio di primo grado ritenendo che il caso in questione fosse ascrivibile al trasferimento d'azienda ai sensi dell'art 2112 codice civile. Nonostante il tribunale di primo grado non gli avesse dato ragione la Corte d'appello di Torino ha affermato *“che la mancata ammissione di una società al campionato di calcio, per il venir meno dei requisiti previsti dalla Federazione italiana giuoco calcio, e l'attribuzione del diritto all'iscrizione ad altra società dello stesso comune, che utilizzi il nome e i colori della squadra precedente, si rivolga alla stessa tifoseria e possa utilizzare i medesimi sponsor configura un trasferimento d'azienda ai sensi dell'art. 2112 del codice civile. Pertanto, il rapporto di lavoro dei dipendenti della società non ammessa prosegue con la nuova società. Per ciò che noi interessa circa la sussistenza o meno di una nozione leggera di azienda la corte d'appello ha rilevato che in alcuni casi l'autonomia organizzativa ed economica possa, in alcuni settori o aeree produttive in cui le strutture materiali assumono scarsa se non nessuna rilevanza( strutture c.d. labour intensive) configurarsi anche in presenza del trasferimento di sola manodopera e quindi di soli lavoratori, che per essere stabilmente addetti all'impresa e per aver acquisito un complesso di nozioni e di esperienze, siano capaci di svolgere presso il nuovo datore di lavoro, potendosi appunto, la suddetta autonomia concretizzare non solo attraverso la natura e le caratteristiche della concreta attività spiegata, ma anche in ragione di altri significativi elementi , quali ad esempio, la direzione e l'organizzazione del personale, il suo specifico*

*inquadramento e le peculiari modalità di articolazione del lavoro e i metodi di gestione.”*

Leggendo fra le righe quanto disposto dal giudice torinese si può ritenere che il nuovo testo dell'art. 2112 del codice civile consente di affermare che l'elemento decisivo ai fini dell'applicazione o meno della disciplina sul trasferimento d'azienda è verificare se l'operazione economica posta in essere determini il passaggio di un'attività economica, nel caso di specie l'attività sportiva, ad un altro soggetto indipendentemente dal passaggio di beni materiali e immateriali e verificare se l'identità dell'attività trasferita è immutata.

Gli autori maggiormente legati all'elaborazione di una definizione prettamente giuslavoristica di azienda non hanno però trovato conforto nel termine di paragone contenuto nella direttiva 98/50/CE. Nella direttiva, a differenza del codice, si parla di entità economica e non di attività economica organizzata. Il concetto di entità fa presumere l'esistenza di un'organizzazione di mezzi che il concetto di attività non rende necessari. Una più corretta trasposizione del dettato normativo comunitario avrebbe potuto aiutare maggiormente gli interpreti alla soluzione del problema in esame.

## **2.2. La definizione di ramo d'azienda dopo la Riforma Biagi: tra profili di incostituzionalità e divisioni dottrinarie.**

Concluso l'esame della definizione giuridica di “azienda” ai sensi dell'art. 2112 c.c. è opportuno incamminarsi nello studio di una

diversa ma connessa fattispecie: il ramo d'azienda. Uno dei profondi cambiamenti in tema di disciplina sul trasferimento d'azienda operato dalla Riforma Biagi è quello volto ad identificare il ramo d'azienda e a porre in essere una cesura rispetto alla definizione che, come visto (v. supra par. 1.3), aveva posto soltanto due anni prima il legislatore nel 2001. Leggendo l'art. 32 del dlgs 276/2003<sup>93</sup>, che ha operato la modifica dell'art. 2112 del codice civile, si coglie con immediatezza la volontà di attuare forti elementi di differenziazione tra la nozione di ramo d'azienda e la nozione di azienda. Il ramo d'azienda viene identificato come "un'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale da cedente e cessionario". Se si procede a comparare la nuova definizione con la definizione elaborata nel dlgs 18/2001 si vede come viene eliminato il requisito della preesistenza e viene inserito quello dell'identificazione al momento della cessione da parte di cedente e cessionario. Successivamente a questa modifica si è determinata una profonda frattura all'interno del fronte politico, del fronte sindacale e della dottrina. Per avere un quadro storico complessivamente più esaustivo va segnalato che la volontà originaria del governo neoletto era provvedere ad un'elaborazione della definizione di ramo d'azienda che prescindesse anche dall'autonomia funzionale dello stesso. La modifica prospettata ha però suscitato forti perplessità. In assenza di tale requisito si sarebbe andati contro l'ormai consolidata giurisprudenza comunitaria e sarebbero stati forti in assenza di tale requisito i

---

<sup>93</sup> Il legislatore delegato è intervenuto, sulla base della delega contenuta nella l. 30/2003 due volte sulla disposizione dell'art. 2112 del codice civile, dapprima con l'art. 32 del dlgs 276/2003 e susseguentemente con l'art. 9 del dlgs 251/2004

dubbi circa l'esistenza di ragionevolezza nella disciplina sul trasferimento d'azienda alla luce dell'art. 3 della Costituzione. I critici ritenevano che sarebbe stato possibile procedere alla cessione anche di generiche parti di azienda non dotate di autonomia funzionale e quindi di parti incapaci di costituire un'attività imprenditoriale autonoma. L'intervento del sindacato ha costretto il Governo ad arretrare e a reinserire il requisito dell'autonomia funzionale della parte d'azienda ceduta. Nonostante ciò i dubbi e le divisioni dottrinarie in materia non sono state fugate. Vi è chi ha ritenuto che con la modifica si attuasse una generale e complessiva riduzione di tutela per i prestatori di lavoro<sup>94</sup>. Altri, in dottrina, hanno invece sostenuto che successivamente alla Riforma Biagi non solo sia possibile trasferire un'azienda che in realtà non è tale, ma sia anche possibile rimettere alla volontà delle parti l'applicazione o meno dell'art. 2112. Infatti, a detta di questi, l'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata deve essere identificata dal cedente e dal cessionario al momento del trasferimento<sup>95</sup>. I lavoratori in base a questa nuova definizione non solo sarebbero saccheggianti dalla possibilità di esprimere una propria volontà in relazione alla scelta, ma subirebbero la scelta imprenditoriale assurgendo la posizione di "merce umana"<sup>96</sup>. E' dunque possibile individuare un filone dottrinario che ha considerato la modifica attuata nel 2003 come una rappresentazione dell'apoteosi dell'ideologia liberista sollevando dubbi di

---

<sup>94</sup> C. Cester, le novità in materia di trasferimento d'azienda, *cit.*

<sup>95</sup> L. Franceschinis, l'art 2112 cc dopo il dlgs n.276/2003, *cit.*

<sup>96</sup> S. Piccioli, La nuova nozione di Ramo D'Azienda *cit.*

costituzionalità in relazione ad essa. Vi sono anche autori<sup>97</sup> che hanno ritenuto che la riforma vada incontro alle esigenze di esternalizzazione presenti nel mondo imprenditoriale e impossibilitate dalla precedente formulazione del dlgs. 18/2001<sup>98</sup>.

Ci si può chiedere se successivamente all'intervento della Riforma Biagi è possibile adesso trasferire ex art. 2112 un ramo privo di qualunque autonomia nell'organizzazione del cedente, che tuttavia la acquisti, nella valutazione delle parti in sede di contratto di trasferimento e la perda successivamente al trasferimento. E' necessario tentare di dare una risposta a domande che si sono poste e risultano essere ancora non del tutto evase. Rispondere a queste domande non significa patteggiare necessariamente per la posizione dell'uno o dell'altro filone dottrinario, quanto piuttosto significa interrogarsi sulla possibilità che l'art. 2112 presti il fianco a pratiche elusive. Le risposte in questo campo devono, oltre che essere confermate dalla giurisprudenza di merito, rappresentare la ricerca di un punto di equilibrio tra due opposte esigenze che soprattutto in periodi di crisi vanno ad emergere: da un lato le esigenze provenienti dal mondo delle imprese che chiedono maggiore flessibilità e conformità al sistema produttivo, dall'altro le non comprimibili esigenze di tutela dei diritti dei lavoratori coinvolti<sup>99</sup>.

L'art. 2112 del codice civile contiene dentro di sé un paradosso: può, infatti, una norma pensata a tutela dei lavoratori prestare il

---

<sup>97</sup> R. De Luca Tamajo, Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura, in Aa.Vv. i processi di esternalizzazione, opportunità e vincoli, Napoli, 2002, p 1 ss

<sup>98</sup> A.Raffi, Orientamenti della giurisprudenza nazionale in materia di trasferimento d'azienda, in Mass. Giur. Lav. , 2005, p. 21 ss

<sup>99</sup> S. Piccioli, La nuova nozione di Ramo D'Azienda, *cit.*

fianco a pratiche nell'interesse esclusivo delle imprese, o addirittura danneggiare la posizione della manodopera?

La disciplina codicistica in tema di trasferimento d'azienda non è una normativa storicamente pensata nell'esclusivo interesse dei lavoratori. L'articolo in questione si caratterizza storicamente per l'esistenza di un'eterogenesi dei fini. Nei fenomeni di esternalizzazione, che stanno alla base della disciplina sul trasferimento di parte d'azienda, l'interesse dell'imprenditore diverge rispetto a quello sottostante la cessione complessiva dell'azienda. L'obiettivo non è più quello di mantenere il valore di scambio e il complesso trasferito, bensì quello della disaggregazione verticale dell'impresa che ha come proprio fine il "dimagrimento" dell'impresa concentrandosi solo sul "core business" della stessa. Il paradosso quindi non consiste nel fatto che viene utilizzata una norma che dovrebbe garantire e tutelare i lavoratori e non i fini aziendali, quanto dal fatto che viene utilizzata una norma che dovrebbe tutelare l'integrità del complesso aziendale per operarne una smaterializzazione<sup>100</sup>. La differenza tra trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda è altresì individuabile nell'interesse opposto del lavoratore, che nel primo caso ha interesse a conservare il proprio posto di lavoro e nel secondo può avere l'interesse a restare presso le dipendenze del cedente. Avendo chiaro questo contesto si deve procedere ad esaminare la problematica relativa al potere costitutivo che è stato concesso alle parti nell'individuazione del ramo d'azienda. L'articolazione funzionalmente autonoma deve essere identificata da cedente e cessionario nel momento del trasferimento. In relazione a tale

---

<sup>100</sup> S. Piccioli, *La nuova nozione di Ramo D'Azienda*, *cit.*

previsione sono stati sollevati due dubbi di costituzionalità: uno riguardante l'eccesso di delega in quanto la legge 30/2003 prevedeva semplicemente che il ramo d'azienda dovesse sussistere al momento del trasferimento; non era presente nella norma delegante alcun cenno relativo all'attribuzione ai contraenti di individuare la parte d'azienda trasferita. Il secondo dubbio di costituzionalità riguarda un possibile contrasto della disposizione con l'art 3 della Costituzione che sancisce il principio di uguaglianza di trattamento tra posizioni uguali. Il legislatore disciplina in maniera diversa le situazioni speculari regolando in maniera diversa la disciplina sul trasferimento d'azienda rispetto alla disciplina del trasferimento del ramo d'azienda<sup>101</sup>. L'individuazione dell'azienda viene infatti rimessa a criteri oggettivi (l'autonomia funzionale), l'individuazione del ramo d'azienda viene rimessa invece alla volontà delle parti. Tale differenziazione contraddice sia l'elaborazione passata della nostra giurisprudenza di legittimità sia il diritto comunitario che non ha mai proceduto a tali distinzioni. E' proprio in questa disposizione che troviamo il maggior rischio elusivo sottolineato da più parti in dottrina. In sostanza i datori di lavoro potrebbero creare dei rami d'azienda ad hoc al fine di espellere quote di lavoratori non graditi e non più utili eludendo le tutele giuridiche disposte nei loro confronti<sup>102</sup>. In dottrina<sup>103</sup> è stato sostenuto però che tale potere

---

<sup>101</sup> M. Menicucci, il trasferimento di ramo d'azienda dopo il dlgs 276/2003, profili di incostituzionalità, in DLM, 2006, p 1 ss

<sup>102</sup> L. Galantino, Diritto del lavoro, Giappichelli, 2005, evidenzia che le incursioni negoziali di tipo volontaristico costituiscono un rinvio suscettivo di legittimare da un lato letture fortemente innovative, tali da rimettere alle parti coinvolte nel trasferimento la stessa delimitazione del campo applicativo del disposto legale e, quindi, di renderle arbitre della attivazione e/o disattivazione delle tutele da questo introdotte, così introducendo una sorta di derogabilità indiretta o mediata dell'impianto protettivo.

costitutivo concesso alle parti contraenti non può spingersi fino ad individuare come ramo d'azienda un coacervo di beni che non possiede oggettivamente le qualità per essere considerato tale. Il verbo "individuare" utilizzato dal legislatore del 2003 non può essere interpretato come sinonimo di costituire.

Seguendo tale ragionamento si può ritenere che è necessario che sussista anche la presenza di "un'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata"<sup>104</sup> ai fini dell'individuazione della parte d'azienda coinvolta.

Tale lettura, è volta a depotenziare i dubbi di legittimità costituzionale summenzionati, pur non eliminando l'effettiva disparità di trattamento giuridico previsto per il trasferimento dell'intero complesso aziendale e per il ramo d'azienda.

Seguendo questa interpretazione verrebbe meno il rischio per cui le parti, a prescindere da ogni criterio oggettivo, possano costituire rami d'azienda al solo fine di danneggiare le proprie maestranze.

Perché questo criterio oggettivo possa funzionare come efficace muro di protezione rispetto ad operazioni elusive, è necessario che il requisito dell'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata venga correttamente definito. Il requisito dell'organizzazione si traduce in un complesso di regole tecnico-organizzative nelle quali si sostanzia il potere

---

<sup>103</sup>M. Menicucci, il trasferimento di ramo d'azienda dopo il dlgs 276/2003, *cit.*

<sup>104</sup>G. Ferraro, metamorfosi dell'impresa e tutela del lavoro(a proposito del trasferimento d'azienda nella riforma Biagi) in ADL, 2004, P.793 sottolinea come sia evidentemente da escludere che le parti negoziali possano ad libitum identificare istantaneamente una attività produttiva, più o meno effettiva, e contestualmente correlarvi un certo numero di dipendenti da trasferire. Rimanendo invece centrale definire il concetto di articolazione funzionalmente autonoma all'interno di un'attività economica organizzata, che evidentemente radica il processo d'identificazione negoziale all'esigenza che sia ricostruibile un'attività produttiva oggettivamente individuabile che costituisca una parte, un settore o un segmento della preesistente attività d'impresa.

dell'imprenditore; potere che può riguardare in alcuni settori anche la sola forza lavoro nel caso in cui la sola attività lavorativa integri l'esercizio di un'attività economica organizzata. L'organizzazione sussiste in base ai postulati della sociologia del lavoro se i lavoratori e i beni aziendali sono tenuti insieme da un nesso obiettivo e necessario<sup>105</sup>. E' necessario a tal fine riscontare la suddivisione del lavoro necessario per ottenere un determinato scopo produttivo, l'attribuzione a macchine e/o persone differenti di operazioni suddivise e vi deve essere un coordinamento tra le operazioni affidate a macchine e persone<sup>106</sup>. Un reparto aziendale dotato di propri ritmi che funzioni in autonomia rispetto agli altri reparti può legittimamente essere individuato dai contraenti e ceduto come parte d'azienda. Il legislatore ha voluto dunque ancorare la scelta delle parti all'esistenza dell'organizzazione, essendo la volontà delle parti soltanto ricognitiva della sua esistenza.

Dopo aver esaminato il profilo dell'organizzazione bisogna comprendere cosa si intende per "articolazione funzionalmente autonoma" ai fini di individuare la fattispecie di ramo d'azienda ai sensi dell'art. 2112 del codice civile. Come visto in precedenza (v. par. 1.3, 1.4) tale requisito è sopravvissuto alla Riforma Biagi pur perdendo il carattere della necessaria "preesistenza". La Corte di Cassazione<sup>107</sup> ha

statuito che l'autonomia funzionale si ha quando il ramo d'azienda possa realizzare una fase ben individuabile della produzione aziendale o una fase accessoria, ausiliaria o strumentale della

---

<sup>105</sup> Cass, 23 Ottobre 2002 n.14961

<sup>106</sup> G. Gallino, Dizionario di sociologia, Utet, Torino, 1978

<sup>107</sup> Cass. 23 Ottobre 2002 n.14961; Cass. 25 Ottobre 2002 n. 15105

produzione stessa. Il ramo d'azienda deve avere i caratteri di una piccola azienda che possa funzionare in modo autonomo. Secondo la giurisprudenza di legittimità non è possibile configurare una parte d'azienda quando si è in presenza di frazioni non autosufficienti e non coordinate fra di loro. Tale autonomia funzionale è presente anche quando ad essere trasferiti siano soltanto i lavoratori che, poiché portatori di un bagaglio di nozioni ed esperienze, sono capaci di svolgere le loro funzioni anche presso il nuovo datore di lavoro. Seguendo il ragionamento della Corte tale autonomia può concretizzarsi non solo attraverso l'attività concretamente dispiegata ma anche tenuto conto di altri elementi come per esempio la direzione e l'organizzazione del personale o le peculiari modalità di articolazione del lavoro e i metodi di gestione. Nel quadro appena delineato è spettato in questi anni ai giudici del lavoro ed alla Corte di Cassazione procedere ad applicare la fattispecie astratta dell'art. 2112 comma 5 ai casi concreti. L'art 32 del dlgs 276/2003 consente di percorrere due strade. La prima, forse maggiormente aderente all'intentio legis, è volta a legittimare l'esistenza di un'autonomia soltanto potenziale. Un'attitudine e una potenzialità oggettiva delle attività produttive di essere collocate nel mercato<sup>108</sup>. La seconda, è orientata ad evitare scomposizioni illegittime del complesso aziendale dirette ad individuare l'attualità e la compiutezza dell'autonomia, la presenza di un'autonomia gestionale, amministrativa e funzionale proprio al fine di evitare ogni utilizzo elusivo della norma. Attraverso questa seconda strada la giurisprudenza farebbe rientrare dalla finestra un requisito che il legislatore aveva sbattuto fuori dalla porta: quello della

---

<sup>108</sup> S. Piccioli, La nuova nozione di Ramo D'Azienda, *cit.*

preesistenza. E' per questo motivo che la giurisprudenza di legittimità successiva alla Riforma Biagi ha preferito affidarsi ad un importante strumento messo a disposizione dal codice civile: l'art. 1344<sup>109</sup>. Attraverso questa norma i giudici hanno potuto dichiarare l'illiceità del negozio con cui si operava un trasferimento di ramo d'azienda quando questo rappresentava un mezzo per eludere le discipline pensate a tutela del lavoratore. Nel 2008 la Corte di Cassazione<sup>110</sup> si è servita dello strumento presente nel codice civile per dichiarare l'intento elusivo del contratto di trasferimento d'azienda confermando gli orientamenti emersi nei primi due gradi di giudizio. Nel caso di specie un'impresa di gruppo cedeva ad una società appartenente a diverso gruppo taluni punti di vendita nei quali erano oltre 60 dipendenti. La cessionaria concedeva, qualche mese dopo, in affitto uno di questi punti vendita a una società terza con ridotte dimensioni e consistenza patrimoniale. Quest'ultima sospendeva immediatamente l'attività per ristrutturazione e dopo due mesi licenziava le sei dipendenti precedentemente trasferite<sup>111</sup>. Successivamente ai licenziamenti, cedente e cessionaria risolvevano il proprio contratto d'affitto senza alcun onere e subentrava una nuova società di rilevante dimensione patrimoniale e consistenza occupazionale.

Il caso preso in considerazione rappresenta il classico esempio a cui la dottrina non incline alla riforma si è appellata nel corso degli ultimi dieci anni. Vi è infatti la presenza di una società con più di 15 dipendenti, dunque assoggettata al rispetto dell'art. 18 dello

---

<sup>109</sup> Art. 1344 codice civile: "Si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce un mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa"

<sup>110</sup> Cass, sez. lav. 7 febbraio 2008, n.2874

<sup>111</sup> B. Demozzi, giurisprudenza note di commento, Cass. Sez. lav. 7 Febbraio 2008, n.2874, ADL, 2009.

Statuto dei Lavoratori, che trasferisce i propri dipendenti ad una società che ha scarsa o nulla consistenza occupazionale oltre che patrimoniale. In questo modo la nuova società, la bad company, a cui i dipendenti vengono trasferiti potrà operare senza i vincoli derivanti dall'applicazione dello Statuto che la precedente aveva in tema di licenziamenti. Il caso in esame si caratterizza però da un ulteriore elemento decisivo. La nuova società a cui i dipendenti sono stati trasferiti a seguito del contratto d'affitto d'azienda cessa ogni attività successivamente al licenziamento e si vede subentrare una terza società che effettivamente proseguirà l'attività d'impresa della prima. E' lampante dunque il fine elusivo portato avanti dal datore di lavoro. Citando la massima di un'importante sentenza della Corte di Cassazione<sup>112</sup> “il contratto in frode alla legge è caratterizzato dalla consapevole divergenza tra la causa tipica del contratto prescelto e la determinazione causale delle parti indirizzata alla elusione di una norma imperativa”. In questo caso la norma imperativa violata era l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

### **2.3. Il trasferimento di ramo d'azienda per provvedimento**

Un profilo che merita attenzione è quello concernente alla possibilità che il trasferimento di ramo d'azienda avvenga per provvedimento e non a seguito di cessione contrattuale o fusione. Tale previsione è espressamente disciplinata nell'art 2112 del codice civile. Come summenzionato l'art. 2112 del codice civile al suo quinto comma richiede la volontà dei contraenti affinché possa produrre i propri effetti. Il ramo d'azienda deve essere identificato

---

<sup>112</sup> Cass, sez. unite, 17-07-1981 n.4414

da cedente e cessionario. Ma cosa accade quando il trasferimento avviene non per scelta negoziale e volontaria delle parti ma piuttosto per provvedimento? Sono tre le possibilità che la dottrina ha formulato<sup>113</sup>: 1) l'art. 2112 del codice civile non troverà mai applicazione 2) l'art.2112 del codice civile sarà sempre applicabile 3) l'art. 2112 del codice civile sarà applicabile a discrezione dell'autorità che emana il provvedimento, o dell'autorità che emana il provvedimento e di chi ne subisce le conseguenze.

Ognuna di queste ipotesi ha la sua ipotetica legittimazione giuridica e solleva ancora una volta dubbi di incostituzionalità della norma per violazione dell'art. 3 della Costituzione.

La prima ipotesi trova legittimazione nella previsione per cui sono i contraenti i soggetti legittimati a decidere in ordine all'applicazione dell'art. 2112 del codice civile. Se si segue un'interpretazione letterale potrebbe escludersi la possibilità che sia un'autorità a decidere gli effetti giuridici del trasferimento. Seguendo questa interpretazione si dà estrema importanza al valore costitutivo dell'operazione d'identificazione posta in essere dalle parti nel momento di trasferimento del ramo d'azienda. Questa ipotesi trova la propria ragionevolezza se si ritiene che elementi costitutivi della fattispecie siano uno oggettivo (la presenza di un'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata) e l'altro soggettivo (l'identificazione del cedente e del cessionario nel momento del trasferimento). In questo caso è chiaro che mancherebbe uno dei due elementi, quello soggettivo e dunque la norma non potrebbe certamente trovare applicazione.

---

<sup>113</sup> M. Menicucci, il trasferimento di ramo d'azienda dopo il d.lgs 276/2003, profili di incostituzionalità, *cit.*

La seconda ipotesi, in base alla quale l'art. 2112 del codice civile sarà sempre applicabile, si basa su argomentazioni giuridiche che non partono da presupposti differenti rispetto a quelli della prima ipotesi. Chiaramente l'autorità che emette il provvedimento non può surrogarsi a cedente e cessionario manifestando una volontà. Ci si trova dinnanzi ad un'impossibilità di concretizzazione dell'elemento soggettivo. Mancando il soggetto che può compiere l'operazione di identificazione (cedente e cessionario) viene a mancare l'elemento soggettivo ma non preclude la possibilità che la norma trovi applicazione in presenza del solo elemento oggettivo. In base a questa lettura l'elemento soggettivo avrebbe una propria rilevanza decisiva soltanto laddove la decisione possa derivare da cedente e cessionario. Nel caso di specie la decisione non può provenire da questi due soggetti ma promana da un soggetto terzo: l'autorità che ha emesso il provvedimento. Elemento decisivo di questa seconda ricostruzione è l'impossibilità del verificarsi dell'elemento soggettivo. Tale interpretazione trova una propria giustificazione anche in relazione alla possibilità di operare una tutela giuridica estensiva dell'art. 2112 del codice civile che altrimenti, qualora si seguisse la prima ipotesi, non troverebbe applicazione.

La terza ipotesi, in base alla quale l'art. 2112 del codice civile troverebbe applicazione qualora la volontà venisse dal soggetto che ha emesso il provvedimento o dal soggetto che ha emesso il provvedimento e dal cedente e/o dal cessionario, è quella che trova minori argomentazioni giuridiche di sostegno. Qualora infatti fosse soltanto l'autorità a dover esprimere la propria volontà, cedente e cessionario si troverebbero in una soggezione irrazionale. Se alla

volontà dell'autorità si aggiungesse quella di cedente e cessionario, sarebbe difficile e prettamente lasciato a determinazioni discrezionali e poco oggettive determinare se la volontà debba provenire da cedente e cessionario insieme o soltanto da uno di essi. Tale terza interpretazione è anche difficile da sostenere in base al dato letterale dell'art. 2112 del codice civile che quando fa riferimento alla volontà si riferisce espressamente al cedente ed al cessionario.

Appare evidente il timore di incostituzionalità qualora si aderisca alle prime due ipotesi. La disparità di trattamento tra situazioni uguali è difficilmente smentibile. Infatti, nel caso in cui il trasferimento sia determinato dalla volontà delle parti la disciplina troverà applicazione a seconda della presenza o meno dell'elemento volontaristico nell'identificare il ramo d'azienda. Nel caso invece in cui il trasferimento sia determinato da un provvedimento sarà sempre applicabile o mai applicabile, a seconda di quale tra le due ipotesi si scelga, la disciplina codicistica in tema di trasferimento d'azienda. In base a quanto detto due medesime situazioni potrebbero astrattamente essere sottoposte a discipline giuridiche differenti a seconda che alla base del trasferimento vi sia una scelta negoziale o un provvedimento.

La terza ipotesi presenta meno dubbi di compatibilità col testo costituzionale, ma è ai sensi del dato letterale dell'art. 2112 del codice civile quella meno perseguibile.

I citati dubbi di ragionevolezza costituzionale relativi al caso peculiare in esame si aggiungono a quelli di cui si è dato conto precedentemente (v. supra, par. 2.2). E' dunque chiaro come il quinto comma dell'art. 2112 del codice civile rappresenti una

norma ricca di dissidi dottrinali, scelte legislative poco comprensibili, e dubbi di costituzionalità difficilmente occultabili.

### **3. Trasferimento d'azienda e disciplina sugli appalti.**

La Riforma Biagi ha innovato il quadro legislativo non solo in tema di trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda ma anche in materia di appalti di opere e servizi. Questa ultima disciplina porta con sé dei profili strettamente connessi con il trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda. Può accadere che un soggetto proceda al trasferimento in questione nei confronti di un'altra persona fisica o giuridica e affidi a questa ultima l'effettuazione di un'opera o di un servizio per la cui esecuzione è necessario l'utilizzo della struttura aziendale oggetto del trasferimento. In altre parole il cessionario utilizza l'azienda che gli è stata trasferita per soddisfare le esigenze produttive del cedente. Avendo fatto questa premessa è opportuno indicare le fonti normative coinvolte in questa inevitabile connessione disciplinare. L'art. 2112 ultimo comma del codice civile prevede una specifica responsabilità solidale tra appaltante ed appaltatore che utilizza l'azienda. L'art 29, comma 3, del dlgs 276/2003 prevede l'esclusione della disciplina del trasferimento nel caso in cui vi sia una successione di diversi imprenditori in appalti o opere di servizi. Un riferimento al contesto economico sottostante può essere utile per comprendere l'insufficienza dei vecchi modelli normativi presenti nel codice civile in materia e la necessità del

legislatore di operare determinate scelte politiche volte a favorire l'esternalizzazione. Trasferimento d'azienda e appalti sono discipline che influenzano in maniera decisiva i nuovi modelli di produzione. Questi come accennato più volte nel corso di questo lavoro sono da anni caratterizzati dalla segmentazione del processo produttivo in più fasi. Ogni fase viene gestita da un'impresa diversa in piena coerenza con l'abbandono del modello fordista e la consacrazione dell'impresa post-fordista<sup>114</sup>.

Se da un lato è chiara la necessità che si predisponga una normativa interconnessa tra disciplina sugli appalti e trasferimento d'azienda al fine di rispondere in maniera coerente alle esigenze economiche sottostanti, dall'altro non si può nascondere come permangono in questa materia facili tentazioni elusive che le imprese potrebbero utilizzare per allentare le maglie normative pensate a tutela dei lavoratori. Trasferimento d'azienda e appalto, sono insieme ad altre tipologie contrattuali (somministrazione di manodopera, cocco, concessioni di vendita), alcuni degli strumenti giuridici che consentono le esternalizzazioni<sup>115</sup>. La volontà di favorire le esternalizzazioni è stata perseguita dal Dlgs 276/2003, oltre che con gli strumenti summenzionati, con l'abrogazione della L. 1369/1960 che vietava l'appalto di mere prestazioni lavoro prevedendo un adeguato regime sanzionatorio. Le mutazioni nel quadro aziendale del nostro paese, il sopravvento del mercato dei servizi e del terziario rispetto al modello imperante del manifatturiero degli anni 60 e 70 ha indotto il legislatore a rivedere

---

<sup>114</sup> J. Rifkin , *La fine del lavoro. Il declino della forza lavoro globale e l'avvento dell'era del post mercato*, Baldini&Castaldi, 1995.

<sup>115</sup> P. Chieco, , *Le nuove esternalizzazioni tra prestazioni di lavoro a favore dei terzi (somministrazione di lavoro, distacco) e appalti labour intensive*, in P. Curzio "Lavori e diritti a tre anni dalla l. 30/2003", Bari. 2004

completamente il proprio orientamento giuridico precedente prevedendo un contratto ad hoc: il contratto di somministrazione e riformando la disciplina sugli appalti. In dottrina<sup>116</sup> vi è stato chi ha ritenuto che il combinato disposto, successivo all’emanazione della Riforma Biagi, ha creato un mix esplosivo nei confronti delle garanzie previste precedentemente per i lavoratori. Viene sostenuto infatti che il legislatore in questo modo non persegua obiettivi virtuosi ma ricerchi piuttosto un contesto che favorisca le imprese a danno delle proprie maestranze. Ma è davvero così? Aderire a questo filone dottrinario equivale a pensare che il nostro paese attraverso la nuova disciplina sugli appalti e sul trasferimento d’azienda voglia inseguire in negativo un modello competitivo (i c.d. paesi emergenti dell’est Europa, India e Brasile) in cui la competizione si ha sul costo al ribasso del lavoro e disincentiva ogni fattore competitivo basato sulla riqualificazione del lavoro e sulla qualità del prodotto, sia esso un’opera o un servizio.

Avendo chiaro il contesto economico su cui si dispiega la nuova normativa è possibile adesso procedere ad esaminare le due norme: l’art. 2112 del codice civile, ultimo comma (così come modificato dall’art. 29 comma 2 del dlgs 276/2003) e l’art. 29 comma terzo del dlgs 276/2003.

### **3.1. La responsabilità solidale tra cedente dell’azienda e appaltatore: gli art. 2112 codice civile ultimo comma e l’art. 29 comma secondo del d.lgs. 276/2003**

---

<sup>116</sup> V. Speciale, Appalti e trasferimento d’azienda, in WP C.S.D.L.E “Massimo D’Antona” .IT – 41/2006

L'ultimo comma dell'art 2112 del codice civile prevede che nel caso in cui l'alienante stipuli con l'acquirente un contratto di appalto la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d'azienda oggetto della cessione, tra appaltante e appaltatore opera un regime di solidarietà di cui all'art. 29 comma 2 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n.276. In base all'art 29, comma secondo, il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore entro il limite di un anno dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e contributivi previdenziali dovuti.

Tale norma può essere compresa solo notando le differenze con quanto disposto sempre nell'art. 2112 del codice civile, ma nel secondo comma. Viene in questa norma statuito che cedente e cessionario sono obbligati in solido per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento. I due commi dell'art. 2112 del codice civile coprono due fattispecie differenti e non sovrapponibili<sup>117</sup>. Il secondo comma prevede una responsabilità solidale per tutti i crediti trasferiti precedentemente al mutamento della titolarità del ramo d'azienda. L'ultimo comma dell'art. 2112 e l'art. 29 della Riforma Biagi prevedono invece una responsabilità solidale per i crediti maturati successivamente al trasferimento che siano conseguenti alle prestazioni lavorative effettuate in esecuzione dell'appalto<sup>118</sup>. Questa previsione prevede quindi una tutela aggiuntiva rispetto a quella presente nel codice civile. Il

---

<sup>117</sup> C. Cester, Somministrazione, comando, appalto, trasferimento di azienda, IPSOA, Milano, 2004

<sup>118</sup> R. Romei, il trasferimento d'azienda e gli orientamenti della dottrina in AA.VV., trasferimento di ramo d'azienda e rapporti di lavoro- Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza( Quaderni di diritto del lavoro) 2, Giuffrè, Milano, 2005

medesimo lavoratore potrà utilizzare due differenti armi nei confronti di cedente (committente/appaltante) e cessionario (appaltatore) facendo valere due distinte forme di responsabilità. La prima, quella del secondo comma, anteriore, senza termini di decadenza. La seconda, quella dell'art. 29 del decreto Biagi prevede un termine di decadenza annuale. E' possibile anche in questo ambito rilevare una questione di compatibilità costituzionale in riferimento all'art. 3 della Costituzione<sup>119</sup>. Non si comprende infatti perché in un caso vi sia la previsione di un termine decadenziale che nell'altro caso manca. Inoltre non si è voluto garantire ai lavoratori coinvolti nell'appalto una tutela analoga prevista dall'art. 2112 per gli altri lavoratori sicuramente più favorevole. Come già sottolineato, (v. supra, par. 3) la nuova formulazione dell'art. 2112 del codice civile e la stretta interconnessione con la disciplina sugli appalti è stata pensata al fine di favorire le esternalizzazioni e abbassare i costi del lavoro. Una parte della dottrina<sup>120</sup> sottolinea come ormai, a seguito di queste modifiche, la disciplina codicistica in tema di trasferimento d'azienda sia passata da strumento pensato a tutela dei lavoratori a strumento invece volto a favorire la "frantumazione"<sup>121</sup> dell'impresa. La formulazione originaria dell'art. 2112 del codice civile prevedeva che la responsabilità solidale tra cedente e cessionario in caso di appalto connesso al trasferimento del ramo d'azienda fosse disciplinata dall'art. 1676 non essendo ancora stata formulata la peculiare forma di responsabilità solidale di cui all'art. 29 del Decreto Biagi. L'art.

---

<sup>119</sup> V. Speciale, Appalti e trasferimento d'azienda, *cit.*

<sup>120</sup> A. Maresca, commento dell'art. 32- Modifica dell'art. 2112, comma quinto del codice civile, in AA.VV., *il nuovo mercato del lavoro – Commentario*, coordinato da M. Pedrazzoli, Zanichelli, Bologna. 2004

<sup>121</sup> A. Perulli, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2003

1676 del codice civile dispone che coloro che hanno prestato la loro attività alle dipendenze dell'appaltatore, ai fini dell'esecuzione dell'opera o della prestazione del servizio, possono proporre azione diretta contro il committente per conseguire quanto da loro dovuto fino alla concorrenza del debito che il committente ha verso l'appaltatore. Diversamente, il nuovo regime di solidarietà ai sensi del secondo comma dell'art. 29 della Riforma Biagi prevede una responsabilità che era prevista originariamente per gli appalti aventi ad oggetto servizi e non opere. Il dlgs. 251/2004 ha modificato la disposizione prevedendo una parificazione di disciplina. Adesso la norma in esame si applica tanto per l'appalto in generale quanto nel caso in cui vi sia un appalto connesso ad un ramo d'azienda trasferito. Tale parificazione di situazioni va incontro alle critiche mosse nel momento in cui si procedette a elaborare l'art. 29 del dlgs 276/2003. Tali critiche si basavano sulla mancanza di giustificazione nella normativa tra situazioni del tutto analoghe paventando un rischio di incostituzionalità per violazione dell'art. 3 della Costituzione<sup>122</sup>. Gli stessi fautori di tali critiche hanno però ritenuto che la soluzione pensata dal legislatore nel 2004 risolva un problema ma ne crei al contempo un altro. E' infatti individuabile un profilo di incostituzionalità per eccesso di delega ai sensi dell'art. 76 della Costituzione. La legge 30/2003 che ha delegato il Governo ad elaborare la Riforma Biagi infatti prevedeva l'introduzione di un particolare regime di solidarietà tra appaltante e appaltatore, nei limiti di quanto disposto nell'art. 1676 del codice civile, per le ipotesi in cui il contratto di appalto sia connesso ad

---

<sup>122</sup> A. Maresca, commento dell'art. 32- Modifica dell'art. 2112, comma quinto del codice civile, *cit.*

una cessione di ramo d'azienda. Come visto, il legislatore, attraverso il dlgs 251/2004 ha previsto una formula di responsabilità differente rispetto a quella dell'art.1676 del codice civile. Le due forme di responsabilità si differenziano infatti sotto alcuni punti di vista. L'art. 1676 del codice civile non pone limiti temporali in relazione alla proposizione dell'azione ma introduce, come summenzionato, un limite quantitativo. Infatti, i dipendenti dell'appaltatore potranno rivendicare i propri diritti fino alla concorrenza del debito che il committente aveva nei confronti del datore di lavoro nel tempo in cui viene proposta la domanda giudiziale. L'art 29 nel secondo comma non prevede un limite quantitativo ma un limite temporale. L'azione potrà essere proposta dai lavoratori soltanto entro il termine di un anno dalla cessazione dell'appalto.

Anche alla luce del cambiamento operato è possibile rilevare un margine residuo di operatività dell'art. 1676 del c.c. Infatti l'ultimo comma dell'art. 29 del dlgs 276/2003 stabilisce che la responsabilità solidale non sussiste qualora il committente sia una persona fisica che non esercita attività di impresa o attività professionale. L'art. 1676 infatti parla genericamente di committente non pervenendo ad alcuna determinazione circa l'imprenditorialità o meno dello stesso. Alcuni autori<sup>123</sup> ritengono che la disposizione codicistica sia stata parzialmente abrogata dall'intervento della Riforma Biagi, che dunque troverebbe applicazione soltanto laddove il committente non sia un imprenditore. E' opportuno fornire risposta ad un'ulteriore

---

<sup>123</sup> A. Maresca, Commento all'art. 9 del dlgs 251/2004 correttivo dell'art. 32 del dlgs 276/2003, in AA.VV, inserito sulla correzione della c.d. Riforma Biagi, dlgs 6 ottobre 2004, n. 251, Zanichelli, Bologna, 2004

domanda. Come visto l'art. 29 comma secondo prevede un limite temporale di un anno per la proposizione dell'azione da parte dei lavoratori. Trascorso tale limite temporale è possibile esercitare l'azione ex art. 1676 del codice civile? A questa domanda va data risposta negativa. La dottrina è stata infatti chiara nell'escludere, parzialmente o totalmente, la possibilità di applicare la disposizione codicistica che dopo l'intervento della Riforma Biagi deve ritenersi abrogata.

Il secondo comma dell'art. 29 prevede inoltre la possibilità che la contrattazione collettiva possa operare una deroga alla disciplina. Attraverso il contratto collettivo è possibile migliorare il regime di responsabilità solidale legale<sup>124</sup>. L'atto negoziale collettivo può infatti apportare dei miglioramenti al regime di responsabilità previsto dalla legge; può intervenire sul termine legale annuale di decadenza allungandolo o eliminandolo e può ripristinare la parità di trattamento economico e normativo<sup>125</sup>.

La contrattazione collettiva potrebbe però ipoteticamente anche predisporre un regime giuridico peggiorativo rispetto alla disciplina legale. In tal senso potrebbe ipoteticamente prevedere dei limiti economici, quantitativi, alla risarcibilità o ridurre il limite annuale entro cui poter esercitare l'azione<sup>126</sup>. In questo caso però la riduzione del tempo per proporre l'azione non può essere tale da mettere in pericolo l'esercizio stesso del diritto. La

---

<sup>124</sup> V. Speciale, Appalti e trasferimento d'azienda, *cit*

<sup>125</sup> M. T.Carinci, Imberti L., la tutela dei lavoratori negli appalti dopo il dlgs 251/2004 in AA.VV. Commentario al D. lgs 10 Settembre 2003, n. 276, coordinato da F.Carinci, il "correttivo" alla legge di riforma del mercato del lavoro, Ipsoa, Milano, 2005

<sup>126</sup> V. Speciale, Appalti e trasferimento d'azienda, *cit*

giurisprudenza<sup>127</sup> ha individuato in sei mesi il termine di decadenza minimo che potrebbe essere previsto a seguito di un intervento “peggiorativo” della contrattazione collettiva. La deroga da parte del contratto collettivo troverebbe un ulteriore limite, non è possibile infatti limitare i diritti degli ausiliari dell’appaltatore verso il committente in base a quanto disposto nell’art. 1676 del codice civile. Vi è dunque un confine che non può essere superato dalle eventuali deroghe peggiorative della contrattazione collettiva<sup>128</sup>. Il contratto collettivo a cui la legge fa riferimento è certamente il contratto collettivo nazionale. La responsabilità solidale opera secondo la maggioranza della dottrina a prescindere dal tempo che intercorre tra il trasferimento del ramo e l’appalto. Non è individuabile alcun limite temporale e non è necessario che l’appalto sia immediatamente successivo al trasferimento. La possibilità di esercitare l’azione è concessa soltanto ai lavoratori che erano dipendenti presso il ramo trasferito e che adesso sono dipendenti dell’appaltatore. Non è configurabile infatti alcuna responsabilità solidale a favore delle maestranze assunte successivamente dall’appaltatore. In base alle normali regole sulle obbligazioni i lavoratori potranno esercitare un’azione diretta nei confronti del committente e senza la necessità di agire preventivamente nei confronti del datore di lavoro (appaltatore). Nel corso del giudizio non è richiesta la simultanea presenza dei due debitori. Il committente non potrà opporre ai lavoratori le eccezioni personali dell’appaltatore, ma solo quelle attinenti alle pretese economiche avanzate, il committente condannato al

---

<sup>127</sup> Cass. N. 11875/2003

<sup>128</sup> P. Chieco, Le nuove esternalizzazioni tra prestazioni di lavoro a favore dei terzi (somministrazione di lavoro, distacco) e appalto di servizi, *cit.*

pagamento potrà agire in azione di regresso nei confronti dell'appaltatore.

### **3.2. L'esclusione della disciplina del trasferimento d'azienda nella successione di appalti di opere e servizi**

Dopo aver concluso lo studio del profilo relativo alla responsabilità solidale tra committente e appaltatore si può intraprendere lo studio del secondo profilo relativo alla interconnessione tra la disciplina degli appalti e quella del trasferimento d'azienda. L'art 29 del Dlgs 276/2003 dispone nel suo terzo comma che l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola di contratto d'appalto non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda.

Questa disposizione copre delle ipotesi riscontrabili nel settore pubblico. Si tratta di appalti che sono svolti a favore dello Stato o di altri soggetti aventi una qualifica pubblica come le regioni, i comuni, le province. L'assegnazione dell'appalto avviene in questi casi attraverso procedure di evidenza pubblica<sup>129</sup>. Scaduto un contratto d'appalto ne viene stipulato un altro e vincitore può risultare un diverso appaltatore. In questi casi, al fine di evitare la perdita dei posti di lavoro dei lavoratori impiegati presso il precedente appaltatore, il capitolato di appalto o le clausole del

---

<sup>129</sup> A. Cianflone G. Giovanni . , l'appalto di opere pubbliche, Giuffrè editore, Milano, 2003

contratti collettivi prevedono l'obbligo dell'appaltatore che subentra di assumere i lavoratori già impiegati. In alcuni settori l'obbligo di assunzione deriva dalla legge stessa. In tutte queste peculiari ipotesi non trova applicazione l'art. 2112 con la conseguente elisione di tutte le tutele previste a favore dei lavoratori: la conservazione dei diritti maturati presso il precedente datore di lavoro, la responsabilità solidale, il divieto di licenziamento ecc. I lavoratori coinvolti, sebbene come visto conservino il proprio posto di lavoro, non si trovano tutelati sugli altri fronti giuridici che trovano invece una propria difesa nell'art. 2112 del codice civile. E' astrattamente ipotizzabile che sia lo stesso capitolato d'appalto, la legge o la contrattazione collettiva a prevedere tutele equivalenti rispetto a quelle riscontrabili nella disposizione codicistica, ma tale possibilità è rimessa ai singoli casi non potendo riscontrare alcuna astrattezza o generalità in queste previsioni. Una parte della dottrina<sup>130</sup> ha sostenuto la superfluità della previsione normativa contenuta nel terzo comma dell'art. 29 della Legge Biagi. Questi hanno ritenuto infatti che l'art. 2112 trova applicazione soltanto quando il mutamento nella titolarità dell'azienda è conseguenza di un accordo diretto tra cedente e cessionario a prescindere dallo strumento negoziale utilizzato, nel caso della successione di appalti non vi è un contatto diretto tra cedente e cessionario in quanto vi è il ruolo determinante dell'appaltante (Stato, ente pubblico), per tanto in base a questa ricostruzione, l'art. 2112 non potrebbe mai trovare

---

<sup>130</sup> E. Gragnoli, contratti di appalto di servizi e trasferimento di azienda in AA. VV, Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro- dialoghi tra dottrina e giurisprudenza (quaderni di diritto del lavoro) 2, Giuffrè, Milano., 2004.

applicazione<sup>131</sup>. Non è condivisibile questa interpretazione in quanto alla luce della giurisprudenza comunitaria il trasferimento d'azienda è applicabile (v. Cap. 1) anche nel caso in cui non vi è un contatto diretto tra cedente e cessionario. A conferma di ciò si noti come nella stessa formulazione dell'art. 2112 del codice civile è espressamente contenuto il riferimento al “provvedimento” come fonte produttiva del trasferimento d'azienda. La successione di diversi soggetti nell'appalto potrebbe quindi costituire in molti casi un trasferimento d'azienda. Si vede dunque come l'esclusione operata nell'art. 29 del dlgs 276/2003 è un'operazione tutt'altro che superflua<sup>132</sup>.

La funzione derogatoria della disposizione legislativa in esame opera nell'ipotesi in cui il nuovo appaltatore subentrante utilizza la medesima struttura organizzativa del precedente titolare del contratto di appalto e quindi sarebbe obbligato, in quanto vi è un mutamento della titolarità dell'attività economica ai sensi dell'art. 2112 del codice civile, ad acquisire il personale impiegato precedentemente. In questo caso la disposizione del codice civile sul trasferimento d'azienda non trova applicazione.

Tale disciplina legale derogatoria sembra però porsi in contrasto con la costante giurisprudenza comunitaria che ha più volte sottolineato come anche in assenza dell'utilizzo della medesima struttura organizzativa da parte del nuovo appaltatore è possibile riscontrare un trasferimento d'azienda. La giurisprudenza

---

<sup>131</sup> C. Cester, il trasferimento di azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme di organizzazione dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa? In AA.VV., commentario al dlgs 276/2003 coordinato da F. Carinci a cura di M. T. Carinci e C. Cester, somministrazione, comando, appalto, trasferimento di azienda, Ipsoa, Milano, 2004

<sup>132</sup> V. Speciale, Appalti e trasferimento d'azienda, *cit.*

successiva all'entrata in vigore della Riforma Biagi ha confermato l'orientamento per cui la successione di un'impresa ad un'altra, a seguito di una nuova gara, nella gestione con propria organizzazione di un servizio affidato in appalto non costituisce trasferimento d'azienda ai sensi dell'art. 2112 del codice civile<sup>133</sup>. Questa infatti esclude già da tempo la possibilità di inquadrare nella fattispecie del trasferimento d'azienda la successione di un imprenditore ad un altro nella successione d'appalto perché in siffatta ipotesi non si verifica il passaggio di un complesso di beni organizzati tra il vecchio e il nuovo imprenditore<sup>134</sup>.

#### **4. La tutela del lavoratore ereditato nel cambio di gestione di appalti labour intensive**

In questo paragrafo si affronterà un problema strettamente connesso con la previsione di cui all'art. 29 terzo comma del dlgs 276/2003 che come analizzato esclude la fattispecie del trasferimento di azienda in caso di cambio di gestione di un appalto labour intensive. In queste circostanze viene alla luce una problematica sulla quale la normativa attualmente in vigore pecca nell'individuare soluzioni chiare. La continuità lavorativa e la garanzia dei livelli occupazionali deve tenere conto di tutti gli interessi coinvolti. Questa, a differenza del regime sulla solidarietà (v. par. 3.1) non è stata disciplinata, bisogna quindi andare a capire quali sono le possibili forme di tutela processuale e sostanziale della continuità

---

<sup>133</sup> App. Lecce 19 Gennaio 2008

<sup>134</sup> Cass, 13 Gennaio, 2005, n. 493

lavorativa dei lavoratori “ereditati” in caso di cambio di gestione di un appalto tenendo conto della possibilità che queste si scontrino con gli interessi di altri lavoratori non coinvolti nel trasferimento ma portatori di un diritto nei confronti del nuovo appaltatore<sup>135</sup>.

Prima di procedere alla risoluzione di questo interrogativo è opportuno partire dalla fattispecie giuridica di riferimento che è quella di un genuino appalto di servizi in cui un appaltatore succede ad un altro nei confronti di un ente pubblico (v. par. 3.2). La possibilità che questo appalto venga configurato come un trasferimento d’azienda pone delle preoccupazioni nei confronti dell’appaltatore subentrante. Questi infatti non vuole correre il rischio di dovere rispondere in quanto obbligato in solido delle obbligazioni assunte dal precedente appaltatore nei confronti dei lavoratori “ereditati”. Non vuole farsi carico del TFR (trattamento di fine rapporto) maturato alle dipendenze dell’altro appaltatore. Non vuole riconoscere ai lavoratori “ereditati” trattamenti economici ad personam o un inquadramento che sia difforme rispetto alle mansioni che effettivamente andrà a svolgere. Nel caso in cui mutino le condizioni dell’appalto non vuole essere costretto a prendersi carico di tutti i lavoratori “ereditati” dal precedente appaltatore. Per evitare questi rischi il nuovo appaltatore vuole ergere uno scudo tra lui e il precedente appaltatore evitando ogni collegamento diretto. Il primo appaltatore procede con un atto di licenziamento e il nuovo appaltatore procede a stipulare un nuovo contratto di lavoro con i lavoratori coinvolti. Da questa situazione derivano talune complicità di cui bisogna tener conto. I

---

<sup>135</sup> D. Buoncristiani, Forme di tutela del lavoratore “ereditato” nel cambio di gestione di appalti labour intensive, in *Rivista di Diritto del Lavoro*, 2007.

licenziamenti effettuati dal primo appaltatore vengono considerati come conseguenza patologica della perdita dell'appalto che determina una riduzione o una trasformazione dell'attività e del lavoro. Tutto ciò comporta, nel caso in cui vengano licenziate più di 5 persone in un'impresa che occupa più di 15 dipendenti, la necessità di operare un licenziamento collettivo e l'obbligo di attenersi alla procedura prevista dall'art. 4 della l. 223/1991. L'impresa committente e il nuovo appaltatore non possono attendere l'esito della procedura per riprendere la propria attività e dunque vi è un rischio per l'effettiva tutela dei posti di lavoro. Il lavoratore assunto dal nuovo appaltatore ha la possibilità di impugnare il precedente licenziamento e cumulare la tutela collettiva con la tutela legale nonostante la sua assunzione presso il secondo appaltatore sia frutto del licenziamento da parte del precedente appaltatore. Vi è inoltre, in caso di perdita di un appalto e successiva acquisizione di altro appalto, un possibile contrasto tra l'obbligo pattizio di assumere i lavoratori "ereditati" dal precedente appaltatore e l'obbligo di *repechage* del lavoratore precedentemente licenziato per la perdita di appalto. Nel caso in cui si sia di fronte ad un lavoratore assunto per la sostituzione di un altro lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto è necessario stabilire se il diritto all'assunzione spetti sia al lavoratore sostituito che a quello che lo sostituisce o se va assunto soltanto quest'ultimo in quanto effettua la prestazione al momento del cambio d'appalto. Inoltre nel caso in cui si verifichi l'impossibilità dell'impresa subentrante di prendere in carico tutti i lavoratori "ereditati" per modifica delle condizioni d'appalto vi è un conflitto tra pretendenti il posto di lavoro non regolato. Ci troviamo dunque di fronte alla

necessità di trovare un punto di equilibrio tra l'esigenza dei lavoratori impiegati nell'appalto a far valere la loro continuità del rapporto di lavoro alle dipendenze del nuovo appaltatore e l'interesse del nuovo appaltatore di poter esser libero di non assumere determinati lavoratori e di non dover rispondere in sede giudiziaria delle negligenze del precedente appaltatore. L'assenza di una normativa che disciplini la materia può tradursi, in mancanza di una previsione pattizia, in un vuoto di tutela o in presenza di questa in un eccesso di tutela in quanto i lavoratori potrebbero cumulare tutela pattizia e tutela legale contro il licenziamento del primo appaltatore. Sul tema la Corte di Cassazione<sup>136</sup> ha proceduto nell'elaborazione di due opposti orientamenti. In una sentenza ha statuito che l'assunzione presso il nuovo appaltatore, prevista da fonti pattizie, non implica acquiescenza nei confronti del licenziamento e dunque legittima ad impugnare quest'ultimo<sup>137</sup>. In un'altra sentenza<sup>138</sup> ha invece elaborato un orientamento opposto statuendo che non è ammissibile l'impugnativa del licenziamento da parte di una lavoratrice che gestisce in appalto un servizio di ristorazione alla quale è subentrata un'altra ditta appaltatrice che ha provveduto all'assunzione dei lavoratori della precedente azienda. La Corte ha ritenuto che l'accettazione dell'assunzione equivale ad un'acquiescenza del licenziamento. A seguito di questi orientamenti difformi da parte della Corte di Cassazione si vede come sono molti gli interrogativi a cui è necessario dare una risposta a livello processuale. Occorre stabilire se il lavoratore non assunto possa avere una tutela in forma specifica (richiedendo l'assunzione)

---

<sup>136</sup> L. Valente, Commento a Cass, 24 Febbraio 2006, n. 4166, in RGL, 2006

<sup>137</sup> Cass. N. 4166, 24 Febbraio 2006.

<sup>138</sup> Cass, N. 14824, 18 Ottobre 2002

ovvero soltanto risarcitoria. Se è configurabile una facoltà di scelta tra l'una e l'altra. Se è possibile agire in via cautelare. Occorre verificare cosa accade nel caso in cui il lavoratore non assunto pretende l'assunzione e vi siano più pretendenti lo stesso posto di lavoro e dunque vi sia una situazione di litisconsorzio necessario nei confronti di tali lavoratori.

#### **4.1. Tutela risarcitoria o adempimento coattivo?**

Cosa accade se il lavoratore che ha diritto ad essere assunto dal nuovo appaltatore non si vede riconosciuto questo diritto da parte del datore di lavoro? Ha diritto a chiedere giudizialmente l'adempimento coattivo oppure può trasformare la sua richiesta in diritto al risarcimento del danno subito? In assenza di una disciplina giuridica che regoli la fattispecie specifica è necessario utilizzare il bagaglio giuridico messo a disposizione dal codice civile<sup>139</sup>. Nelle obbligazioni l'inadempimento dell'obbligato causa la trasformazione del diritto leso in diritto al risarcimento dei danni nel caso in cui non è possibile l'adempimento coattivo. Tale impossibilità può essere causata da diverse ragioni: è possibile che vi sia la prevalenza di una situazione di un terzo o ci si trovi semplicemente dinnanzi a obblighi infungibili. La dottrina civilistica<sup>140</sup> esemplifica questi due casi nella fattispecie della doppia vendita immobiliare con trascrizione effettuata per primo dal

---

<sup>139</sup> D. Buoncristiani, *Forme di tutela del lavoratore "ereditato" nel cambio di gestione di appalti labour intensive*, *cit.*

<sup>140</sup> Torrente, Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè editore, 2011

secondo acquirente in buona fede e nel caso dell'artista che non si presenta allo spettacolo. Nel caso in esame l'adempimento coattivo è certamente possibile. L'obbligo di assunzione del datore di lavoro è fungibile, questi è infatti tenuto a pagare la retribuzione successivamente alla costituzione del rapporto di lavoro. Il diritto al risarcimento del danno potrebbe prendere il sopravvento soltanto in due ipotesi residuali: l'incompatibilità con l'assunzione di un altro lavoratore e un conflitto tra pretendenti causato dall'art. 15, sesto comma, l. 264/1949 così come modificato dall'art. 6, quarto comma, dlgs 297/2002 in base al quale i lavoratori licenziati per riduzione del personale hanno la precedenza nella riassunzione presso l'azienda nei successivi sei mesi.

In base alla prima ipotesi occorre affrontare il problema tanto sul versante sostanziale che su quello processuale. E' necessario chiedersi a livello sostanziale se la proposizione e l'eventuale accoglimento della domanda di adempimento coattivo possa travolgere il diritto al contratto di un altro pretendente. Nel caso in cui si dia risposta affermativa a questa domanda, sul versante processuale si determinerà un problema di litisconsorzio necessario<sup>141</sup>. Considerando la presenza dello ius variandi del datore di lavoro e il diritto del lavoratore a svolgere mansioni equivalenti rispetto a quelle per cui è stato assunto o mansioni superiori nel caso in cui sussistano comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive, si deve ritenere che l'adempimento non presuppone la demolizione del posto di lavoro del lavoratore assunto dal datore di lavoro al posto del soggetto che richiede la tutela. Il datore di lavoro

---

<sup>141</sup> L'istituto processuale del Litisconsorzio necessario è posto nell'interesse dell'attore allorché la tutela richiesta non può essere data se non sia dotata di effetti anche nei confronti del terzo che per tale motivo deve partecipare alla causa.

potrà avvalersi dell'istituto processuale della chiamata in causa dell'altro lavoratore assunto al fine di giustificare l'attribuzione di altre mansioni al lavoratore ereditato<sup>142</sup>. Un'altra problematica connessa a quella appena affrontata si può verificare quando un imprenditore procede a licenziare un lavoratore per perdita di un appalto, succede successivamente in un appalto ed è tenuto ad assumere il lavoratore "ereditato". In questo caso non possiamo rilevare un vero e proprio conflitto tra pretendenti ma soltanto una prova presuntiva della mancanza di un giustificato motivo per il licenziamento precedentemente intimato. Il datore di lavoro potrebbe giustificare il primo licenziamento sulla base dell'impossibilità di adibire il lavoratore licenziato ad altre mansioni e potrebbe dimostrare che eventuali posti adibiti a mansioni equivalenti erano assegnati ad altri lavoratori. Potrebbe inoltre dimostrare che il licenziamento era giustificato in quanto nel momento in cui è stato effettuato la possibilità che venisse "vinto" un nuovo appalto era soltanto probabile ma non sicura<sup>143</sup>.

La seconda ipotesi di conflitto tra pretendenti riguarda, come summenzionato, l'applicazione dell'art. 15 sesto comma della l. 264/1949 così come modificata dall'art. 6, quarto comma, dlgs 297/2002 in base alla quale i lavoratori licenziati per riduzione di personale hanno la precedenza nella riassunzione presso la medesima azienda entro sei mesi. L'ipotesi è peculiare in quanto è caratterizzata dalla totale assenza di dati normativi a sostegno. In questo caso il lavoratore licenziato a seguito della perdita dell'appalto potrebbe non aver impugnato il licenziamento in

---

<sup>142</sup> D. Buoncristiani, *Forme di tutela del lavoratore "ereditato" nel cambio di gestione di appalti labour intensive*, *cit.*

<sup>143</sup> Cass, n.8531, 12 Aprile 2006

quanto lo riteneva legittimo. Successivamente all'aggiudicazione dell'appalto, entro i sei mesi, vuole poter esercitare la propria prelazione legale concessagli dalle l. 265/1949. Questo lavoratore si troverà in conflitto con i lavoratori ereditati, i quali avranno però un diritto non di fonte legale ma di fonte pattizia. Bisogna stabilire sul livello pratico quale dei due lavoratori il datore di lavoro è tenuto ad assumere. Sul versante del diritto processuale se vi sia o meno un litisconsorzio necessario. Se a livello sostanziale si ritiene che il diritto di fonte legale all'assunzione prevalga su quello pattizio si avrà sul lato processuale un litisconsorzio necessario. Se no, come nella prima ipotesi, tenendo conto dello *ius variandi* il datore chiamerà semplicemente in causa il lavoratore ai fini di giustificare l'assegnazione di altre mansioni equivalenti o un licenziamento per riduzione del personale.

Si vede dunque come tanto nella prima, quanto nella seconda ipotesi la tutela di adempimento è possibile. Ma potrà il lavoratore rinunciarvi e richiedere una tutela risarcitoria? L'art. 1453 enuncia che il contraente adempiente possa scegliere tra la richiesta di adempimento e quella di risoluzione del contratto con conseguente risarcimento derivante dall'inadempimento. Risulta arduo secondo la dottrina<sup>144</sup> riconoscere tale diritto in capo al lavoratore. Il lavoratore infatti, attenendosi alle disposizioni del codice civile, dovrebbe restituire tutto ciò che ha ricevuto in base al contratto ed ottenere il risarcimento. Non sarebbe dunque una soluzione senza costi. Inoltre appare difficile quantificare l'entità del risarcimento proprio per la particolarità stessa del contratto di lavoro. Tale

---

<sup>144</sup> D. Buoncristiani, Forme di tutela del lavoratore "ereditato" nel cambio di gestione di appalti labour intensive, *cit.*

contratto com'è noto è caratterizzato dalla presenza di un'obbligazione sinallagmatica per cui il lavoratore presta la propria attività e riceve la retribuzione. Ma è difficile quantificare un'entità di risarcimento dei danni se il lavoratore non offre le proprie prestazioni in quanto è escluso anche il dovere da parte del datore di lavoro a corrispondere la propria retribuzione.

#### **4.2. Tutela Costitutiva o tutela cautelare?**

Non essendovi più dubbi circa la possibilità che il lavoratore possa agire in giudizio chiedendo un adempimento coattivo nei confronti del datore di lavoro che non rispetti l'obbligo negoziale di assunzione è opportuno verificare se in capo al lavoratore è possibile riconoscere una tutela cautelare ex art. 700ss del codice di procedura civile. Se questo non fosse possibile gli effetti della tutela si produrrebbero soltanto nel momento in cui passa in giudicato la sentenza. Chiaramente le due ipotesi considerate presentano delle profonde differenze sul piano d'applicazione pratico. Per dirimere con consapevolezza il dubbio posto è opportuno ricordare quando la tutela è costitutiva e quando è reale in base agli istituti processualcivilistici. Si ha una tutela costitutiva quando l'intervento del giudice è necessario per determinare la fattispecie, le parti senza l'intervento del giudice non potrebbero conseguire autonomamente l'effetto sostanziale. Nel caso della tutela cautelare si ha una situazione opposta a quella appena considerata in quanto l'autonomia privata potrebbe, a prescindere dal passaggio in

giudicato della sentenza, produrre effetti dal punto di vista sostanziale. Nel caso in esame l'intervento del giudice non è l'unico che può determinare la produzione di quegli effetti sostanziali che il lavoratore richiede. Anzi, l'intervento del giudice rappresenta una situazione patologica del mancato rispetto di un obbligo negoziale che poteva ben essere adempiuto spontaneamente dal datore di lavoro. Con il proprio intervento il giudice accerta l'inadempimento datoriale e riconosce in capo al lavoratore il diritto al rapporto di lavoro. La sentenza è volta a riconoscere al lavoratore un diritto che gli è proprio dal momento in cui aveva diritto all'assunzione e non dal momento in cui questa passa in giudicato. Il provvedimento giudiziario ha dunque un'efficacia retroattiva ed è quindi ammissibile una tutela cautelare.

## **5. Casi peculiari del trasferimento d'azienda: tra legislazione e giurisprudenza italiana.**

Concluso l'esame della cornice giuridica nazionale relativa al trasferimento d'azienda ci si può concentrare su alcune discipline peculiari della materia in esame. Il rapido modificarsi dei grandi complessi aziendali e le opere di privatizzazione hanno portato in questi ultimi anni il legislatore a formulare nuove soluzioni giuridiche. L'architetto delle leggi è però talvolta incorso in alcuni infortuni giuridici nell'elaborazione dei testi normativi che fanno dubitare circa la legittimità delle proprie scelte sul piano comunitario. Saranno oggetto d'esame il Caso "Alitalia", il trasferimento d'azienda e successione d'appalti nei servizi

aeroportuali, e il trasferimento d'impresa bancaria in liquidazione coatta amministrativa. Nel primo caso sarà il materiale legislativo accumulato e il contesto storico ed economico a rappresentare la cartina di tornasole. Il caso Alitalia rappresenta infatti un peculiare esempio di una disciplina non lineare e convulsa del legislatore in relazione alla morbosità e alla crisi delle aziende soggette a trasferimento<sup>145</sup>.

Nel secondo e nel terzo caso saranno invece due distinte pronunce della giurisprudenza a fornire prezioso materiale di studio.

### **5.1. Il Caso “Alitalia”: Tra deroghe alla disciplina codicistica e dubbi di compatibilità al dettato comunitario**

La disciplina legislativa oggetto d'esame trova le sue radici storiche dagli inizi degli anni 90 dello scorso secolo sebbene il materiale giuridico relativo è stato emanato dal 2008 in poi. Al fine di avere contezza del quadro in cui tale disciplina si innesta e delle profonde connessioni con la disciplina nazionale sul trasferimento d'azienda è opportuno dare conto delle coordinate storiche più recenti<sup>146</sup>.

La nota querelle economica, politica e sociale del Caso “Alitalia” rappresenta un caso di privatizzazione di un complesso aziendale pubblico in forte crisi da molti anni. L'esigenza di creare un nuovo vettore aereo nazionale con capitale privato nasce dalla grave crisi in cui si erano venuti a trovare due grandi vettori aerei italiani:

---

<sup>145</sup> S. Nappi, Il sistema delle tutele dei lavoratori nella vicenda traslativa dell'azienda Alitalia, in *il Diritto del mercato del lavoro*, n. 1 p. 47-57, 2009

<sup>146</sup> M. Marazza e F. Micheli, le relazioni industriali come fattore di competitività: il caso della privatizzazione Alitalia, in *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2009

Alitalia (società pubblica), Airone (società privata). La risoluzione della crisi avvenne attraverso la creazione di un nuovo vettore aereo nazionale a capitale privato, il CAI (Compagnia Aerea Italiana SpA). Per far sì che il neo costituito soggetto societario privato non si ritrovasse in eredità i debiti e le problematiche strutturali dei due soggetti in crisi venne posta in essere una procedura che consentiva la creazione di una bad company e di una good company. Soltanto la seconda sarebbe stata trasferita al CAI. Si comprende dunque come in un quadro come quello esaminato il legislatore avesse percepito la necessità di approntare una specifica normativa di settore che derogasse in qualche modo alle disposizioni dell'art. 2112 del codice civile consentendo l'effettuazione di operazioni altrimenti impraticabili.

La vicenda Alitalia ha ruotato principalmente intorno all'oggetto dell'attività di impresa e nella selezione degli asset industriali da trasferire. Tutto ciò ha comportato riflessi immediati sulla stabilità occupazionale che fino a quel momento era stata garantita dalla nostra compagnia di bandiera.

Attraverso il decreto legge 28 Agosto 2008 n. 134, successivamente convertito in legge 27 Ottobre 2008 n. 166, il legislatore ha introdotto la possibilità di operare il trasferimento per le grandi imprese che operano nel settore dei servizi essenziali anche in base a trattativa privata. Sono stati dimezzati i tempi del procedimento di informazione e consultazione previsto dall'art. 47 comma 1 della legge 428/1990 (v. supra par 1.2). Il legislatore inoltre ha previsto un regime derogatorio rispetto alla disciplina del trasferimento delle

strutture aziendali coinvolte<sup>147</sup>. La riforma operata ha modificato la disciplina del decreto legge 347/2003<sup>148</sup> mutando in maniera significativa le regole con le quali si può operare il trasferimento dei complessi aziendali coinvolti. A differenza del passato, in caso di infruttuoso esaurimento delle consultazioni sindacali il Commissario (nominato per gestire l'azienda in crisi e curarne il trasferimento) e il cessionario possono concordare direttamente il trasferimento anche solo parziali dei complessi aziendali, provvedendo a costituire i relativi rami d'azienda e ad individuare i lavoratori che transitano alle dipendenze dell'acquirente<sup>149</sup>. Il trasferimento parziale può realizzarsi, in base a quanto statuito dall'art. 1 comma 13 del dl 134/2008, previa collocazione in cassa integrazione guadagni straordinaria o licenziamento e riassunzione del relativo personale da parte del cessionario. Per i lavoratori che sono rimasti esclusi dal trasferimento presso il cessionario, è stata prevista la possibilità di essere ricollocati in cassa integrazione per il periodo residuo del quadriennio. Questo è possibile in caso di assunzione presso imprese terze, seguita da un successivo licenziamento per giustificato motivo oggettivo o riduzione del personale. E' stato poi previsto dal decreto legge numero 185 del 2008, convertito in legge numero 2 del 2009 che le operazioni di cessione dei complessi aziendali, o nel caso di società del settore

---

<sup>147</sup> R. Bollini, Protezione del lavoro nel trasferimento d'azienda: il d.l. 135/2009 e il c.d. Caso Alitalia alla luce della disciplina comunitaria, in *Rivista Italiana del diritto del lavoro*, 2010

<sup>148</sup> Il Decreto Legge 347/2003 è stato convertito in legge 39/2004 e rappresenta una modifica alle C.D. leggi Prodi e Prodi Bis previste i grandi complessi aziendali in crisi. Tale decreto legge fu emanata in occasione della Riforma Parmalat. In quella occasione però la crisi era di origine finanziaria e il legislatore non intervenne sul sistema di disciplina delle aziende coinvolte. Essa rappresenta un caso peculiare della legislazione d'emergenza in tema economico, che in barba al principio di astrattezza e generalità della legge, ha caratterizzato gli ultimi 10 anni della storia legislativa del nostro paese.

<sup>149</sup> S. Nappi, Il sistema delle tutele dei lavoratori nella vicenda traslativa dell'azienda Alitalia, *cit.*

dei servizi essenziali, di cessione di complessi di beni e contratti, poste in essere in vista della liquidazione dei beni del cedente, non possono essere considerate in ogni caso trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda ai sensi dell'art. 2112 del codice civile.

Dalla lettura di tali disposizioni si vede con estrema trasparenza che le parti imprenditoriali anche in assenza di un accordo con le organizzazioni sindacali possano liberamente spezzettare<sup>150</sup> l'azienda, individuare un ramo d'azienda senza la necessità che questo preesista. E' sufficiente a tal fine un'autonomia funzionale anche soltanto potenziale. La normativa è perfettamente in linea con quanto è stato statuito dal legislatore del 2003 in occasione della Riforma Biagi (v. par. 2.2). Bisogna individuare la lettura maggiormente perseguibile in relazione alla possibilità summenzionata che è stata attribuita a Commissario e cessionario di identificare i lavoratori coinvolti. Non pare opportuno poter ritenere che la legge abbia attribuito con massima discrezionalità la possibilità ai due soggetti imprenditoriali di scegliere le maestranze interessate. La norma ha voluto attribuire loro la possibilità di operare una semplice ricognizione del personale che è stato addetto al segmento produttivo al fine di poterlo ricollocare presso il cessionario. In base a questa normativa è stato possibile garantire il passaggio presso CAI degli asset industriali dotati ancora di potenzialità economica. La bad company è stata invece caricata sulle spalle dello Stato.

Il complesso delle norme con cui si è proceduto al salvataggio di Alitalia non ha mancato di destare interrogativi circa la sua compatibilità con le direttive europee in materia. Come

---

<sup>150</sup> R. Bollini, Protezione del lavoro nel trasferimento d'azienda: il d.l. 135/2009, *cit.*

precedentemente analizzato il legislatore comunitario nelle riforme operate nel 1998 e nel 2001 ha seguito il solco giurisprudenziale formato in assenza di una specifica disciplina in materia. (Vedi Cap. 1) E' stato ribadito dalla giurisprudenza della CGUE prima e poi regolato dal legislatore comunitario che nell'ambito delle crisi aziendali la semplice continuazione dell'attività di impresa toglie una giustificazione al fatto che i lavoratori vengano privati dei diritti che a loro sono stati attribuiti dalla direttiva. La disciplina della legge 185 del 2008 può essere ritenuta compatibile con la disciplina comunitaria soltanto se è possibile qualificare la speciale procedura come liquidatoria dei beni del cedente<sup>151</sup>. Al fine di verificare se tale finalità sia individuabile è opportuno segnalare come la disciplina sull'amministrazione straordinaria d'impresa nel nostro ordinamento ha avuto come fine quello di riconoscere nell'impresa un autonomo centro di imputazione la cui vita non prescinde da quella dell'imprenditore. Lo si comprende anche verificando gli ampi poteri che sono attribuiti al commissario. L'opera del commissario è quella di salvaguardare quel complesso di beni e soprattutto persone che prescindono ormai dall'attività di impresa esercitata precedentemente dall'imprenditore ex art. 2082 del codice civile. Da queste considerazioni è chiaro che l'attività in esame sia ben lontana dall'essere individuata come un'attività che ricerca finalità liquidatorie. Anzi è chiaro come essa miri a favorire una futura ripresa attraverso la sua collocazione nel mercato. Il nostro paese rischia, qualora il giudice comunitario dovesse essere chiamato in causa, una condanna per violazione della normativa

---

<sup>151</sup> S. Nappi, 2009, Il sistema delle tutele dei lavoratori nella vicenda traslativa dell'azienda Alitalia, *cit.*

comunitaria in materia di mantenimento dei diritti dei lavoratori coinvolti nel trasferimento d'azienda. I giudici nazionali, chiamati eventualmente in causa dai lavoratori che non sono stati individuati ai fini del trasferimento, potrebbero invece procedere alla disapplicazione della normativa in quanto non compatibile col diritto comunitario e all'applicazione dell'art. 2112 del codice civile.

## **5.2. Trasferimento d'azienda e successione di appalto nei servizi aeroportuali.**

Abbiamo già analizzato come la disciplina giuridica in tema di appalti e quella in tema di trasferimento d'azienda siano fortemente connesse (v. supra, par. 3). La situazione si complica quando si innescano discipline peculiari, come quelle relative agli appalti nei servizi aeroportuali, che mettono alla luce in maniera ancora più evidente le problematiche relative. La sentenza in esame rappresenta un valido esempio su come la nostra giurisprudenza interna ha affrontato il tema della riconduzione o meno della successione degli appalti all'art. 2112 del codice civile. La vicenda in esame<sup>152</sup> nasce a seguito della successione di un appalto di servizi presso l'aeroporto militare di Sigonella. Un consorzio era succeduto nell'appalto ad una società per azioni nella gestione del servizio aeroportuale di assistenza a terra nella base militare. Il pretore di Giarre, a seguito del ricorso presentato da un dipendente della società appaltatrice uscente, riteneva che nel caso in esame

---

<sup>152</sup> Cass, sez. lav., 13 Gennaio 2005, n. 493

non potesse essere configurato un trasferimento d'azienda ai sensi dell'art. 2112 del codice civile. La Corte di appello di Catania invece ribaltava quanto disposto nel primo grado del giudizio riconoscendo al lavoratore ricorrente tutte le tutele derivanti dall'applicazione della disciplina codicistica sul trasferimento di azienda. La Corte di Cassazione<sup>153</sup> successivamente interpellata confermava l'orientamento del giudice di secondo grado rilevando nel caso di specie un trasferimento d'azienda. La peculiarità del caso si può rilevare in relazione a due concomitanti fattori: da un lato la possibilità di risolvere il caso in base a due norme diverse come il quinto comma dell'art. 2112 del codice civile e l'art. 29 comma terzo del dlgs 276/2003 (vedi supra, par. 2 e par. 3). Queste norme possono facilmente sovrapporsi<sup>154</sup> e destare problemi circa la loro applicabilità.

Tale compatibilità è stata ricercata in dottrina in base a due diverse tesi. La prima tesi<sup>155</sup> faceva perno sulla difficile conciliazione della nostra normativa interna con la giurisprudenza comunitaria. La seconda tesi<sup>156</sup> invece, prescindendo da essa, riconosceva la compatibilità delle due norme a patto che fra i due appaltatori non si verificasse una cessione di beni materiali o immateriali. In base a questo secondo orientamento l'azienda si trasferisce soltanto con il trasferimento dell'attività economica<sup>157</sup>. I giudici di legittimità nella sentenza in esame hanno sicuramente valorizzato la prima tesi.

---

<sup>153</sup> Cass, sez. lav., 13 Gennaio 2005, n. 493

<sup>154</sup> M. Rosano, trasferimento d'azienda e successione d'appalto nei servizi aeroportuali, due discipline incompatibili? In RIDL, 2005

<sup>155</sup> G. Santoro Passarelli, Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro, *cit.*

<sup>156</sup> L. Menghini, l'attuale nozione di ramo d'azienda, in LG, 2005, n.5

<sup>157</sup> A. Perrino, Appalto di servizi ed internazionalizzazione, in G. Santoro Passarelli e R. Foglia (a cura di) La nuova disciplina del trasferimento d'impresa. Commento al D. lgs 2 Febbraio 2011 n. 18, IPSOA, Milano, 2002, pp. 59 ss.

Hanno infatti operato una lettura della fattispecie totalmente concordante con il dettato legislativo comunitario seguendo quel postulato giurisprudenziale (v. cap. 1) in base al quale non è necessario che esistano rapporti contrattuali diretti tra cedente e cessionario perché si possa configurare un trasferimento d'azienda. Tale vicenda giudiziaria desta elementi di peculiarità per la speciale disciplina contenuta nel dlgs 18/1999, l'art. 14 di tale decreto legislativo al suo secondo comma statuisce che “salva restando l'ipotesi di trasferimento di ramo d'azienda, ogni trasferimento di attività concernente una o più categorie di servizi di assistenza di terra comporta il passaggio del personale, individuato dai soggetti interessati d'intesa con le organizzazioni sindacali dei lavoratori, dal precedente gestore del servizio stesso al soggetto subentrante in misura proporzionale alla quota di traffico o attività acquisita”. L'Italia ha subito una condanna in sede comunitaria per non aver rispettato con tale normativa l'art. 18 della Direttiva europea che regola l'accesso al mercato dei servizi di terra negli aeroporti della comunità (Direttiva n.96/67/CE). Tale articolo statuisce che gli Stati Membri possono adottare le misure necessarie per garantire la tutela dei diritti dei lavoratori e il rispetto dell'ambiente. I giudici comunitari hanno ritenuto che l'Italia attraverso il dlgs 18/1999 ha reso oltremodo difficile l'accesso al mercato dei servizi di assistenza di terra dei nuovi prestatori di servizi in quanto questi sono obbligati a riassumere il personale impiegato dal precedente cessionario mettendo in discussione la riduzione dei costi dei servizi e il regime di protezione della libera concorrenza. Tale pronuncia della Corte europea non è direttamente connessa con il caso in esame in cui ci si trova dinnanzi ad un aeroporto

militare e non ad un aeroporto civile. Essa risulta essere però utile per comprendere le particolarità derogatorie della disciplina in tema di successione di appalti nei servizi aeroportuali.

### **5.3. Il trasferimento di impresa bancaria in liquidazione coatta amministrativa: coesistenza di norme speciali e disciplina generale**

L'ultimo caso dotato di particolarità oggetto di trattazione riguarda il trasferimento di impresa bancaria in liquidazione coatta amministrativa. Nel caso giurisprudenziale oggetto d'esame la Corte di Cassazione<sup>158</sup>, smentendo un proprio precedente, ha rilevato la non applicabilità dell'art. 2112 del codice civile nel caso di un'impresa bancaria in liquidazione coatta amministrativa. L'art. 90 secondo comma del dlgs 385/1993 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia) prevede che il cessionario è tenuto a rispondere delle passività risultanti dallo stato passivo. I commissari, in base a tale articolo, con il parere favorevole del comitato di sorveglianza e previa autorizzazione della Banca d'Italia, possono cedere le attività e le passività, l'azienda, i rami d'azienda nonché i beni e i rapporti giuridici individuabili in blocco. In tal modo si persegue l'obiettivo di effettuare la liquidazione e superare la crisi tutelando il risparmio e assicurando

---

<sup>158</sup> Cass, sez. lav., 2 Marzo 2005, n. 4372

la continuazione e la stabilità del mercato bancario. In tal caso è necessario verificare se attraverso tale cessione le parti cedute siano state considerate come parti senza autonomia funzionale o se al contrario la cessione mirava alla cessione di elementi patrimoniali aventi un legame funzionale. Spetta, seguendo il ragionamento della Corte, al giudice di merito valutare se vi siano o meno le coordinate per individuare un trasferimento d'azienda. I giudici della Cassazione hanno ritenuto nel caso in esame che vi fossero gli estremi per la qualificazione di un trasferimento d'azienda. L'accertata ricorrenza di questi impone di affrontare il problema dell'individuazione della disciplina applicabile a situazioni come quella oggetto d'esame dove è coinvolta un'impresa bancaria in liquidazione coatta amministrativa<sup>159</sup>. E' applicabile l'art. 2112 del codice civile o l'art. 90 secondo comma del T.U.? La Corte ha ritenuto che fosse applicabile la disciplina speciale in luogo di quella codicistica. L'art. 90 del T.U. rappresenta una norma in grado di tutelare le prevalenti esigenze di ordine pubblico dell'economia connesse con interessi costituzionalmente rilevanti quali la tutela del credito e del risparmio ex art. 47 della Costituzione Italiana. Dunque, seguendo il ragionamento della Corte, la previsione contenuta nell'art. 90 del T.U. per cui il cessionario risponde solo delle passività risultanti dallo stato passivo esclude nel caso in esame l'applicabilità delle tutele previste nei primi due commi dell'art.2112 del codice civile. Inoltre i giudici della Cassazione hanno ritenuto di poter giustificare l'applicazione di tale disciplina speciale in base a quanto disposto

---

<sup>159</sup> G. Quadri, il trasferimento di impresa bancaria in liquidazione coatta amministrativa, tra norme speciali e disciplina generale, RIDL, 2005

dall'art. 47 quinto comma della legge 428/1990 che, come visto (v. supra, par. 1.2), legittima la deroga nell'applicazione della normativa riguardante le imprese in stato di crisi<sup>160</sup> compresa la liquidazione coatta amministrativa. Tale orientamento giurisprudenziale non può però essere condiviso appieno. La Corte ha infatti proceduto ad una interpretazione sommaria della normativa in tema di trasferimento d'azienda. Innanzitutto va rilevato come l'art. 90 del T.U. non faccia alcun riferimento ai lavoratori. Va poi considerato che l'eventuale applicazione dell'art. 2112 del codice civile alle imprese bancarie in crisi difficilmente potrebbe mettere in dubbio i valori costituzionali della protezione del credito e del risparmio. Sono infatti irrisori i pregiudizi sul bilancio dell'impresa bancaria che l'applicazione delle garanzie codicistiche in tema di trasferimento d'azienda potrebbero causare. Infine non regge nemmeno la giustificazione elaborata in merito all'esistenza di una norma come l'art. 47 comma quinto della l. 428/1990 che giustifica una deroga per le imprese in stato di crisi. Tale norma infatti da un lato giustifica tale deroga, dall'altro però prevede un intervento degli attori sociali al fine di attivare una procedura di consultazione sindacale. L'art. 90 nulla prevede in tal senso. In base al quadro legislativo esistente ed agli orientamenti giurisprudenziali precedenti, sembrerebbe maggiormente opportuno prevedere l'applicazione dell'art. 2112 del codice civile anche quando ci si trovi dinnanzi ad un'impresa bancaria in liquidazione coatta amministrativa.

---

<sup>160</sup> U. Carabelli, Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda: la dimensione individuale, in RIDL, 1995, p. 43 ss.

### **Capitolo Terzo: Trasferimento d'azienda e appalti: tra interconnessioni della disciplina e problemi al vaglio della giurisprudenza.**

#### **1. La distinzione tra “appalto” e “trasferimento d'azienda”**

Le interconnessioni della disciplina sugli appalti e sul trasferimento d'azienda rappresentano una tematica di studio di notevole importanza. La realtà produttiva del nostro paese e, come vedremo, la non chiarezza delle soluzioni adottate ad ogni livello in sede legislativa e giurisprudenziale in materia, forniscono all'interprete una serie di dubbi ancora privi di risposte certe. Bisogna individuare la fattispecie dell'appalto per esaminare le ricadute che ne conseguono ai fini della disciplina applicabile ai rapporti di lavoro. E' opportuno, per giungere ad una corretta interpretazione della disciplina dell'appalto tracciare la distinzione tra appalto e somministrazione di lavoro altrui e tra appalto e trasferimento d'azienda. In questo studio le nostre fonti di riferimento saranno l'art. 2112 del codice civile, l'art. 1655 del codice civile e la “Riforma Biagi” (D.lgs 276/2003). Per quanto concerne la

distinzione tra appalto e somministrazione di lavoro, l'art. 29 comma 1 del d.lgs 276/2003 ha reso possibile anche nel nostro ordinamento l'interposizione di manodopera precedentemente vietata dalla legge 1369 del 1960. Questa operazione del legislatore ha rappresentato un ulteriore passo che i Governi che si sono succeduti dal 1990 in poi hanno compiuto al fine di ridurre prima ed eliminare successivamente tale divieto. Il primo comma dell'art 29 del d.lgs 276/2003 statuisce adesso che il contratto d'appalto regolato dall'art. 1655 del codice civile si distingue dalla somministrazione di manodopera per l'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore. Questa può risultare, in relazione alle esigenze dell'opera e del servizio dedotti nel contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto nonché per l'assunzione da parte dell'appaltatore del rischio di impresa<sup>161</sup>. Il confine tra appalto genuino e somministrazione di lavoro ha delle ripercussioni pratiche dirette (v. par 5). L'esercizio del potere direttivo e organizzativo è un elemento fondamentale nella valutazione della genuinità dell'appalto ma mai esclusivo in quanto va ricercata anche la presenza del rischio di impresa. Quest'ultimo è definito come il rischio economico che deriva dall'impossibilità di stabilire i costi relativi al compimento dell'opera e del servizio. Nel caso in cui ci si trovi dinnanzi ad un appalto genuino il committente deve il corrispettivo pattuito solo contro la prestazione del risultato originariamente stabilita. Nel caso in cui ci si trovi dinnanzi ad un appalto fittizio di manodopera il committente retribuisce

---

<sup>161</sup> L. Corazza, la nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore, in WP C.S.D.L.E “Massimo D’Antona. IT-93/2009( [www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp](http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp)

l'appaltatore per il solo fatto di aver messo a disposizione i lavoratori a prescindere dal conseguimento di un risultato. L'assenza dei requisiti che integrano un appalto genuino configura un'ipotesi di somministrazione in assenza di autorizzazione da cui deriva l'applicabilità del regime sanzionatorio penale e civile. Sul versante penalistico viene prevista una pena alternativa all'arresto non superiore ad un anno e un ammenda da euro 2500 a euro 6000. Sul versante civile la sanzione in caso di appalto non genuino è prevista dall'art 29 comma 3 bis del dlgs 276/2003. In base a tale norma il lavoratore interessato può proporre azione nei confronti dell'utilizzatore per la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo<sup>162</sup>.

Analizzando adesso le distinzioni tra appalto e trasferimento d'azienda, è opportuno segnalare che qualora si ritenga che l'appalto e il trasferimento d'azienda siano fattispecie distinte e non sovrapponibili la disciplina dell'art. 2112 del codice civile non dovrebbe mai trovare applicazione. Infatti non si potrebbe applicare tale disciplina qualora si proceda alla stipulazione di un contratto di appalto o qualora vi sia una successione di due appaltatori nell'esercizio di una medesima attività dedotta in due distinti ma analoghi e successivi contratti di appalto. Se si seguisse questo ragionamento non troverebbe certamente applicazione la regola della continuazione dei rapporti di lavoro tra precedente appaltatore e nuovo appaltatore. Viceversa, qualora si seguisse il ragionamento opposto questa regola troverebbe piena applicazione<sup>163</sup>.

---

<sup>162</sup> R. Del Punta, Istituzioni di diritto del lavoro, Giuffrè editore, 2008

<sup>163</sup> M. T. Carinci, Gli appalti nel settore privato. La distinzione tra appalto e trasferimento d'azienda ed il trattamento dei lavoratori impiegati nell'appalto, in Il diritto del mercato del lavoro, 2006, p. 425

L'appalto è, ai sensi dell'art. 1655 del codice civile, il contratto d'impresa con cui una parte assume con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro. In base alla lettura di questa norma è necessario stabilire se per configurare un trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda sia sufficiente la semplice continuazione dell'attività ad un soggetto diverso o sia necessario il passaggio anche di beni e rapporti giuridici. A seconda della strada che l'interprete intende seguire si avranno due opposte conseguenze. Qualora si ritenga che non sia sufficiente il mero passaggio di un'attività economica si escluderanno dalla fattispecie del trasferimento d'azienda gli appalti a bassa intensità organizzativa o ad alta intensità di lavoro. Si tratta dei c.d. appalti "Labour intensive". Questi ultimi sono appalti in cui l'attività esternalizzata è posta in essere senza l'apporto significativo di beni o strumenti materiali poiché è resa attraverso l'attività di lavoro dei dipendenti dell'appaltatore. E' possibile ritrovare questi appalti nel settore dei servizi di pulizia, di vigilanza, di assistenza sociale (v. *infra*. par. 3, par. 4, par. 5). In questi settori può accadere che gli impiegati nell'appalto transitino dal committente all'appaltatore o per libera scelta di quest'ultimo o in adempimento di clausole del contratto collettivo o di un capitolato d'appalto o in base a disposizioni di legge. Tale problema è complicato ulteriormente in base a quanto disposto dall'art. 29 c. 3 del dlgs 276/2003 che prevede che " l'acquisizione di personale già impiegato nell'appalto, a seguito di subentro di un nuovo appaltatore in forza di legge, di contratto collettivo nazionale o di clausola del contratto di appalto, non costituisce trasferimento di azienda o di parte di

azienda”. E’ necessario comprendere se la legge Biagi abbia voluto derogare all’art. 2112 del codice civile o piuttosto abbia voluto confermare la nozione di trasferimento d’azienda codicistica in attuazione del diritto comunitario.

### **1.1. Disciplina degli Appalti e concetti “entità economica organizzata” e “mutamento di titolarità”**

I concetti di “entità economica organizzata” e “mutamento della titolarità” sono di fondamentale importanza per rispondere all’interrogativo posto precedentemente. E’ dunque necessario procedere in questa direzione per provare a fornire una soluzione al problema. L’ambito di applicazione della disciplina sul trasferimento d’azienda ha subito profonde divaricazioni tra quanto disposto in sede nazionale e quanto invece stabilito in sede comunitaria (vedi cap. 1, vedi cap. 2). Come visto a livello nazionale si parla di trasferimento di un’attività economica organizzata ancorato maggiormente al dato materiale. A livello comunitario invece si è elaborata una nozione più affine al concetto di trasferimento di un’entità economica dai connotati immateriali. Come esaminato l’iniziale nozione di trasferimento d’azienda in sede nazionale era profondamente influenzata dalla nozione di azienda ai sensi dell’art. 2555 del codice civile. Tale nozione è mutata anche grazie al contributo della giurisprudenza comunitaria che ha elaborato una nozione più elastica e meno ancorata all’esigenza dell’esistenza di elementi materiali nel trasferimento

d'azienda. La Corte comunitaria<sup>164</sup> nell'elaborazione della nozione di entità economica organizzata è pervenuta ad una totale sovrapposizione tra "trasferimento d'azienda" ed "appalto di servizi" elaborando in tal modo una nozione profondamente antitetica rispetto a quella presente nell'ordinamento nazionale. I giudici affermavano infatti che, in base a quanto statuito dalla direttiva, ricorreva trasferimento d'azienda ogni volta che una attività economica fosse trasferita da un soggetto ad un altro. Secondo la Corte non era dunque necessario che transitassero beni materiali tra un soggetto ad un altro. La nostra giurisprudenza nazionale invece non la pensava allo stesso modo, elaborando una nozione di trasferimento d'azienda che si opponeva alla sovrapposizione con la nozione d'appalto<sup>165</sup>. I giudici nazionali precisavano che "quello che ai sensi dell'art 2112 del codice civile determina la prosecuzione del rapporto di lavoro con l'acquirente postula che il complesso organizzato dei beni dell'impresa, nella sua identità obiettiva, sia passato in tutto o in parte ad un diverso titolare; ai fini dell'accertamento di tale fattispecie non è quindi sufficiente il rilievo della mera continuità giuridica delle prestazioni lavorative prima alle dipendenze di una determinata impresa e successivamente alle dipendenze di un'altra ancorché svolte nei medesimi locali". Successivamente, i giudici europei sono tornati sui propri passi. Con successive sentenze<sup>166</sup> (v. cap 1) hanno

---

<sup>164</sup> C. Giust 18 marzo 1986, c- 24/84, Spijkers, C. Giust 12 Novembre 1992, c-209/91 Watson Rask, C. Giust. 14 Aprile 1994, c 392/92, Schimdt

<sup>165</sup> Cass, 18 Marzo 1996, n. 2254, 1997.

<sup>166</sup> C-173/96 Francisca Sanchez Hidalgo e a. c. Asociacion de Servicios Aser e Sociedad Cooperativa Minerva, C-13/95, Ayse Suzen c. Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhauservice,

affermato che la nozione di entità economica rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina in tema di trasferimento di impresa presuppone un complesso organizzato di persone e cose finalizzato all'esercizio di un'attività economica. In tal modo la giurisprudenza comunitaria corresse il proprio tiro, pervenendo ad un'interpretazione più ristretta. Attraverso tale ragionamento la corte europea pervenne ad individuare un punto di equilibrio tra la nozione interna dell'ordinamento italiana e il proprio originario orientamento. In base a tale nozione elaborata dalla Corte è possibile rintracciare una sovrapposizione tra la fattispecie dell'appalto e il trasferimento d'azienda non solo quando l'attività conferita nell'appalto si accompagni al trasferimento di beni, attrezzature, strumenti materiali necessari allo svolgimento dell'attività da parte del committente o del precedente appaltatore, ma anche quando il passaggio riguardi solo i rapporti di lavoro<sup>167</sup>. In queste tipologie di appalto è possibile che i dipendenti del committente che decide di esternalizzare l'attività o del precedente appaltatore il cui contratto sia cessato vengano assunti dall'appaltatore o dal nuovo appaltatore, non solo perché previsto da clausole di contratti collettivi o clausole di capitolato d'appalto ma anche a seguito di un accordo intercorrente tra appaltante e appaltatore o di una decisione autonoma dell'appaltatore. E' possibile infatti, che quest'ultimo ritenga necessario avere a disposizione manodopera esperta nella medesima attività. Se quindi il contratto d'appalto ha ad oggetto un servizio che per essere realizzato richiede alta intensità di lavoro e l'appaltatore o il nuovo appaltatore procedono all'assunzione di una parte rilevante del

---

<sup>167</sup> M. T. Carinci, *Gli appalti nel settore privato*, *cit.*

personale del committente o del precedente appaltatore, in base al diritto comunitario si avrà un trasferimento d'azienda ed una totale sovrapposizione tra le discipline di appalti e trasferimento. La nostra giurisprudenza<sup>168</sup> nazionale è andata in alcune occasioni a traino di quanto disposto in sede comunitaria stabilendo che non si può escludere che in alcuni settori o aree produttive in cui le strutture materiali assumono scarsa o nessuna rilevanza (strutture c.d. "Labour intensive") anche il trasferimento di sola manodopera e soli lavoratori può configurare un trasferimento d'azienda. Tali lavoratori sono stabilmente addetti ad un ramo d'impresa e hanno acquisito un complesso di nozioni, e di esperienze essendo capaci di svolgere le loro funzioni presso il nuovo datore di lavoro. La loro autonomia può concretizzarsi non solo attraverso la natura e le caratteristiche della concreta attività svolta, ma anche in ragione di altri elementi come la direzione e l'organizzazione del personale, il suo inquadramento, le peculiari modalità di articolazione del lavoro e i metodi di gestione. Ciò è possibile quando oggetto del trasferimento è un gruppo di dipendenti, stabilmente coordinati ed organizzati fra loro, la cui capacità operativa è assicurata dal fatto di essere dotati di un particolare know-how. In questi casi l'assenza di beni è solo apparente, in quanto si tratta di beni immateriali. Dunque si ha l'applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda quando all'atto della stipulazione di un contratto d'appalto per la cui realizzazione è prioritaria l'attività di lavoro dei dipendenti, l'appaltatore procede ad assumere una parte rilevante del personale precedentemente addetto al servizio a prescindere dalla derivazione dell'obbligo di assunzione. Anche l'appalto di

---

<sup>168</sup> Cass 30 Dicembre 2003, n. 19482

servizi a certe condizioni può determinare un trasferimento d'azienda posto che la tendenza attuale è quella di privilegiare l'organizzazione delle professionalità piuttosto che quelle dei mezzi.

Dopo aver chiarito questo passaggio è necessario svolgere alcune argomentazioni relative al concetto di “mutamento della titolarità”. Il caso dell'appalto è un caso peculiare in quanto prevede la possibilità che tra i due imprenditori che si succedono non sussista un collegamento diretto. Tale possibilità ha avuto due diverse soluzioni nella giurisprudenza comunitaria e in quella nazionale. Ai sensi della prima (vedi, cap. 1) era infatti possibile accogliere un nozione ampia di mutamento della titolarità non essendo necessario il contatto diretto tra cedente e cessionario<sup>169</sup>. La nostra giurisprudenza nazionale si è invece orientata (vedi, cap. 2) per molti anni su posizioni più restrittive richiedendo un rapporto contrattuale diretto tra cedente e cessionario<sup>170</sup>. Questa lettura è però stata superata essendosi la giurisprudenza di legittimità italiana orientata sulle posizioni della Corte di Giustizia europea. In base a questo orientamento può configurarsi un “mutamento della titolarità” anche in presenza di una successione di un imprenditore ad un altro nell'appalto di un servizio.

## **1.2. L'art. 29 comma terzo del Dlgs. 276/2003 deroga l'art. 2112 del codice civile?**

---

<sup>169</sup> C- 324/86, Daddy's Dance 1989, C- 171/94 e C- 172/94 Merckx

<sup>170</sup> Cass, 26 Febbraio 2003, n. 2936

In base a quanto sin qui esposto si può affermare che la fattispecie del trasferimento d'azienda e dell'appalto possono sovrapporsi ogni volta in cui il conferimento di un servizio in appalto o la successione di un imprenditore ad un altro si accompagni al trasferimento, diretto o indiretto, di una entità economica che può, negli appalti labour intensive, essere individuata nel passaggio di semplici rapporti di lavoro. In questi casi le previsioni stabilite dai contratti collettivi o dai capitolati d'appalto non possono assumere autonomo rilievo rispetto alla disciplina inderogabile legale contenuta nell'art. 2112 del codice civile. Tali clausole possono operare solo nel caso in cui gli elementi per individuare un trasferimento d'azienda non siano configurabili. E' possibile infatti che per svolgere l'attività siano necessari mezzi materiali che non sono stati trasferiti oppure è possibile che siano stati trasferiti solo un esiguo numero di lavoratori o un gruppo di lavoratori che non hanno le competenze e le professionalità per svolgere da soli l'attività oggetto dell'appalto.

Si devono distinguere due differenti possibilità. La prima in base alla quale il subentrante utilizza ai fini dell'erogazione del servizio oggetto d'appalto una propria struttura di organizzazione e articolazione del lavoro in cui è possibile inserire e coordinare le prestazioni dei soggetti neoassunti, la seconda, invece, in base alla quale il nuovo appaltatore acquisisce e utilizza la struttura organizzativa già esistente presso l'appaltatore uscente. Nel caso in cui ci si trovi dinnanzi a questa seconda ipotesi, in alcuni settori come quello delle pulizie la struttura può consistere anche in un insieme organizzato di lavoratori (vedi cap. 4) che sono già stati assegnati ad un compito comune ed hanno acquisito un complesso

di competenze, nozioni ed esperienze da spendere anche presso il nuovo datore di lavoro. Solo questa seconda ipotesi può essere attratta sotto il perimetro dell'art. 2112 del codice civile in base a quanto enucleato dalla giurisprudenza comunitaria<sup>171</sup>. In questi casi l'appaltatore subentrante si vedrà imputati ex lege tutti i rapporti di lavoro relativi ai dipendenti addetti al ramo ceduto senza la necessità che vi sia un loro consenso. Questi avranno la conservazione di tutti i trattamenti già in essere e la garanzia dell'obbligazione solidale fra cedente e cessionario. Qualora invece non si possa configurare la fattispecie di trasferimento d'azienda saranno le clausole dei contratti collettivi o dei capitolati di appalto a disciplinare in vario modo il "passaggio" dei dipendenti. Queste potranno regolare in modo diverso la riassunzione dei lavoratori adibiti al servizio<sup>172</sup>.

Su questo quadro si è inserito il dettato dell'art. 29, terzo comma del dlgs 276/2003 in base al quale (vedi cap. 2) 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 di contratto di appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte di azienda. Tale norma deroga all'art. 2112 del codice civile? E' possibile affermare che l'art. 29 della Riforma Biagi esclude sempre e comunque che il passaggio di dipendenti da un imprenditore a un altro non possa mai configurare il "mutamento nella titolarità" o di una "entità economica organizzata" rilevante ai fini di un trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda? La dottrina si è divisa nel rispondere alla

---

<sup>171</sup> M. Aimo, Stabilità del lavoro e tutela della concorrenza. Le vicende circolatorie dell'impresa alla luce del diritto comunitario, in *Lavoro e Diritto*, 2007, p. 417-442

<sup>172</sup> M. T. Carinci, *Gli appalti nel settore privato*, cit.

domanda. Una parte ha ritenuto che l'art. 29 comma terzo del dlgs 276/2003 deroghi all'art. 2112 del codice civile e sia una norma in chiaro contrasto con il diritto comunitario<sup>173</sup>. Un'altra parte ha cercato invece di perseguire un'opera di armonizzazione del disposto dell'art. 29 comma terzo del dlgs 276/2003 con l'art. 2112 del c.c. ritenendo che perché si possa configurare la fattispecie di "entità economica organizzata" occorre il passaggio di elementi materiali significativi<sup>174</sup>. Altri ancora hanno ritenuto che la norma della riforma Biagi si limiti a confermare il disposto dell'art. 2112 del codice civile<sup>175</sup>, in base a quest'ultimo orientamento l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto non costituisce trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda. La successione dell'appalto quando è accompagnata dal passaggio del personale potrà solo in alcuni casi determinare il subentro nella titolarità "dell'entità economica organizzata" e dunque determinare un trasferimento d'azienda. La giurisprudenza sembra aver sposato quest'ultimo orientamento. Il Tribunale di Roma<sup>176</sup> ha infatti in una sua pronuncia statuito che " tale norma non può interpretarsi nel senso che in ogni ipotesi di subentro di un appaltatore ad un altro deve escludersi ex lege il trasferimento d'azienda, poiché appunto tale lettura sarebbe in contrasto aperto con la normativa comunitaria".

---

<sup>173</sup> A. Andreoni, *Impresa modulare, trasferimento d'azienda, appalti interni: la soft law sul ciclo di produzione*, in GHEZZI ( a cura di), *il lavoro fra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Roma, 2004, pp. 197 s;

<sup>174</sup> A. Vallebona, *La riforma del lavoro*, CEDAM, Padova, 2004, p. 127

<sup>175</sup> E. Gragnoli, *Contratti di appalto di servizi e trasferimento d'azienda*, in *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, 2004.

<sup>176</sup> T. Roma 9 Giugno 2005, RGL, 2005, 678 ss.

### **1.3. Le clausole dei contratti collettivi: stipulazione di un nuovo contratto d'appalto e assunzione dei lavoratori o cessazione dell'appalto e licenziamento dei lavoratori da parte dell'appaltatore uscente**

Dopo aver esaminato quando è possibile individuare l'applicazione della disciplina legale ex art. 2112 del codice civile è necessario adesso verificare cosa accade quando la stipulazione di un nuovo contratto d'appalto non si configuri come trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda. In quest'ultimo caso vengono in considerazione le clausole dei contratti collettivi. Queste clausole sono vincolanti per l'imprenditore subentrante qualora abbia prestato la propria affiliazione sindacale, abbia aderito volontariamente<sup>177</sup>, o nel caso in cui si tratti di un ente pubblico l'applicazione del contratto collettivo è imposta dal capitolato di appalto<sup>178</sup>. Queste obbligazioni che gravano sul datore di lavoro qualora non adempiute possono essere invocate attraverso la tutela in forma specifica ex art. 2932 del codice civile. Tale articolo prevede la costituzione coattiva del contratto di lavoro o il risarcimento del danno da parametrare sulle retribuzioni non percepite<sup>179</sup>. Cosa accade invece al contratto individuale di lavoro con il precedente appaltatore? Vi è chi ritiene

---

<sup>177</sup> Trib. Milano 27 Gennaio 2004

<sup>178</sup> A. Vallebona, Successione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro, in RIDL, 1999.

<sup>179</sup> Cass, 26 Agosto 2003, n. 12516

che si estingua per risoluzione consensuale<sup>180</sup>. Aderendo a questo ragionamento sarebbe impossibile ritenere la possibilità di impugnare un licenziamento poiché inesistente. Tale tesi è stata accolta con prudenza da altra parte della dottrina<sup>181</sup> che l'ha considerata praticabile solo nel caso in cui la riassunzione presso il nuovo appaltatore operi per tutti i lavoratori addetti al servizio di appalto. In caso contrario si sarebbe in presenza di un licenziamento collettivo per riduzione del personale e quindi troverebbe applicazione la l. 223/1991 anche qualora i lavoratori da licenziare siano meno di 5 perché la cessazione dell'appalto coinvolge ab origine un ampio numero di lavoratori. In questi casi la garanzia da contratto collettivo della continuità dell'occupazione si sostituisce alla tutela legale di garanzia della stabilità dell'occupazione presso l'imprenditore uscente. Infatti, ogni cessazione di un contratto di appalto comporterebbe un transito del personale al nuovo appaltatore senza che si possa invocare il rispetto delle regole in tema di licenziamento. Se a livello teorico le cose stanno così, a livello pratico si è assistito ad una prassi differente. E', infatti, usuale che il precedente appaltatore, dopo la cessazione dell'appalto, proceda al licenziamento dei lavoratori. Si esclude dunque ogni ipotesi di risoluzione consensuale summenzionata: la cessazione dell'appalto è subordinata alla verifica del rispetto delle regole in tema di licenziamento. Tale tesi è stata suffragata anche dalla giurisprudenza<sup>182</sup>. Aderendo a questo ragionamento, antitetico al precedente, si nota come la tutela collettiva di garanzia della

---

<sup>180</sup> A. Vallebona, la riforma dei lavori, *cit.*

<sup>181</sup> F. Scarpelli, cessazioni degli appalti di servizi e licenziamenti collettivi, in DPL, 2001.

<sup>182</sup> Cass, 28 luglio 2005, n. 15900

continuità dell'occupazione è aggiuntiva e non sostitutiva della disciplina legale prevista per il licenziamento.

## **2. Trasferimento d'azienda e appalti irregolari: la normativa italiana alle prese con il decreto semplificazioni**

La disciplina nazionale originariamente prevista nell'art. 29 comma terzo del dlgs 276/2003 ha subito di recente delle modificazioni. La versione originaria (v. cap. 2) prevedeva una responsabilità solidale tra appaltante e appaltatore entro due anni dalla cessazione dell'appalto per i contributi retributivi e previdenziali. Tale tutela era aggiuntiva a quella dell'art. 1655 del codice civile. Il c.d. "decreto semplificazioni" ( dlgs n. 5/2012) è intervenuto sul perimetro della responsabilità solidale della stazione appaltante riformulando l'art. 29 del dlgs 276/2003 che adesso prevede: "in caso di appalto di opere o di servizi, il committente, imprenditore o datore di lavoro, rimane obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento". Tale decreto ha precisato che anche i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto sono oggetto di obbligazione solidale ed al contempo ha escluso

qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento.

Il Ministero del lavoro con circolare n. 2/2012 del 16 Febbraio 2012 è intervenuto sul decreto semplificazioni in generale soffermandosi sulle ragioni che avrebbero precisato che la responsabilità solidale comprenderebbe anche le quote di TFR. Con tale intervento ha preteso di chiarire quale sia la quota di TFR reclamabile da parte dei lavoratori nei confronti dell'appaltante<sup>183</sup>. L'appaltante non è tenuto a corrispondere l'intera parte di TFR ma soltanto la quota corrispondente a quanto maturato nel corso del proprio appalto. Alla voce dei contributi previdenziali si è aggiunta l'espressa previsione dei premi assicurativi. Tale novità ha recepito un precedente orientamento dottrinale. Queste obbligazioni erano già state introdotte a livello della prassi amministrativa. La circolare n. 5/2011 del Ministero del Lavoro avente ad oggetto il quadro giuridico degli appalti, prevedeva già nei trattamenti previdenziali fossero compresi anche quelli contributivi ed assistenziali assicurativi. Tali obbligazioni, in base alla circolare del 2012, devono essere riferite al periodo di esecuzione del contratto di appalto. Sono infatti escluse dalla responsabilità solidale i crediti che esulano dal periodo in cui il committente beneficia della prestazione del lavoratore dell'appalto. E' stata infine prevista l'esclusione della responsabilità solidale rispetto alle sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento. Tale statuizione è legata alla *ratio* della sanzione stessa; questa è infatti prevista per colpire il soggetto inadempiente e non un soggetto

---

<sup>183</sup> M. Freudiani, Appalti irregolari: chi paga cosa?, Dottrina e interpretazioni, in Guida al Lavoro, 2011

terzo sul quale potrebbe configurarsi una *culpa in eligendo*. Rimangono escluse dal perimetro di responsabilità solidale tutte le voci di carattere risarcitorio o semplicemente indennitario come l'indennità sostitutiva del preavviso, nel caso in cui i lavoratori dell'appaltatrice si licenzino per inadempienza di questa ultima. Queste voci potranno essere richieste al committente anche per la difficoltà che si incontrerebbe nell'operare un frazionamento pro quota durante l'appalto. Tale perimetro di responsabilità della stazione appaltante, così come individuato dalla riforma del 2012, può subire deroghe pattizie. Infatti l'art. 8 della legge 138/2011 disciplinando la c.d. "contrattazione di prossimità", ha riconosciuto la possibilità attraverso contratti collettivi a livello aziendale o territoriale di derogare al regime di solidarietà negli appalti. Tale contrattazione dovrà però essere rispettosa dei principi costituzionali e comunitari. Con la contrattazione di prossimità può essere limitato o eliminato il vincolo di solidarietà dell'appaltante. Le deroghe devono però essere inserite in accordi ampi che hanno ad oggetto aspetti dell'organizzazione aziendale come per esempio accordi volti a creare nuova occupazione o a individuare l'emersione di lavoro irregolare. Seguendo questo ragionamento il perimetro di solidarietà della Legge Biagi potrebbe essere aggirato in quanto l'art. 29 non ha sopra di sé alcuna protezione comunitaria o costituzionale. Qual è il limite che tali contratti di prossimità non potrebbero mai valicare? Le parti sociali potrebbero procedere alla limitazione della responsabilità solidale in tema di TFR o di retribuzione ma non potrebbero mai incidere su aspetti inerenti alle ritenute fiscali in quanto non possono essere oggetto di disposizione come ritenute fiscali. Il decreto semplificazioni ha inoltre previsto

in deroga a quanto statuito dall'art. 1292 del codice civile la facoltà per il committente imprenditore, qualora convenuto nel giudizio di accertamento dell'obbligazione solidale, di eccepire il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore. Il committente è tenuto a proporre tale eccezione nella prima difesa utile e nel caso in cui non è chiamato in giudizio anche l'appaltatore. Tale eccezione deve indicare in maniera specifica i beni sui quali il lavoratore potrà soddisfarsi.

Si vede come l'intervento di riforma del 2012 non abbia apportato un'estensione rispetto all'ambito soggettivo di applicazione della responsabilità solidale<sup>184</sup>. Esso è intervenuto piuttosto sugli aspetti oggettivi. Potrebbe essere auspicabile in un immediato futuro una riflessione circa l'opportunità di estendere la responsabilità solidale a tutte quelle figure contrattuali, giuridicamente o socialmente tipiche che pur integrando la fattispecie di appalto se ne differenziano per alcune peculiarità: subofornitura, merchandasing, franchising. In questi contratti, a differenza dell'appalto, vige un sistema di assoluta libertà in tema di obbligazioni.

### **3. Gli Appalti nel settore delle pulizie**

#### **3.1. La successione di appalti nel settore delle pulizie: l'art. 4 del CCNL**

Il problema dell'applicabilità dell'art. 2112 del codice civile alla successione dei contratti d'appalto di servizi è un tema che ritorna nella prassi di frequente. Esso è infatti strettamente connesso con la

---

<sup>184</sup> P. Rausei, Solidarietà negli appalti: nuovo regime, in *Diritto e Pratica del lavoro*, 2012

complessità delle questioni relative all'identificazione dell'oggetto del negozio traslativo d'azienda e dell'inadeguatezza delle soluzioni offerte dalla dottrina<sup>185</sup>. Questo fenomeno è stato infatti profondamente influenzato dai dibattiti giurisprudenziali e dottrinali sull'identificazione dell'ambito d'applicazione della fattispecie di cui all'art. 2112 del codice civile. Per comprendere correttamente la questione è necessario esaminare quanto disposto nel contratto collettivo nazionale per i dipendenti delle imprese di pulizia. L'art. 4 del CCNL in vigore prevede un complesso sistema volto a garantire i limiti occupazionali effettivi in un settore in cui sono frequenti i cambi di gestione fra imprese che si succedono nella titolarità di distinti contratti di appalto in favore dello stesso committente. Tale disposizione prevede una procedura di informazione e consultazione sindacale che opera in ogni caso di cessazione d'appalto a prescindere dalla tipologia giuridica dell'impresa cedente o subentrante. L'impresa cessante deve comunicare alle strutture sindacali aziendali e territoriali competenti il personale dell'impresa "cessante" coinvolto nell'appalto da almeno quattro mesi e il suo orario di lavoro. L'azienda che subentra, alla scadenza del precedente contratto d'appalto, avrà di fronte a sé due possibilità. Queste dipendono dall'uguaglianza o meno del nuovo contratto d'appalto rispetto a quello precedente. Se il nuovo contratto è assolutamente identico per parità di termini, modalità e prestazioni contrattuali, la nuova impresa appaltante si impegnerà a garantire l'assunzione degli addetti esistenti in organico a condizione che tutto risulti dalla documentazione probante. Se al contrario, il nuovo contratto d'appalto differisce dal

---

<sup>185</sup> S. Nappi, Successione di appalti di servizi e trasferimento d'azienda, in D&L, 2001.

precedente in quanto prevede una modificazione di termini, modalità e prestazioni contrattuali, l'impresa subentrante sarà tenuta soltanto all'effettuazione di un esame congiunto con le OO.SS territoriali ed aziendali al fine di armonizzare le mutate esigenze tecnico-organizzative dell'appalto con il mantenimento di livelli occupazionali anche facendo ricorso a varie forme di flessibilità. Si nota dunque come l'art. 4 del CCNL determina l'obbligo di subentro nella titolarità dei rapporti all'accertata sussistenza di due rigorosi presupposti: il "nuovo" contratto d'appalto deve essere uguale rispetto a quello stipulato precedentemente con l'impresa cessante e il personale della precedente azienda potrà essere assunto se risulta da documentazione probante la sua effettiva adibizione al servizio oggetto di appalto. Tale previsione pattizia si colloca dunque all'esterno della problematica relativa alla qualificazione o meno come trasferimento d'azienda di queste vicende. Tale previsione si inserisce su un piano parallelo prevedendo un diritto di assunzione di fronte pattizia e non legale in favore delle maestranze coinvolte in successioni di appalti di servizi di pulizia. Questa clausola può essere interpretata come clausola a favore dei terzi ex art. 1411 del codice civile<sup>186</sup>.

I lavoratori sono infatti estranei alla conclusione del contratto e acquistano il diritto ad essere assunti dal nuovo appaltatore soltanto per effetto della stipulazione conclusa tra le parti. Questo diritto soggettivo presuppone la sua esigibilità in forma specifica ex art. 2932 del codice civile a patto che gli elementi del negozio come la qualifica, le mansioni, la retribuzione e il patto di prova siano specificati in maniera chiara nell'accordo che la sentenza costitutiva

---

<sup>186</sup> A. Vallebona, successione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro, *cit.*

ex art. 2932 del codice civile dovrebbe sostituire<sup>187</sup>. Se questi elementi non dovessero essere rinvenuti non sarà possibile pervenire ad una pronuncia costitutiva ma sarà possibile soltanto individuare una responsabilità contrattuale da compensare a livello risarcitorio<sup>188</sup>.

Avendo chiaro questo quadro si può certamente affermare che la fonte negoziale collettiva abbia apprestato autonome garanzie ai lavoratori coinvolti nelle vicende successive rispetto a quelle previste dall'art. 2112 del codice civile.

### **3.2. Avvicendamenti di appalti nel settore delle pulizie, diritto all'assunzione e obbligo di licenziamento**

Dopo aver esaminato le tutele che a livello pattizio sono previste per la successione di appalti nei servizi di pulizia è opportuno esaminare come la giurisprudenza di legittimità<sup>189</sup> abbia cercato di dirimere alcuni nodi interpretativi posti nell'applicazione pratica. La questione affrontata ruota attorno all'interpretazione dell'art. 4 del CNL (vedi supra, par. 3). Nel caso di specie una società aveva motivato il licenziamento per giustificato motivo oggettivo in ragione della cessazione di un appalto. Questa aveva proceduto però a disporre nuove assunzioni contrastando in tal modo con la precedente dichiarazione con la quale rilevava l'impossibilità di ricollocare i lavoratori licenziati. Tale impresa replicava sostenendo di aver effettuato tale nuove assunzioni in base all'obbligo pattizio

---

<sup>187</sup> E. Pasqualetto, il collocamento obbligatorio, in *Diritto del Lavoro*, a cura di Carinci, 1997

<sup>188</sup> F. Chiacchieroni, Avviamento al lavoro. Ritardo nell'assunzione e responsabilità contrattuale, in *Riv. Giur. Diritto del lavoro*, 1988

<sup>189</sup> Cass, 9 giugno 2005, n. 12136

dell'art. 4 del CNL. Questa inoltre sosteneva che il lavoratore licenziato aveva il diritto di essere assunto da parte dell'impresa subentrante e dunque tale circostanza avrebbe impedito ogni possibilità di contestare il recesso. La suprema Corte si è trovata dunque dinnanzi alla soluzione di due questioni. Bisognava stabilire se il diritto all'assunzione presso l'impresa subentrante facesse venire meno il diritto ad impugnare il licenziamento. Ed inoltre occorreva verificare la corretta modalità di coordinamento tra la disciplina legale in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo e la previsione dell'art. 4 del CCNL. Questa previsione secondo alcuni<sup>190</sup> potrebbe autorizzare le nuove assunzioni nonostante l'intervento dei precedenti licenziamenti andando contro l'obbligo di *repechage* più volte richiamato dalla giurisprudenza come presupposto per il recesso dovuto a motivazioni prettamente organizzative. I giudici di legittimità nel risolvere la prima questione hanno stabilito che l'obbligo dell'impresa subentrante di assumere i nuovi lavoratori non fa venir meno per i lavoratori il diritto di impugnare il licenziamento intimato dall'impresa che precedentemente gestiva il servizio di pulizie. Il datore di lavoro deve infatti attenersi, a prescindere, al rispetto della disciplina sul licenziamento e al rispetto dei principi sul giustificato motivo oggettivo. Per quanto concerne invece la seconda questione si può affermare che l'obbligo imposto dall'art. 4 del CCNL prevale rispetto all'obbligo di reperire una differente collocazione per i propri dipendenti a rischio di licenziamento. Dunque l'impresa non può essere assegnataria di un appalto che nel frattempo abbia ottenuto una

---

<sup>190</sup> A. Morone, Avvicendamento di appalti nel settore delle pulizie e licenziamento dei lavoratori alle dipendenze dell'impresa cessata, in Osservatorio di Giurisprudenza Italiana, 2006, pp. 448-449

nuova commessa sarà certamente vincolata dalle previsioni del contratto collettivo nazionale di categoria non potendole disattendere. Questa non sarà però esentata dalla ricerca della possibilità di assegnare i propri dipendenti al secondo appalto invece che licenziarli.

Con tale pronuncia la Corte di Cassazione ha fornito un esempio di equilibrismo giuridico contemperando gli interessi opposti di due gruppi di lavoratori. Nonostante non abbia con la propria scelta apertamente avvantaggiato un gruppo rispetto all'altro, è certamente configurabile nei risvolti pratici una migliore situazione per i dipendenti protetti dall'art. 4 del CCNL. Questi vedranno conservati i propri diritti di origine contrattuale a prescindere dall'operazione di neo-assegnazione portata avanti nei confronti dei precedenti dipendenti.

#### **4. La funzione sostanziale della procedura sindacale nella successione degli appalti nelle mense: quando si è di fronte ad un comportamento antisindacale?**

E' possibile rintracciare dei casi di condotta antisindacale ai sensi dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori anche nell'ambito della fattispecie relativa alla successione degli appalti. Si vede infatti con chiarezza che così come il CCNL relativo ai servizi di pulizia preveda il rispetto di determinate procedure, anche gli altri contratti collettivi nazionali di categoria prendono in esame tali procedure. Tali strumenti negoziali provano a risolvere determinate situazioni

patologiche che possono avvenire in settori come quelli della ristorazione o delle pulizie, il c.d. settore dei “servizi” nel quale avvengono spesso degli avvicendamenti tra diversi soggetti imprenditoriali nella gestione del servizio. Con una recente sentenza il Tribunale di Milano<sup>191</sup> ha dato risposta ad un interrogativo che non aveva ancora trovato soluzione non essendo esistiti casi pratici omologhi, la fattispecie presa in considerazione è quella del servizio d'appalto nelle mense e dunque della successione di imprenditori nell'effettuazione del servizio. I giudici milanesi hanno dovuto procedere ad una corretta interpretazione di alcune clausole contenute nel CCNL Turismo e Pubblici esercizi riguardanti la successione di più soggetti nello svolgimento del servizio, tale contratto regola una procedura specifica in materia di cambi di gestione negli impianti di ristorazione collettiva sul presupposto che tali mutamenti siano frequenti e comportino la risoluzione del rapporto di lavoro degli addetti per giustificato motivo oggettivo. Il CCNL individua una particolare procedura al fine di garantire al personale dipendente una continuità delle condizioni di lavoro, la regola generale fissata nel Contratto Collettivo nazionale è l'obbligo di assunzione da parte del subentrante di tutto il personale addetto all'appalto e iscritto da almeno tre mesi nei libri di gestione dell'unità produttiva. Vengono previste alcune esclusioni soggettive per le quali tale obbligo è una mera facoltà: è escluso il personale con funzioni di direzione esecutiva o di coordinamento tecnico funzionale o di controllo dell'impianto e degli addetti. Tale procedura è articolata in una prima fase obbligatoria di comunicazione alle Organizzazione

---

<sup>191</sup> Tribunale Milano 8 Giugno 2010, nota di Franco Bernini, in D&L 2/2010

sindacali e all'impresa subentrante da parte di quella uscente della cessazione della gestione e di tutte le informazioni utili all'applicazione dell'accordo. Un'analoga comunicazione deve pervenire ai sindacati da parte della subentrante. A questo punto segue una seconda fase, facoltativa che è volta a instaurare degli incontri di verifica che prevedano l'evento e che mirino all'applicazione dell'accordo. Tali incontri hanno inoltre lo scopo di esaminare i problemi e ricercare determinate soluzioni nei casi connessi a particolari situazioni dell'utenza che possano avere delle ripercussioni sul piano occupazionale o determinare un mutamento nell'organizzazione o nelle modalità del servizio. In tutti questi casi, attraverso l'accordo, è possibile procedere all'assunzione del personale precedentemente occupato presso altre unità dell'azienda subentrante o instaurare diverse condizioni contrattuali o ricorrere alla Cassa integrazione straordinaria o ai contratti di solidarietà. Il personale che non avrà la garanzia di mantenimento del posto di lavoro si vedrà attribuita la garanzia che appaltante uscente e appaltante subentrante si impegneranno a verificare e a ricercare con le Organizzazioni Sindacali ogni possibilità di reimpiego. Le clausole del contratto collettivo nazionale prevedono dunque un procedimento di cui sono parti necessarie le due imprese: subentrante, cessante e le organizzazioni sindacali volto ad esaminare i problemi ed a ricercare le soluzioni.

Nel caso in esame, sottoposto all'attenzione dei giudici milanesi, una delle organizzazioni sindacali che ne aveva fatto richiesta non era stata convocata dalle imprese. In tal modo la trattativa è stata certamente snaturata in quanto uno dei potenziali interlocutori non ha partecipato. Ma i profili di mancato rispetto delle disposizioni

contrattuali collettive non si ferma su questo aspetto. Infatti, nell'incontro successivo, svolto come detto senza una delle associazioni sindacali richiedenti, le imprese si sono presentate con una soluzione già adottata violando dunque la ratio delle norme del contratto collettivo. Queste prevedono infatti un incontro che sia volta alla ricerca di soluzioni e ad un esame congiunto dei problemi. Nel caso di specie il fronte imprenditoriale ha presentato unilateralmente una soluzione senza ricercare il consenso delle organizzazioni sindacali. Non si deve però ritenere che l'obbligo di trattativa si traduca in un obbligo di procedere all'assunzione di una decisione concertata. E' auspicabile che questo avvenga, ma il CCNL di categoria regolando la disciplina in esame ha voluto soltanto che la decisione datoriale, concertata o meno, fosse preceduta da una trattativa con le parti. In caso contrario tale trattativa non avrebbe alcun significato. Nel caso in esame la società non ha più convocato alcuna riunione con le OOSS, ha proceduto invece a instaurare singole trattative con i lavoratori coinvolti per proporre loro contratti di lavoro ex novo. Questo fatto deve essere necessariamente valutato come condotta antisindacale che si aggiunge alla mancata convocazione, come precedentemente detto, di una delle organizzazioni sindacali che ne avevano fatto richiesta. In tal modo sono state lese in maniera diretta le prerogative che la contrattazione collettiva ha assegnato alle associazioni sindacali in relazione al rispetto degli obblighi di continuità e stabilità delle condizioni economiche e normative assicurate ai lavoratori nelle vicende di cambio di gestione degli impianti. Si comprende dunque come i giudici milanesi non hanno

avuto altra scelta se non quella di accogliere il ricorso dell'organizzazione sindacale estromessa dal tavolo delle trattative. Questo caso è un esempio dal quale non si possono soltanto rilevare i risvolti pratici delle previsioni dei contratti collettivi nel caso di successione di appalto. In questo caso è possibile anche verificare come talvolta le previsioni dei contratti collettivi riescano a raggiungere obiettivi migliori di quelli previsti in situazioni analoghe dal legislatore. La procedura presa in considerazione dal CCNL Turismo e Pubblici servizi rappresenta uno di quei casi in cui il conflitto sociale non viene ad essere semplicemente registrato quanto piuttosto viene regolato<sup>192</sup>. La disciplina del CCNL prevede una disciplina volutamente non formalistica e mirata a perseguire degli obiettivi sostanziali ricercando uno spirito collaborativo effettivo tra le parti. Questa si differenzia per esempio in tal senso da quella prevista dalla L. 223/91 nella quale spicca un rigido formalismo procedurale che determina una prova di forza delle parti eludendo ogni spirito concertativo. Il contratto collettivo nazionale turismo e pubblici servizi ha voluto invece prevedere la necessità di un incontro tra le parti che non sia soltanto diretto ad effettuare una registrazione di prese di posizioni ma che possa mirare davvero al raggiungimento di un accordo. Nonostante ciò ha voluto lasciare libero l'imprenditore di prendere le proprie decisioni qualora la concertazione sia impossibile e a patto che abbia rispettato rigidamente tutte le regole della trattativa, circostanza che nel caso in esame non si è verificata. Nemmeno aderendo ad una lettura prettamente formalistica della disciplina in esame il Tribunale di Milano avrebbe potuto elaborare una decisione differente.

---

<sup>192</sup> Tribunale Milano 8 Giugno 2010, nota di Franco Bernini, in D&L 2/2010

Un altro aspetto di questa sentenza che può essere preso in considerazione riguarda poi la relazione tra l'obbligo contrattuale che è imposto all'impresa subentrante di assumere tutti i dipendenti dell'impresa uscente e la procedura sindacale summenzionata. Il contratto collettivo impone infatti l'obbligo di trattativa all'impresa subentrante che non intenda assumere tutto il personale addetto presso l'impresa l'uscente per uno dei motivi espressamente previsti dal contratto. Il CCNL Turismo e Pubblici Servizi impone che la particolarità della situazione allegata dall'azienda venga verificata dalle OOSS e che la soluzione adottata non sia unilaterale. La procedura può essere individuata come l'ambito in cui le situazioni patologiche, esemplificate nel CCNL, della vicenda successiva trovano accertamento. Questa è una funzione di importanza fondamentale in quanto la procedura sindacale non rappresenta soltanto il presupposto per l'individuazione di soluzioni alternative ma verifica anche l'esistenza di quelle situazioni patologiche in base alle quali i lavoratori potranno eventualmente in via individuale far valere i loro diritti. In altre parole, attraverso la procedura sindacale dei soggetti terzi, le OOSS, potranno verificare l'esistenza o meno di quelle fattispecie patologiche che giustificano il mancato rispetto dell'obbligo contrattuale di riassumere tutti i lavoratori della precedente impresa appaltante.

Il caso in esame non ha precedenti giurisprudenziali e rappresenta un valido esempio del funzionamento dei diritti dei lavoratori previsti dai contratti collettivi di categoria.

## **5. Gli appalti nel settore dei servizi socio-assistenziali: prospettive e criticità**

La fattispecie degli appalti nel settore dei servizi socio-assistenziali è utile a risolvere taluni interrogativi circa la sussistenza della genuinità o meno degli appalti nel settore preso in considerazione, infatti la realtà sanitaria nazionale tanto pubblica quanto privata soffre il grave problema della carenza di personale infermieristico. In Italia i neolaureati in scienze infermieristiche rimangono pochi a seguito della sostituzione delle scuole regionali gratuite per infermieri con onerosi corsi di laurea a numero chiuso. Nel settore pubblico la carenza di infermieri è da imputare alla carenza delle dotazioni organiche. Per ovviare a questi problemi, accanto all'utilizzo diretto degli infermieri si è assistito ad un proliferare di un utilizzo indiretto nell'apporto di queste professionalità tramite la stipulazione di contratti di appalto<sup>193</sup>. Nella prassi però l'utilizzo di tali contratti ha dato vita a modalità alcune volte poco trasparenti e con troppe similitudini rispetto ad una mera fornitura di manodopera che sarebbe attuata in assenza della necessaria autorizzazione (vedi supra, par. 1). Questa problematica è stata oggetto di una risposta ministeriale che nel 2007<sup>194</sup> è stata data rispetto ad un interpello della Direzione provinciale del lavoro di Modena che richiedeva un chiarimento in relazione al delicato confine tra appalto genuino ed appalto illecito di manodopera riguardo ai servizi socio-assistenziali ed alle prestazioni infermieristiche. Tale risposta ministeriale si colloca in un periodo successivo rispetto ad una precedente decisione del TAR del

---

<sup>193</sup> S. Ferrua, gli appalti nei servizi socioassistenziali, Legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2008.

<sup>194</sup> Nota Min. Lav. 27 Novembre 2007, prot. 26/I/0015749

Piemonte<sup>195</sup> che aveva annullato una gara d'appalto per prestazioni infermieristiche negli ospedali Sant'Anna e Le Molinette di Torino sul presupposto che quando l'oggetto della prestazione sia la fornitura di lavoratori e non assuma rilievo il risultato concretamente conseguito nello svolgimento delle prestazioni lavorative, il contratto non può essere qualificato secondo lo schema classico dell'appalto pubblico di servizi ma configura una somministrazione di lavoro<sup>196</sup>. Nel caso sottoposto all'attenzione dei giudici torinesi la stazione appaltante aveva richiesto lo svolgimento di prestazioni di assistenza infermieristica al personale qualificato tenuto ad integrarsi con il personale dell'azienda, in tal modo venivano richieste prestazioni del tutto analoghe a quelle a cui erano tenuti lavoratori assunti con contratto di lavoro. Questa giurisprudenza ha acceso i riflettori sul fenomeno delle cooperative sociali che operano in larga misura nel settore socio-assistenziale assumendo una posizione egemone sul mercato operando a costi anche inferiori rispetto alle regolari agenzie di somministrazione e lavoro. Si vede quindi come il caso è un esempio di come si possano individuare nella pratica le differenze tra somministrazione di lavoro e appalto genuino. La richiesta avanzata dalla Direzione provinciale del lavoro di Modena è volta a chiarire la sussistenza o meno della legittimità del conferimento di un appalto di servizi infermieristici o di assistenza infermieristica al fine di indirizzare l'attività degli ispettori del lavoro. La situazione posta al vaglio del Ministero del Lavoro è quella di un appaltatore che fornisce tutte le maestranze occorrenti al regolare funzionamento delle strutture del

---

<sup>195</sup> TAR Piemonte 27 Giugno 2006 n. 2711

<sup>196</sup> A. Corvino, Uno Stop agli appalti fittizi nelle strutture sanitarie? In *Diritto delle relazioni industriali*, Giuffrè, Milano 2007

committente tra cui anche il coordinatore del personale. I lavoratori addetti ai servizi amministrativi, sanitari e ausiliari sono invece alle dipendenze del committente. In tal modo si evita una osmosi del personale di committente e appaltatore. Il corrispettivo dovuto dal committente all'appaltatore è pattuito in relazione al numero dei lavoratori inviati e alle ore di lavoro prestate nella struttura. La Direzione provinciale del lavoro di Modena chiede al Ministero del Lavoro se in base a quanto statuito dal primo comma dell'art 29 del dlgs 276/2003 l'organizzazione dei mezzi può risultare esclusivamente dal potere organizzativo e direttivo dell'appaltatore nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto. Il Ministero del Lavoro nella sua nota di risposta ha dichiarato non genuino e quindi illegittimo l'appalto dei servizi, ha infatti rilevato la non sussistenza dell'assunzione del rischio economico d'impresa da parte della cooperativa appaltatrice. Nel caso in esame rileva un'obbligazione di mezzi e non di risultato, il committente paga l'appaltatore infatti a prescindere dal conseguimento di un risultato. La controprestazione economica è dettata dal numero di ore effettuate da ciascun lavoratore moltiplicato per il numero dei lavoratori utilizzati per l'appalto. Il Ministero del Lavoro nella sua nota ha rilevato inoltre l'assenza di una autonoma organizzazione funzionale e gestionale da parte dell'appaltatore. Seguendo gli orientamenti in tema forniti dalla giurisprudenza<sup>197</sup> questa infatti non potrebbe essere individuata nella predisposizione dell'organizzazione del lavoro in quanto difetterebbero in tal caso l'esistenza di mezzi e capitali propri dell'appaltatore. Solo in ipotesi eccezionali l'autonomia imprenditoriale può essere ravvisata nella

---

<sup>197</sup> Cass, 21 Luglio 2006, n. 16788, in MGZ, 2006.

predisposizione della sola organizzazione del lavoro. L'art. 29 comma 1 del dlgs 276/2003 non sarebbe quindi applicabile agli appalti a cui hanno partecipato le cooperative che svolgono i servizi infermieristici in quanto queste non dispongono di locali idonei, lettini, attrezzature sanitarie e propri pazienti<sup>198</sup> nonostante queste forniscano l'intera totalità degli infermieri che svolgono la propria attività nelle strutture sanitarie. Si potrebbe porre qualche obiezione alla risposta data dai funzionari ministeriali. L'illiceità dell'appalto è infatti individuata dall'assenza di mezzi propri da parte dell'appaltatore, ma gli strumenti forniti dal committente risultano di scarsa utilità rispetto all'importanza della prestazione assicurata dagli infermieri. In questo tipo di appalto le prestazioni infermieristiche possono essere individuate come prestazioni "labour intensive" e dunque proprio in relazione a ciò l'organizzazione dei mezzi può risultare dal potere di direzione del lavoro e dal controllo sulle maestranze coinvolte da parte dell'appaltatore. Nel caso di specie potrebbe ritenersi, contrariamente a quanto disposto dalla nota Ministeriale, che per quanto concerne il potere direttivo la legittimità dell'appalto possa essere conciliata con l'esercizio da parte del committente del potere di dare le disposizioni necessarie per integrare l'attività oggetto dell'appalto all'interno della propria organizzazione di lavoro. Il coordinatore del personale, fornito dall'appaltatore, dovrebbe attenersi a queste ultime. L'autonomia dell'appaltatore viene individuata nella semplice predisposizione dei turni di lavoro del personale fornito alla struttura così come farebbe un direttore del personale nei confronti del personale direttamente dipendente dal

---

<sup>198</sup> S. Ferrua, *gli appalti nei servizi socioassistenziali*, *cit.*

committente. Dunque sembra che il nodo cruciale su cui si è concentrata la nota ministeriale è l'assenza di una specifica autonomia nella gestione dell'organizzazione. Infatti il Ministero non ha voluto escludere del tutto le cooperative sociali dalla fornitura dei servizi infermieristici. Ha voluto, piuttosto, riscontrare che nel caso in cui vi sia un'assenza di componenti materiali, macchine e attrezzature nella titolarità dell'appaltatore, sarà necessario che siano configurabili il rischio di impresa e l'organizzazione della prestazione che sia finalizzata ad un risultato autonomo. In altre parole ha richiesto l'esistenza di un'obbligazione di risultato e non di mezzi.

## **Capitolo Quarto. Il “caso” Catania: l’ordinanza Multiservizi**

### **1. Introduzione**

L’ordinanza “Multiservizi”<sup>199</sup> di recente formulazione rappresenta un caso pratico in cui la giurisprudenza si è trovata dinnanzi alla necessità di affrontare alcuni nodi interpretativi che trovano origine dalle interconnessioni tra la disciplina del trasferimento d’azienda e la disciplina degli appalti (vedi, cap. 3). Avendo ormai chiaro il quadro normativo di riferimento sarà possibile comprendere i passaggi logico-giuridici effettuati dalla Corte d’Appello di Catania. Il caso in esame rappresenta un peculiare esempio di come la nostra giurisprudenza nazionale abbia fornito alcune risposte riguardanti l’interpretazione della normativa, nazionale e sovra-nazionale, in materia. L’ordinanza origina dalla successione nello svolgimento dell’attività di appalto dei servizi di pulizia presso le diverse scuole statali della Provincia di Catania, degli uffici comunali di Catania ed impianti sportivi. Tale attività veniva originariamente svolta dalla Catania Multiservizi s.p.a. , quest’ultima è una “partecipata” del Comune di Catania.

A tale società subentrava successivamente la società privata ATI Dussmann- Consorzio Italian Management, vincitrice dell’appalto relativo alla gestione dei servizi di pulizia in alcune delle strutture precedentemente gestite dalla Catania Multiservizi. La vicenda ha

---

<sup>199</sup> Corte di Appello di Catania, Ordinanza n. 104/2011, 4 Novembre 2011

coinvolto i numerosi lavoratori che per anni avevano prestato la propria attività presso la precedente società. Successivamente alla dismissione operata dalla Catania Multiservizi s.p.a. sono state avviate complesse e articolate procedure di consultazione sindacale in cui sono state coinvolte le Organizzazioni sindacali di categoria maggiormente rappresentative a livello regionale, provinciale, aziendale a fronte dell'iniziale volontà di ricorrere ad un licenziamento collettivo con applicazione della legge 23 Luglio 1991 n. 223 che disciplina la materia. Questa iniziale volontà di procedere con i licenziamenti collettivi non è stata successivamente posta in essere per l'intervento da un lato del Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca (MIUR) che si è impegnato a garantire le condizioni economiche godute dai lavoratori almeno fino al Giugno 2011, e dall'altro dell'ATI-Dusmann che ha deciso di procedere al riassorbimento dell'intero personale precedentemente addetto agli appalti di pulizie. L'ATI-Dusmann ha infatti garantito, fino a tale data, l'immutabilità delle condizioni economiche e normative esistenti al Dicembre 2010 e previste a favore dei lavoratori. A seguito dei summenzionati impegni, all'iniziale procedura di licenziamento collettivo è stata preferita l'applicazione della più complessa disciplina ex. art. 7 comma 4 bis del decreto legge 31/12/2007 n. 248 e dell'art. 4 del Contratto collettivo nazionale dei servizi di pulizia che disciplina la successione di appalti nel settore. Cosciente della strada intrapresa la Catania Multiservizi s.p.a. ha proceduto al licenziamento dei lavoratori comunicando contestualmente alla lettera di recesso che sarebbe stata la Dussmann, in qualità di società subentrante, a procedere all'assunzione del lavoratore addetto all'appalto a parità

di condizioni economiche e normative previste dai contratti collettivi nazionali.

Susseguentemente alla conclusione dell'iter di cui si è appena dato conto, una lavoratrice adiva in giudizio la Catania Multiservizi s.p.a. adducendo l'illegittimità del licenziamento e chiedendo una tutela cautelare ex art. 669 bis e ss. del codice di procedura civile. Tale lavoratrice contestava infatti la legittimità dell'atto di recesso ritenendo che sarebbe stata necessaria l'applicazione della disciplina prevista per i licenziamenti collettivi in luogo di quella più complessa prevista per la successione negli appalti. Il Tribunale del lavoro di Catania accolse, in primo grado, la domanda di tutela cautelare proposta dalla lavoratrice dichiarando nullo il licenziamento e intimando alla società la riassunzione della stessa. La Catania Multiservizi propose reclamo avverso l'ordinanza che, come vedremo, venne accolto. Al fine di comprendere il ragionamento giuridico su cui si basa la decisione dei giudici d'appello di Catania si procederà a segnalare la distinzione esistente tra la disciplina sui licenziamenti collettivi da un lato, e della successione d'appalti nel settore delle pulizie dall'altro, per poi esaminare alcune soluzioni alternative che si sarebbero potute dare al caso qualora fossero stati seguite differenti interpretazioni.

## **2. Licenziamenti collettivi e successione di appalti nel settore delle pulizie**

Punto centrale per l'accoglimento delle pretese della società reclamante è stato nella sentenza in esame la corretta interpretazione della disciplina sui licenziamenti collettivi

regolata dalla legge 223/1991 e della disciplina sulla successione degli appalti contenuta nell'art. 7 comma 4 bis della legge n. 31/2008 e nell'art. 4 del CCNL di categoria. Le due discipline si basano infatti su presupposti profondamente differenti, è utile quindi procedere ad una dettagliata analisi della normativa. L'art. 24 della l. 223/1991 ha attuato la direttiva comunitaria 75/129 del 17/02/1975 provvedendo a ravvicinare la legislazione degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi. Questi ultimi sono particolari licenziamenti intimati per esigenze obiettive dell'impresa nei casi in cui vi siano i requisiti indicati dalla normativa, infatti tale disciplina è caratterizzata dalla dimensione occupazionale dell'impresa, dal numero dei licenziamenti e dall'arco temporale in cui questi avvengono: l'impresa deve occupare più di 15 dipendenti, i licenziamenti devono essere almeno 5 e devono avvenire, normalmente, nell'arco temporale di 120 giorni. Questi elementi caratterizzano la disciplina dei licenziamenti collettivi rispetto ai licenziamenti individuali plurimi intimati per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'art. 3 della l. 604/1966. L'art. 24 della l. 223/1991 contiene un rinvio agli art. 4 e 5 della medesima legge in base ai quali alla disciplina dei licenziamenti collettivi per riduzione del personale trovano applicazione le procedure di mobilità previste per gli esuberi di personale presso le imprese ammesse alla CIGS. Quindi la l. 223/1991 contempla due ipotesi di licenziamento per riduzione del personale: la prima che è contenuta nell'art. 24 e si applica a tutte le imprese con più di 15 dipendenti; la seconda prevista all'art. 4 e riguardante le imprese ammesse alla CIGS. La normativa in esame fu adottata da prima

in sede comunitaria e successivamente in sede nazionale al fine di risolvere dei problemi derivanti da fenomeni che destano un allarme sociale, questi licenziamenti assumono infatti una dimensione particolarmente estesa fondata sulla riduzione o trasformazione di un'attività, di un lavoro o sulla cessazione dell'attività di impresa. Attraverso questa disciplina viene regolato in modo organico il problema delle eccedenze di manodopera promuovendo una collaborazione tra le parti sociali al fine di ricercare soluzioni alternative ai licenziamenti. Qualora l'esito delle consultazioni sindacali sia negativo si procede all'iscrizione dei lavoratori nelle liste di mobilità, vengono successivamente effettuati interventi economici a sostegno dei lavoratori disoccupati e si ricercano agevolazioni per il loro reinserimento nel mercato del lavoro.

La l. 223/1991 ha proceduto a regolare analiticamente i requisiti perché la procedura, che si esaminerà successivamente, trovasse applicazione: devono essere coinvolte imprese con più di 15 dipendenti e nel computo rientrano anche i lavoratori assunti con contratti di formazione e lavoro e apprendistato; devono essere effettuati almeno cinque licenziamenti nel termine di 120 giorni, salvo che le parti in occasione della consultazione sindacale non abbiano convenuto di prolungare il termine; la ragione giustificativa del licenziamento collettivo deve essere riconducibile ad esigenze di riduzione, trasformazione o cessazione di attività aziendale. Nel caso in cui ricorrano tali requisiti la disciplina da intraprendere prevede due fasi collegate tra loro: una fase sindacale ed una fase amministrativa. La prima si apre con una comunicazione preventiva scritta ai soggetti che

il legislatore ha ritenuto idonei a svolgere un'adeguata funzione di controllo sociale, le imprese devono dunque effettuare la comunicazione alle rappresentanze sindacali e alle associazioni di categoria o, in mancanza, alle associazioni di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative a livello nazionale. Questa informativa deve contenere informazioni relative ai motivi che hanno causato gli esuberi, ai motivi tecnici ed organizzativi in base ai quali si ritiene di non poter evitare la riduzione del personale, devono inoltre essere specificati il numero, la collocazione aziendale e i profili professionali della manodopera coinvolta ed i tempi di attuazione del piano. Tali elementi sono fondamentali per la successiva concertazione aziendale. L'attività consultiva si può protrarre per un periodo massimo di 45 giorni, a meno che non ci si trovi dinanzi a cause tassativamente previste dalla stessa legge 223 del 1991, infatti è prevista la riduzione a trenta giorni in caso di procedure concorsuali<sup>200</sup> e la riduzione o il dimezzamento dei termini se il numero dei lavoratori coinvolti è minore di dieci<sup>201</sup>. Non appena conclusa la procedura sindacale, qualunque sia il suo esito, inizia la procedura amministrativa. Il soggetto datoriale ha l'obbligo di comunicare l'esito delle consultazioni alla Regione o alla Provincia competente delegata dall'amministrazione regionale. Nel caso in cui non sia stato raggiunto un accordo a seguito della comunicazione dell'impresa si apre una nuova fase negoziale tra le parti che ha una durata massima di 30 giorni o di 15 giorni nel caso in cui i

---

<sup>200</sup> Art. 3, comma 3, L. 223/1991

<sup>201</sup> Art. 4, comma 8, L. 223/1991

lavoratori sono meno di dieci<sup>202</sup>. Nelle more di questo periodo l'ufficio regionale o provinciale competente convoca le parti al fine di effettuare un esame e procedere alla formulazione di nuove proposte volte a raggiungere un accordo e dare vita a soluzioni al fine di ricollocare i lavoratori eccedenti. Se il datore di lavoro vuole procedere con il recesso deve comunicarlo per iscritto ad ogni singolo lavoratore nel rispetto del termine di preavviso. La l. 223/1991 non si limita a regolamentare i requisiti di applicazione e la procedura, prevede inoltre dei criteri ai fini dell'individuazione dei lavoratori da licenziare. Questi criteri sono determinati o dalle consultazioni sindacali, o dai CCNL o in mancanza dalla legge stessa. E' prevista infatti una graduazione dei lavoratori in base ai: carichi di famiglia, le esigenze tecnico produttive, l'anzianità di servizio presso l'azienda. Successivamente all'individuazione dei lavoratori è possibile procedere con il licenziamento, il recesso è inefficace se non è stato comunicato per iscritto o in caso di mancata osservanza delle procedure previste, il licenziamento è inoltre annullabile quando non sono rispettati i criteri di scelta. In queste ipotesi il licenziamento può essere impugnato entro 60 giorni anche con un atto extragiudiziale e il giudice, qualora accerti l'invalidità, può disporre la reintegrazione ex art. 18 dello Statuto dei Lavoratori anche in via cautelare come avvenuto nel caso "Multiservizi". La successione di appalto è anch'essa regolamentata dalla legge e nel settore in esame dalla contrattazione collettiva (vedi, cap. 3) e regola la cessazione di una pluralità di rapporti di lavoro con l'impresa cedente e la loro

---

<sup>202</sup> Art, 4 comma 8, L. 223/1991, *cit.*

riassunzione presso l'impresa subentrante *ex novo*. A differenza della fattispecie del licenziamento collettivo sopra menzionata non ricorre un'ipotesi di recesso in senso tecnico, ma si è di fronte ad una fattispecie complessa nella quale si procede ad effettuare una risoluzione dei rapporti lavorativi già in essere presso l'impresa cessante con una contestuale costituzione di nuovi rapporti presso l'impresa subentrante. La disciplina prevista in tema di successione di appalti mira alla conservazione dei livelli occupazionali preesistenti alla successione. I casi in cui trova applicazione la disciplina contenuta nella legge 223 del 1991 si differenziano da quelli in cui trova applicazione la più complessa disciplina di natura legale e contrattuale prevista in materia di appalti. Nell'ordinamento nazionale le vicende riguardanti la successione di appalto sono disciplinate dalla normativa contenuta ex art. 7 comma 4 bis del decreto legge n. 2487 del 31 Dicembre 2007 e nel settore specifico del caso in esame dall'art. 4 del CCNL per i dipendenti che svolgono servizi di pulizia e servizi integrati. La particolarità di tale disciplina legale sta nel fatto che la sua emanazione è stata stimolata dalla contrattazione collettiva dei vari settori che già aveva previsto delle regole da applicare ai casi concreti di successione di appalti. La disciplina legale<sup>203</sup> in materia statuisce che “*nelle more della completa attuazione della normativa in materia di tutela dei lavoratori impiegati in imprese che svolgono attività di servizi in appalto al fine di favorire la piena occupazione e garantire l'invarianza del trattamento economico complessivo*

---

<sup>203</sup> Art. 7 comma 4-bis della legge n. 31 del 2008

*dei lavoratori, l'acquisizione del personale già impiegato nel medesimo appalto, a seguito del subentro di un nuovo appaltatore, non comporta l'applicazione delle disposizioni legali in materia di licenziamenti collettivi nei confronti dei lavoratori riassunti dall'impresa subentrante a parità di condizioni economiche e normative previste dai contratti collettivi nazionali di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative.*" La contrattazione collettiva <sup>204</sup>, considerando che il settore delle pulizie è caratterizzato dalla produzione di servizi tramite la stipulazione di contratti di appalto, rilevando inoltre che in questo settore avvengono rapidi cambi di gestione fra le imprese con contestuali risoluzioni dei rapporti di lavoro da parte dell'impresa cedente e la predisposizione delle risorse lavorative attraverso la stipulazione di nuovi contratti di lavoro da parte dell'impresa subentrante, i contraenti devono prestare attenzione da un lato alle caratteristiche strutturali del settore e dall'altro devono tentare di verificare i livelli complessivi dell'occupazione. Tale normativa prevede, come già esaminato (vedi cap. 3), una complessa procedura in cui l'impresa cessante è tenuta a fornire una comunicazione, nei 15 giorni precedenti, alle strutture sindacali aziendali e territoriali competenti in cui viene fornita la consistenza numerica degli addetti al servizio di appalto, l'orario settimanale, indicando inoltre le maestranze occupate almeno da quattro mesi. L'impresa subentrante dovrà dare preventiva comunicazione, ove possibile nei 15 giorni

---

<sup>204</sup> Art. 4 del Contratto collettivo nazionale dei servizi di pulizia e servizi integrati

precedenti, alle strutture sindacali firmatarie del CCNL del proprio subentro nell'appalto precedentemente gestito dall'impresa cessante. Il nuovo contratto d'appalto può contenere, come nel caso in esame, una parità di termini, di modalità e prestazioni contrattuali oppure può prevedere delle modificazioni degli stessi. Nel primo caso l'impresa subentrante si impegnerà ad assumere il personale addetto nel precedente appalto che risulti da documentazione probatoria da almeno 4 mesi, nel secondo caso invece viene prevista una procedura concertativa al fine di esaminare la situazione e armonizzare le nuove esigenze tecnico-organizzative dell'appalto con il mantenimento dei livelli occupazionali, facendo, qualora sia necessario, ricorso a processi di mobilità o a strumenti quali la riduzioni dell'orario di lavoro o la mobilità. Dalla normativa si evince dunque che a tutela dei lavoratori impiegati nelle imprese, in caso di cessazione dell'appalto saranno in ogni caso attivate delle comunicazioni sindacali che concernono essenzialmente il numero dei lavoratori che sono addetti nell'appalto da almeno 4 mesi e le condizioni del subentro. Inoltre l'acquisizione del personale già impiegato nel medesimo appalto, successivamente al subentro del nuovo appaltatore, non determina l'applicazione dell'art. 24 della legge 23 Luglio 1991 n. 223 nei confronti dei lavoratori riassunti dall'azienda subentrante a parità di condizioni economiche e normative previste dai contratti collettivi nazionali di settore stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative al fine di favorire la piena occupazione e di garantire la salvaguardia del trattamento economico complessivo dei

lavoratori. Nel caso in cui invece tale parità di condizioni economiche e normative non possa essere garantita nei confronti di tutti i lavoratori, poiché si è di fronte ad un mutamento delle condizioni economiche complessive dell'appalto, nei confronti dei lavoratori riassunti da parte dell'azienda subentrante non si fa in ogni caso applicazione alla disciplina prevista dalla l. 223/1991. In tal caso vi è l'assunzione diretta previa risoluzione dei rapporti con l'impresa cedente, invece i lavoratori non riassunti saranno licenziati e solo qualora ricorrano i presupposti numerici e temporali potranno trovare applicazione le garanzie procedurali che riguarderanno anche l'individuazione dei lavoratori ceduti. Dall'esame condotto si nota con chiarezza la diversità ontologica tra le due fattispecie: la disciplina sui licenziamenti collettivi mira infatti ad individuare le maestranze da licenziare tra tutte quelle impiegate, la disciplina sugli appalti, viceversa, mira a garantire la riassunzione dei lavoratori già addetti all'appalto. In quest'ultimo caso non occorrono le garanzie previste dalla l. 223/1991 né un intervento penetrante delle associazioni sindacali che assumono un ruolo centrale soltanto qualora vi sia un cambiamento delle condizioni economiche da applicare o vi sia la necessità di intervenire sul numero complessivo dei lavoratori da riassumere. Nell'ordinanza Multiservizi il collegio giudicante ha ritenuto che non potesse essere applicata la disciplina sui licenziamenti collettivi in quanto non ne ricorrevano i presupposti applicativi. I giudici hanno ritenuto che andasse applicata la normativa sulla successione di appalti in quanto nel caso di specie non andava dimesso un notevole numero di lavoratori, ma l'operazione

mirava a consentire il passaggio diretto presso l'impresa subentrante, l'ATI-Dusmann.

### **3. La non applicabilità della disciplina sul trasferimento di azienda**

Dall'esame dell'ordinanza "Multiservizi" si evince come la Corte d'Appello di Catania abbia tentato di sciogliere il dubbio relativo all'applicabilità delle due opposte discipline summenzionate: la normativa in tema di licenziamenti collettivi e la normativa sulla successione di appalti. E' rimasta fuori dal percorso logico-giuridico portato avanti dalla Corte la possibilità che nel caso in esame potesse trovare applicazione l'art. 2112 del codice civile in tema di tutela dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda. E' possibile affermare che il caso in esame, qualora fosse stato sottoposto all'opera interpretativa dei giudici comunitari, avrebbe avuto certamente differenti soluzioni ermeneutiche.

Come visto nel corso di questo lavoro la Corte del Lussemburgo ha più volte operato un'estensione dell'applicabilità della disciplina del trasferimento d'azienda a fattispecie simili a quella appena considerata (vedi cap. 1). Nella vigenza della Direttiva 77/187/CEE era stata condotta un'opera di estensione dell'applicabilità delle tutele previste per i lavoratori in caso di trasferimento d'azienda anche quando, come nel caso di specie, non vi fosse un contatto diretto tra l'impresa precedentemente titolare della gestione del servizio e la nuova impresa subentrante nella gestione della stessa. I casi come quelli trattati

nell'ordinanza in questione si caratterizzano infatti per l'esistenza di tre soggetti: un ente pubblico, ed altri due soggetti di natura generalmente privata che si succedono tra di loro senza avere un contatto diretto tra loro. I casi *Redmond Stichting*<sup>205</sup> e *Oy Liikenne Ab*<sup>206</sup> rappresentano, come visto (vedi, cap. 1), un valido esempio nel quale la Corte europea ha ritenuto applicabile la disciplina sul trasferimento d'azienda anche in mancanza di un collegamento diretto tra cedente e cessionario. In entrambi i casi si era verificata la successione di appalto nella gestione di servizi pubblici, era presente, come nel caso *Multiservizi*, un ente pubblico committente e due soggetti che si susseguivano nell'effettuazione del servizio oggetto di appalto. La Corte ha, in questi due casi ritenuto, che la direttiva possa trovare applicazione anche in assenza di un collegamento contrattuale diretto tra l'impresa che precedentemente gestiva l'appalto e l'impresa subentrante. La circostanza che la decisione del trasferimento viene presa unilateralmente dall'ente pubblico a prescindere da qualunque collegamento con i soggetti gestenti il servizio non osta all'applicazione della disciplina in tema di trasferimento d'azienda. Dal canto suo il legislatore nazionale si è orientato diversamente, la nostra giurisprudenza nelle varie sentenze che si sono succedute ha mostrato di seguirne gli orientamenti, ed il caso in esame è sicuramente un valido esempio. Il terzo comma dell'art. 29 del d.lgs 276/2003 ha disposto esplicitamente che l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo

---

<sup>205</sup> C-29/91 *Dr. Sophie Redmond Stichting c. Hendrikus Bartol ea.*

<sup>206</sup> C-172/99, *Oy Liikenne Ab. C. Pekka Liskojarvi e Pentti Juntunen*

appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola di contratto d'appalto non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda. Con questa scelta l'ordinamento italiano si è posto in netta contrapposizione con gli orientamenti emersi precedentemente in sede comunitaria. La scelta posta in essere dalla Legge Biagi è chiaramente orientata a predisporre un meccanismo che deroghi le tutele previste dall'art. 2112 del codice civile rendendo, come nel caso in esame, applicabile la disciplina prevista dalla contrattazione collettiva che sebbene miri sempre alla conservazione dei posti di lavoro non assicura la conservazione delle altre tutele apportate dall'art. 2112 del codice civile: la conservazione dei diritti maturati presso il precedente datore di lavoro, la responsabilità solidale, il divieto di licenziamento. Queste possono essere previste dalla contrattazione collettiva in alcuni settori ma non sussistere in altri, determinando una profonda differenza di garanzie per i lavoratori coinvolti nella successione di appalti. Nell'art. 2112 del codice civile è statuito che si ha trasferimento d'azienda quando si è in presenza di una *cessione contrattuale*, tale formula è chiaramente riproduttiva dell'espressione contenuta nelle direttive comunitarie e introduce elementi di discordanza con gli orientamenti emersi in sede nazionale. Il principale interrogativo che bisogna porsi è se il riferimento alla cessione contrattuale sia in grado di escludere dall'applicazione della disciplina sul trasferimento d'azienda alcune fattispecie come quelle della successione di un imprenditore ad un altro realizzate al di fuori di atti traslativi di

carattere negoziale<sup>207</sup>. Esistono due opposti orientamenti; secondo il primo le espressioni in esame rappresenterebbero solo una riproduzione delle espressioni usate in sede comunitaria senza determinare un effetto restrittivo rispetto agli orientamenti giurisprudenziali che già riconoscevano la sussistenza di un trasferimento d'azienda anche in assenza di una connessione negoziale tra cedente e cessionario<sup>208</sup>. Secondo un altro indirizzo interpretativo invece, condizione imprescindibile per l'esistenza di un trasferimento d'azienda è la sussistenza di una vera e propria cessione contrattuale<sup>209</sup>. Una conferma a tale orientamento è individuabile nel comma terzo dell'art. 29 del d.lgs 276/2003 che, come detto, opera un'esclusione dell'applicazione della normativa sul trasferimento d'azienda nel caso in cui vi sia una mera successione di un nuovo appaltatore ad un precedente appaltatore anche quando il primo sia tenuto ad acquisire per qualche ragione il personale impiegato nella stessa attività.

La possibilità che il cambio di gestione in un appalto venga configurato come trasferimento d'azienda rappresenta una forte preoccupazione per l'appaltatore subentrante. Questi infatti qualora si applicasse, in conformità col diritto comunitario, la disciplina sul trasferimento d'azienda, dovrebbe rispondere in solido col precedente appaltatore delle obbligazioni nei confronti dei lavoratori trasferiti; non potrebbe poter decidere quale

---

<sup>207</sup> G. Ferraro, metamorfosi dell'impresa e tutela del lavoro (a proposito del trasferimento d'azienda nella riforma Biagi) in ADL, 2004

<sup>208</sup> R. Romei, il campo di applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda, in R. De Luca Tamajo- M. Rusciano- L. Zoppoli ( a cura di), Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema, 2004

<sup>209</sup> C. Cester, trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro: la nuova disciplina, in Lav. Giur. , 2001.

personale far rimanere alle proprie dipendenze; non vorrebbe riconoscere ai lavoratori trasferiti alcuni trattamenti individuali ad personam (es. superminimi); nel caso in cui ci si trovi dinnanzi ad un appalto in cui vi è un mutamento delle condizioni previste nel primo appalto il nuovo appaltatore ha la necessità di poter riorganizzare liberamente le prestazioni necessarie per lo svolgimento del servizio. Attraverso la disciplina speciale contenuta nell'art. 4 del CNL, che il collegio ha ritenuto applicabile nel caso in esame, si viene a marcare un profondo limite tra l'appaltatore precedente e il nuovo appaltatore. Il primo procederà ai licenziamenti ed il secondo, in ottemperanza al contratto collettivo, adempirà ai propri obblighi negoziali.

### **3.1. Il trasferimento di attività “labour intensive”**

Il caso in esame rientra nell'alveo delle c.d. attività economiche “labour intensive”. Il servizio di pulizia deve essere ricondotto tra le attività in cui il substrato immateriale risulta avere un'importanza maggiore rispetto al substrato materiale, la prestazione coordinata dei lavoratori rappresenta il *core* dell'attività esercitata assumendo un'importanza maggiore rispetto agli eventuali strumenti materiali utilizzati per lo svolgimento dell'attività stessa. La Corte di giustizia europea<sup>210</sup> è stata negli ultimi anni ferma nel confermare che in settori come quelli in questione, dove l'attività si basa maggiormente sulla manodopera, la mancanza di significativi elementi patrimoniali non è determinante ai fini della qualificazione

---

<sup>210</sup> C-108/10

dell'attività economica. Da questo assunto si comprende come, in assenza della disciplina prevista nella legge Biagi, la fattispecie contenuta nell'ordinanza "Multiservizi" andrebbe *tout court* ricondotta all'applicazione della disciplina sul trasferimento d'azienda. E' altresì da escludere in base agli orientamenti emersi in sede comunitaria che le attività esercitate dai pulzieri nei confronti delle Pubbliche Amministrazioni possano essere sottratte dal concetto di "entità economica". In base a tali orientamenti deve ritenersi che siano esclusi dalla qualificazione di "attività economica" le attività che si ricollegano all'esercizio delle prerogative dei pubblici poteri<sup>211</sup>. Non si deve credere però che il servizio di pulizia presso le scuole ed altri impianti della Provincia di Catania possa essere qualificato come prerogativa dei pubblici poteri. E' determinante perché si possa parlare di entità economica che ci si trovi dinnanzi ad attività, come quella del caso di specie, basate essenzialmente sulla manodopera, un complesso strutturato di lavoratori, nonostante non vi sia la presenza di elementi patrimoniali, può corrispondere alla nozione di entità economica ai sensi della normativa comunitaria. Non bisogna però pensare che il semplice trasferimento di un coacervo di rapporti di lavoro possa configurare un trasferimento d'impresa, è infatti necessario come nel caso in esame che tale gruppo di lavoratori sia dotato altresì di una propria autonomia. Quest'ultima è individuabile quando i responsabili del gruppo di lavoro di cui trattasi siano in grado di organizzare, in modo relativamente libero e indipendente, il lavoro in seno al gruppo citato

---

<sup>211</sup> C-298/94

impartendo istruzioni e distribuendo compiti ai lavoratori appartenenti al gruppo. Nonostante tale notazione, il gruppo deve disporre di un certo grado di libertà nell'esecuzione e nell'organizzazione del compito che gli è affidato. E' possibile rilevare che anche questi requisiti sono presenti presso gli addetti di pulizia coinvolti nell'ordinanza in esame. Questi infatti svolgevano presso la Catania Multiservizi s.p.a. in maniera coordinata i medesimi compiti che successivamente hanno gestito presso la ATI-Dussmann mantenendo la propria identità dopo l'operazione di cessione effettuata. Nonostante tali notazioni, come già precedentemente segnalato, non si evince dall'ordinanza alcun riferimento alla disciplina sul trasferimento d'azienda. I giudici della Corte di Appello di Catania hanno fedelmente seguito le indicazioni e gli orientamenti emersi nella maggioranza dei casi sottoposti all'attenzione della giurisprudenza di legittimità. Qualificando la fattispecie in esame come trasferimento d'azienda si sarebbero avute determinate conseguenze: non sarebbe avvenuto l'intervento delle organizzazioni sindacali; non si sarebbe presa in esame la possibilità di procedere con dei licenziamenti collettivi; non avrebbe trovato applicazione la disciplina del CCNL o questa sarebbe stata una tutela aggiuntiva rispetto a quella legale. Le peculiarità della disciplina nazionale hanno invece comportato l'adozione della più complessa disciplina elaborata dapprima in sede di contrattazione collettiva e successivamente a livello legale sulla successione di appalti. Nel caso in esame, la lavoratrice, nonostante l'assunzione presso l'ATI-Dussmann, ha proceduto con l'impugnativa del licenziamento individuale che

le era stato comunicato dalla Catania Multiservizi s.p.a. lamentando, come visto, il mancato rispetto della procedura prevista in tema di licenziamenti collettivi. Quello che interessa da un punto vista interpretativo non sono le motivazioni per cui la lavoratrice ha proceduto ad impugnare il licenziamento, ma la possibilità, ad avviso tanto del Tribunale di Catania quanto della Corte di Appello di Catania, che questa avesse il diritto ad impugnare. Nell'ordinanza in esame i giudici d'appello siciliani hanno seguito il ragionamento portato avanti in alcuni precedenti dalla Corte di Cassazione<sup>212</sup>. La possibilità di pattuire l'instaurazione di un nuovo rapporto di lavoro con l'impresa subentrante nell'appalto non incide comunque sul diritto del lavoratore di impugnare il licenziamento intimatogli per ottenere il riconoscimento della continuità giuridica del rapporto originario. E' stato infatti statuito che il diritto previsto dall'art. 4 del CCNL di essere assunti presso il nuovo appaltatore non costituisce acquiescenza all'atto di recesso. Il datore di lavoro è infatti tenuto in ogni caso a rispettare la normativa prevista sui licenziamenti<sup>213</sup>.

#### **4. Le conseguenze della non applicabilità della normativa sul trasferimento d'azienda.**

Dopo aver chiarito alcuni passaggi affrontati nell'ordinanza e tentato di fornire alcune risposte agli interrogativi è necessario verificare su quali presupposti il collegio giudicante abbia basato la

---

<sup>212</sup> Cass, 24 Febbraio 2006, n. 4166

<sup>213</sup> Cass, 9 giugno 2005, n. 12136

sua decisione circa il reclamo presentato dalla Catania Multiservizi s.p.a. e analizzare tutte le conseguenze derivanti dalla non applicabilità dell'art. 2112 a casi analoghi a quello considerato. Successivamente a tale operazione ermeneutica sarà possibile comprendere i risvolti pratici derivanti dall'applicazione della normativa contrattuale prevista nel CNNL invece dell'applicazione della normativa legale sul trasferimento d'azienda prevista dall'art. 2112 del codice civile. La Corte d'Appello di Catania ha accolto le doglianze della società reclamante ritenendo legittima la procedura seguita dalle due società coinvolte. Infatti nella lettera di licenziamento che la Catania Multiservizi s.p.a indirizzava alla lavoratrice ricorrente si leggeva che *“La Dusmann, società subentrante, procederà, pertanto, all'assunzione del lavoratore addetto all'appalto a parità di condizioni economiche e normative previste dai contratti collettivi nazionali di settore”*. Con tale comunicazione la Catania Multiservizi si limitava a riportare le espressioni letterali contenute nell'art. 7 comma 4-bis della l. 31/2008 senza che la stessa società potesse sapere quali fossero le successive intenzioni della nuova azienda appaltatrice in relazione alle condizioni economiche da proporre ai lavoratori subentranti. Inoltre il collegio giudicante ha fatto notare come dall'impegno dell'immutabilità delle condizioni economiche e normative fino al 30.06.2011 non era possibile desumere alcuna promessa di assoluta immutabilità delle condizioni del contratto nel corso del tempo in quanto non esiste alcun istituto giuridico al quale si può ricavare l'esistenza di un principio di assoluta immutabilità delle condizioni del contratto nel corso del tempo. I dipendenti della società reclamante potevano certamente vedersi riconosciuta

un'immutabilità del loro trattamento economico e normativo nel prossimo futuro senza che ciò si trasformasse in una garanzia perpetua che nessuno avrebbe potuto offrire. Il settore preso in considerazione è, infatti, fortemente influenzato da possibili e altresì legittimi mutamenti economici e normativi derivanti dall'esistenza di possibili diverse congiunture economiche. Alla stregua di questo ragionamento il reclamo è stato accolto ritenendo insussistente il *fumus boni iuris* e ritenendo superflua ogni disamina relativa al *periculum in mora*.

Si vede dunque con chiarezza come i giudici abbiano applicato con estrema parsimonia la disciplina nazionale non pervenendo a formulare nessun accenno relativo al diritto comunitario e non prendendo nemmeno in considerazione la possibilità che potesse trovare applicazione l'art. 2112 del codice civile. La procedura seguita nel caso in questione si caratterizza per la totale assenza di un qualsivoglia collegamento negoziale tra le parti, ergendo uno scudo tra primo appaltatore cessante e secondo appaltatore subentrante al fine di elidere ogni connessione tra i due soggetti e giustificare esclusivamente l'applicazione della disciplina negoziale. Dalla non applicazione della disciplina sul trasferimento d'azienda derivano gravi complicità. La perdita dell'appalto potrebbe essere qualificata come una riduzione patologica o una trasformazione di attività o di lavoro potendo comportare l'applicazione della disciplina del licenziamento collettivo in caso in cui siano coinvolti più di 5 lavoratori e si tratti di imprese che occupano più di 15 dipendenti, ma il tempo occorrente per gestire correttamente questa procedura rischia di impedire o comunque ostacolare gravemente l'effettiva tutela dei posti di lavoro non

potendo l'impresa subentrante e il committente aspettarne l'espletamento per riprendere lo svolgimento del servizio. Il lavoratore assunto dal nuovo appaltatore avrebbe la possibilità di impugnare il precedente licenziamento e cumulare la tutela collettiva con quella legale (vedi cap. 2) nel caso in cui questi si faccia prima assumere, invocando la previsione del contratto collettivo, e poi impugni il licenziamento del precedente appaltatore. Nel caso in cui l'impresa cessante ometta di licenziare il lavoratore vi è la possibilità per quest'ultimo di dimettersi e pretendere l'assunzione da parte del nuovo appaltatore in modo da non rischiare un indesiderato trasferimento presso un'ulteriore impresa terza; fenomeni come questo possono essere letti come una mancanza di collaborazione dell'impresa cessante. Questa può essere determinata dal desiderio di non perdere un lavoratore capace e fidato o come un intento punitivo nei confronti di un lavoratore che ha creato gravi problemi, tale ultima finalità sarebbe facilmente raggiungibile mediante il trasferimento del lavoratore a una sede disagiata, asserendo di non poterlo più mantenere dove svolgeva il servizio a seguito della perdita dell'appalto, ma, per non licenziarlo, di volere utilizzare la sua esperienza e professionalità nel nuovo luogo di lavoro<sup>214</sup>. La non applicazione delle previsioni codicistiche comporta inoltre la possibilità per il nuovo appaltatore di applicare un diverso e peggiore contratto collettivo e, comunque, di non applicare il precedente contratto integrativo aziendale, il lavoratore coinvolto potrebbe non vedersi riconosciuta l'anzianità acquisita e i conseguenti scatti retributivi, non sarebbe nella

---

<sup>214</sup> D. Buoncristiani, Forme di tutela del lavoratore "ereditato" nel cambio di gestione di appalti labour intensive, in *Rivista di Diritto del Lavoro*, 2007.

condizione di proseguire la forma particolare del rapporto di lavoro, apprendistato o contratto di formazione e lavoro, conteggiando il periodo lavorativo già trascorso alle dipendenze del precedente appaltatore. Nel caso in cui ci si trovi di fronte ad un lavoratore assunto per la sostituzione di un altro lavoratore assente con il diritto alla conservazione del posto è necessario stabilire se devono essere assunti o no sia il lavoratore sostituito che il lavoratore sostituto; se deve essere assunto solo il lavoratore sostituito, poiché effettivamente impiegato nell'appalto nel momento in cui avviene la successione, vi è la possibilità per il lavoratore sostituito di subentrare al momento della cessazione della causa di sospensione del rapporto e, successivamente, vi è la necessità di mantenere il lavoratore sostituito assunto a termine fino a quando permanga la necessità della sostituzione. Nel caso in cui, a differenza dell'ordinanza "Multiservizi", vi sia un mutamento delle condizioni dell'appalto, con l'impossibilità dell'impresa subentrante di prendere in carico tutti i lavoratori che prestavano la loro attività presso il precedente appaltatore a parità di termini contrattuali, si avrà una situazione di conflitto capitale- lavoro non regolata. Da un lato vi è infatti, l'esigenza dei lavoratori impiegati nell'appalto alla continuità del rapporto di lavoro alle dipendenze del nuovo appaltatore e dall'altro l'esigenza di quest'ultimo di organizzare liberamente il proprio servizio senza dover rispondere delle obbligazioni precedentemente assunte dal vecchio appaltatore. Il nuovo appaltatore in sostanza potrebbe offrire in tal modo lo stesso servizio ad un prezzo più conveniente impiegando un minor numero di lavoratori, utilizzando macchinari diversi, adoperando lavoratori più produttivi. La Corte di Giustizia dell'Unione Europea si è

orientata su questo secondo percorso logico sacrificando sull'altare della libera concorrenza<sup>215</sup> ogni problematica connessa con la tutela dei livelli occupazionali, affermando da un lato, che la possibilità di aprire il mercato dei servizi ai nuovi appaltatori è pregiudicata da tutte le clausole contrattuali che impongono al nuovo appaltatore l'assunzione dei dipendenti dell'imprenditore cessante, e spingendo dall'altro, anche in assenza di un'obbligazione in tal senso, il nuovo appaltatore a non assumere i lavoratori già impiegati nell'appalto per non dar vita ad una fattispecie di trasferimento d'azienda con tutti gli oneri da essa derivanti. Infatti, secondo un orientamento minoritario portato avanti in sede giurisprudenziale ed in dottrina<sup>216</sup> costituisce un indice di trasferimento d'azienda l'assunzione di una parte essenziale, in termini di numero e competenze, del personale ereditato dal precedente gestore del servizio, in base a ciò l'art. 29 comma terzo del d.lgs 276/2003 non escluderebbe *tout court* la fattispecie del trasferimento d'azienda in caso di acquisizione del personale già impiegato nel precedente appalto, si determinerà la fattispecie del trasferimento d'azienda nel caso in cui si verifichi la riassunzione da parte del nuovo imprenditore di una quota rilevante ed organizzata di dipendenti specificamente e stabilmente assegnati ad un compito comune in settori in cui l'attività si fonda sulla manodopera.

E' necessario inoltre sottolineare come nel fisiologico cambio di gestione degli appalti assume grande rilevanza per gli imprenditori coinvolti la massima certezza del diritto e dei costi conseguenti al passaggio di consegne; l'imprenditore ricerca la sicurezza di non

---

<sup>215</sup> D. Buoncristiani, *Forme di tutela del lavoratore "ereditato"*, *cit.*

<sup>216</sup> Cass., 24 Gennaio 2002, causa n. 51/2000, nota R. Cosio, *Appalti e trasferimenti di imprese*, FI, 2004.

dover affrontare controversie con il personale che non vuole tenere alle proprie dipendenze e l'imprenditore subentrante vuole aver la certezza di non dover assumere personale sgradito o in esubero.

### **5. Trasferimento d'azienda e appalti: una risposta che tarda ad arrivare**

Il caso affrontato dai giudici d'appello di Catania nell'ordinanza "Multiservizi" non è altro che un valido esempio di come le interconnessioni esistenti tra la materia degli appalti e quella del trasferimento d'azienda possano dar vita a differenti e talora opposte soluzioni. Il diritto del lavoro origina per larga parte dalle scelte che vengono portate avanti dai diversi legislatori, che nei paesi aderenti all'Unione Europea devono prestare attenzione, non solo al rispetto dei tanti principi contenuti nelle carte costituzionali, ma anche all'opera di adeguamento portata avanti in sede sovranazionale. Il ripido e non sempre lineare percorso d'integrazione europea ha fatto sì che vi fosse uno squilibrio tra i diversi Stati membri nella velocità di adeguamento alle direttive comunitarie, queste infatti necessitano, a differenza dei regolamenti, di un'iniziativa parlamentare che possa portare all'emanazione di una legge di adeguazione senza la quale la direttiva rimane inapplicabile nei singoli Stati membri. Tralasciando ogni considerazione relativa alla possibilità che i singoli cittadini facciano valere la responsabilità degli Stati membri per il mancato adempimento dell'obbligo di adeguamento al dettato comunitario, è necessario interrogarsi sull'effettiva capacità di controllo da parte degli organi

comunitari sulla qualità della legislazione con cui i singoli Stati membri si adeguano alle prescrizioni comunitarie. La disciplina sul trasferimento d'azienda e le sue influenze sulla successione negli appalti, rappresentano, come visto, uno degli argomenti più roventi sul quale la pratica, la dottrina, e la giurisprudenza si sono dovute interrogare. Al tavolo dei summenzionati interlocutori, che hanno fornito risposte eterogenee in materia, è mancato l'interlocutore più autorevole: la Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Questa assenza non è certo imputabile ai giudici comunitari che in nessun modo avrebbero potuto pronunciarsi sulla compatibilità del disposto del terzo comma dell'art. 29 del d.lgs 276/2003 se non chiamati in causa da un rinvio pregiudiziale dei giudici nazionali italiani. L'attività della giurisprudenza italiana dal 2003 ad oggi si è caratterizzata per una gelosa pratica di risoluzione "domestica" del problema, i giudici si sono divisi su differenti ed opposti schieramenti fornendo in situazioni analoghe soluzioni opposte. Non ha fornito un aiuto rilevante, come visto nel corso di questo lavoro, nemmeno la Corte di Cassazione che ha svolto in maniera convulsa la propria funzione nomofilattica, non sono state d'ausilio neanche le parti sociali che attraverso l'operazione di contrattazione collettiva hanno tentato di garantire a livello negoziale ciò che è incerto poter garantire a livello legale, aumentando in tal modo le fonti giuridiche di riferimento. I lavoratori e le imprese coinvolte nelle operazioni di successione degli appalti di servizi avrebbero bisogno di maggiori certezze che la giurisprudenza italiana non può garantire. Nel caso "Multiservizi" i giudici hanno ritenuto correttamente applicabile la normativa sulla successione degli appalti in luogo di quella sui licenziamenti collettivi non

affrontando in maniera diretta il problema di cui si sta dando conto adesso. Per dare una soluzione a questo problema non è sufficiente parteggiare per un'interpretazione tra quelle già elaborate o procedere con la creazione di una propria, aumentare la gamma delle possibilità che i giudici italiani potrebbero percorrere significherebbe dare ulteriore incertezza nell'applicazione pratica della materia. Bisogna chiedersi allora da dove trarre quelle risposte che adesso mancano e verificare in particolare chi può fornirle.

Per far ciò possono essere percorsi due differenti sentieri. In base al primo è sufficiente, andando a ritroso nel recente passato, verificare chi ha dato vita a tale situazione peculiare di conflitto, la risposta a tale domanda è semplice: il legislatore nazionale. Un intervento correttivo del legislatore italiano sull'impianto giuridico complessivo fuoriuscito dalla "Riforma Biagi" potrebbe non soltanto orientare la materia in conformità a quanto elaborato dalla giurisprudenza comunitaria, ma potrebbe altresì regolamentare dettagliatamente la materia sulla scorta dell'esperienza giurisprudenziale maturata in questi ultimi dieci anni. Il secondo sentiero ha come presupposto il fallimento del primo ed è forse il più attuabile in un orizzonte di medio periodo, i giudici nazionali stante l'immutabilità dell'attuale normativa potrebbero operare un rinvio pregiudiziale presso la Corte di Giustizia dell'Unione Europa. Quest'ultima in tal modo avrebbe una duplice *chance*: da un lato potrebbe dare una risposta circa la conformità del terzo comma dell'art. 29 del d.lgs 276/2003 con la direttiva comunitaria 2001/23 in tema di trasferimento d'impresa, e dall'altro avrebbe l'occasione di rivedere o confermare il proprio orientamento circa la riconduzione all'ambito d'applicazione della direttiva della

fattispecie in esame. Potrebbe in tal modo stabilire nuovamente se il trasferimento di un gruppo lavoratori dotato di una propria autonomia e capacità organizzativa possa determinare, anche in assenza di substrati materiali significativi, un trasferimento d'impresa ai sensi del diritto comunitario.

## **BIBLIOGRAFIA**

**Aimo M.** , Stabilità del lavoro e tutela della concorrenza. Le vicende circolatorie dell'impresa alla luce del diritto comunitario, in *Lavoro e Diritto*, 2007, p. 417-442.

**Andreoni A.** , Impresa modulare, trasferimento d'azienda, appalti interni: la soft law sul ciclo di produzione, in GHEZZI ( a cura di), *il lavoro fra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, Roma, 2004, pp. 197 ss.

**Barraco E.** , Cessione di azienda e facoltà di opposizione dei lavoratori: riscoperta garantistica dell'individuo o mercificazione del lavoro? in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2005.

**Bavaro V.** , “il trasferimento d'azienda”, in *Aa.Vv. Lavoro e Diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, a cura di P. Curzio, Cacucci, Bari, 2004.

**Bollini R.** , Protezione del lavoro nel trasferimento d'azienda: il d.l. 135/2009 e il c.d. Caso Alitalia alla luce della disciplina comunitaria, in *Rivista Italiana del diritto del lavoro*, 2010.

**Buoncrisiani D.** , Forme di tutela del lavoratore “ereditato” nel cambio di gestione di appalti labour intensive, in *Rivista di Diritto del Lavoro*, 2007.

**Cappelletti M. – Seccombe M. - Weiler J.H.H.** (a cura di), *Integration Through Law: European and the American Federal Experience*, Walter de Gruyter, Berlin, 1986.

**Carabelli U.- Veneziani B.** , *Il trasferimento d'azienda in italia*, in *La transmission de impresa en Europa*, Cacucci, Bari, 1999, p. 137 ss.

**Carabelli U.** , Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda: la dimensione individuale, in RIDL, 1995, p. 43 ss.

**Carinci M.T.** , **Imberti L.** , la tutela dei lavoratori negli appalti dopo il dlgs 251/2004 in AA,VVm Commentario al D. lgs 10 Settembre 2003, n. 276, coordinato da F.Carinci, il “correttivo” alla legge di riforma del mercato del lavoro, Ipsoa, Milano, 2005.

**Carinci M.T.** , Gli appalti nel settore privato. La distinzione tra appalto e trasferimento d'azienda ed il trattamento dei lavoratori impiegati nell'appalto, in Il diritto del mercato del lavoro, 2006, p. 425.

**Caro M.** , Attualità e rinunciabilità del diritto individuale alla conservazione del posto in caso di trasferimento dell'azienda, in Rivista Italiana Diritto del Lavoro, 2001.

**Caruso B.** , Il diritto del lavoro nel tempo della sussidiarietà (le competenze territoriali nella governance multilivello) in Arg. dir. Lav. 2004, p. 801.

**Cester C.**, Il trasferimento di azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme di organizzazione dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa? In AA.VV, commentario al dlgs 276/2003 coordinato da F. **Carinci** a cura di M. T. Carinci e C. Cester, somministrazione, comando, appalto, trasferimento di azienda, Ipsoa, Milano, 2004.

**Cester C.** , Le novità in materia di trasferimento d'azienda in F. Carinci, Il diritto del lavoro dal “Libro Bianco” al disegno di legge delega del 2002, IPSOA, Milano, 2002, 32.

**Cester C.** , Somministrazione, comando, appalto, trasferimento di azienda, IPSOA, Milano, 2004.

**Cester C.** , Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro: la nuova disciplina, in Lav. Giur. , 2001.

**Chiacchieroni F.** , Avviamento al lavoro. Ritardo nell'assunzione e responsabilità contrattuale, in Riv. Giur. Diritto del lavoro, 1988.

**Chieco P.** , Le nuove esternalizzazioni tra prestazioni di lavoro a favore dei terzi(somministrazione di lavoro, distacco) e appalti labour intensive, in P.Curzio "Lavori e diritti a tre anni dalla l. 30/2003, Bari. 2004.

**Cianflone A. , Giovanni G.** , l'appalto di opere pubbliche, Giuffrè editore, Milano, 2003.

**Corazza L.** , La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore, in WP C.S.D.L.E "Massimo D'Antona. IT-93/2009( [www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp](http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp)).

**Corvino A.** , Uno Stop agli appalti fittizi nelle strutture sanitarie? In Diritto delle relazioni industriali, Giuffrè , Milano 2007.

**D'Antona M.** , Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismo dell'Unione Europea, in B. Caruso- S. Sciarra(a cura di), Massimo D'Antona, Opere, I, Giuffrè, Milano, 2000, P.331.

**De Luca Tamajo R.** , Trasferimento di azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto dei servizi, distacco, nella riforma di diritto del lavoro, in ADL, 2005 fasc. 1. Saggio esposto in relazione al congresso promosso dall'Accademia dei Lincei su il "Nuovo volto del diritto del lavoro italiano" (Roma, 13-14 Dicembre 2005).

**De Luca Tamajo R.** , Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura, in Aa.Vv. i processi di esternalizzazione, opportunità e vincoli, Napoli, 2002, p 1 ss.

- Del Punta R.** , Istituzioni di diritto del lavoro, Giuffrè editore, 2008.
- Demozzi B.** , Giurisprudenza note di commento, Cass. Sez. lav. 7 Febbraio 2008, n.2874, ADL, 2009.
- Ferraro G.** , Metamorfosi dell'impresa e tutela del lavoro(a proposito del trasferimento d'azienda nella riforma Biagi) in ADL, 2004, p.793.
- Ferrua S.** , Gli appalti nei servizi socioassistenziali, Legislazione, prassi amministrative e contrattazione collettiva, in Diritto delle relazioni industriali, 2008.
- Foglia R.** , Trasferimenti d'Azienda ed effetti sui rapporti di lavoro, in Mass. Giur. Lav. 1991.
- Franceschinis L.** , L'art 2112 c.c. dopo il dlgs 276/2003 in D&L, 2004, 857 ss.
- Freudiani M. , Appalti irregolari: chi paga cosa?, Dottrina e interpretazioni, in Guida al Lavoro, 2011.
- Galantino L.** , Diritto del lavoro, Giappichelli, 2005.
- Gallino G.** , Dizionario di sociologia, Utet, Torino, 1978.
- Gragnoli E.** , Contratti di appalto di servizi e trasferimento di azienda in AA. VV, Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro- dialoghi tra dottrina e giurisprudenza(quaderni di diritto del lavoro) 2, Giuffrè, Milano., 2004.
- Laulom S.** ( a cura di), Reconstitution des système de représentation des salariés en Europe, Publications dell'Université de Saint-Etienne, 2005.
- Leccese V.** , Giudici Italiani e Corte di giustizia sul trasferimento d'azienda: un dialogo a due velocità? In Giornale dir. lav. Relazioni ind. , 1999.

**Lo Faro A.** , Le Direttive in materia di Crisi e ristrutturazioni di impresa, in S.Sciarra, B. Caruso (a cura di), il lavoro subordinato, Torino, 2009.

**Lo Faro A.** , Judicial Developments of EC Social Policy and Intra-Community Institutional Dialogues: How to define a “Legal Transfer” in S. Sciarra (a cura di), Labour Law in the courts: National Judges and the ECJ, Hart Publishing, Oxford, 2001.

**Lo Faro A.** , Judicial Enforcement of EC Labour Law, Time limits, Burden of Proof, ex Officio Application of EC Law, in WP C.S.D.L.E. Massimo d’Antona. INT, 3/2001.

**Marazza M. e Micheli F.** , le relazioni industriali come fattore di competitività: il caso della privatizzazione Alitalia, in Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali, 2009.

**Maresca A.** , Commento dell’art. 32- Modifica dell’art. 2112, comma quinto del codice civile, in AA.VV., il nuovo mercato del lavoro – Commentario, coordinato da M. Pedrazzoli , Zanichelli, Bologna. 2004.

**Maresca A.** , Le “novità” del legislatore nazionale in materia di trasferimento di d’azienda, in Arg. Dir. Lav, 2001.

**Maresca A.** , Commento all’art. 9 del dlgs 251/2004 correttivo dell’art. 32 del dlgs 276/2003, in AA.VV, inserito sulla correzione della c.d. Riforma Biagi, dlgs 6 ottobre 2004, n. 251, Zanichelli, Bologna, 2004.

**Meneghini L.** , L’attuale nozione di ramo d’azienda, in LG, 2005, n. 5.

**Menicucci M.** , Il trasferimento di ramo d’azienda dopo il dlgs 276/2003, profili di incostituzionalità, in DLM, 2006, p 1 ss.

**Morone A.** , Avvicendamento di appalti nel settore delle pulizie e licenziamento dei lavoratori alle dipendenze dell'impresa cessata, in Osservatorio di Giurisprudenza Italiana, 2006, pp. 448-449.

**Nappi S.** , Il sistema delle tutele dei lavoratori nella vicenda traslativa dell'azienda Alitalia, in il Diritto del mercato del lavoro, n. 1 p. 47-57, 2009.

**Nappi S.** , Successione di appalti di servizi e trasferimento d'azienda, in D&L, 2001

**Pasqualetto E.** , Il collocamento obbligatorio, in Diritto del Lavoro, a cura di Carinci, 1997.

**Pellisero P.** , L'entità economica come oggetto del trasferimento d'azienda: sviluppi recenti della giurisprudenza comunitaria e possibili riflessi sugli ordinamenti nazionali, in Diritto delle relazioni industriali, 1998, p.63.

**Perrino A.** , Appalto di servizi ed internazionalizzazione, in G. Santoro Passarelli e R. Foglia (a cura di), La nuova disciplina del trasferimento d'impresa. Commento al D. lgs 2 Febbraio 2011 n. 18, IPSOA, Milano, 2002, pp. 59 ss.

**Perulli A.** , Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione, in Arg. Dir. Lav, 2003.

**Piccioli S.** , La nuova nozione di Ramo D'Azienda, Diritto delle relazioni industriali numero 2/XV. Giuffrè editore, 2005.

**Quadri G.** , Il trasferimento di impresa bancaria in liquidazione coatta amministrativa, tra norme speciali e disciplina generale, RIDL, 2005.

**Raffi A.** , Orientamenti della giurisprudenza nazionale in materia di trasferimento d'azienda, in Mass. Giur. Lav. , 2005, p. 21 ss.

**Rausei P.** , Solidarietà negli appalti: nuovo regime, in *Diritto e Pratica del lavoro*, 2012.

**Rifkin J.** , *La fine del lavoro. Il declino della forza lavoro globale e l'avvento dell'era del post mercato*, Baldini&Castaldi, 1995.

**Rodriguez M.- Pinero Royo**, *Transmisiòn de empresas y derecho europeo*, in AA.VV, *La transmisiòn de impresa en Europa*, Cacucci, Bari, 1999.

**Romei R.** , *Azienda, Impresa, Trasferimento*, in *giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* n.97, 2003, 1.

**Romei R.** , *Il campo di applicazione della disciplina sul trasferimento d'azienda*, in R. De Luca Tamajo- M. Rusciano- L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro, riforma e vincoli di sistema*, Novene, Napoli, 2004.

**Romei R.** , *Il trasferimento d'azienda e gli orientamenti della dottrina* in AA.VV, *trasferimento di ramo d'azienda e rapporti di lavoro- Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza( Quaderni di diritto del lavoro)* 2, Giuffrè, Milano, 2005.

**Rosano M.** , *Trasferimento d'azienda e successione d'appalto nei servizi aeroportuali, due discipline incompatibili?* In *RIDL*, 2005.

**Santoro Passarelli G.** , *Trasferimento D'azienda e rapporto di lavoro*, IBS, 2001.

**Scarpelli F.** , *Cessazioni degli appalti di servizi e licenziamenti collettivi*, in *DPL*, 2001.

**Speziale V.** , *Appalti e trasferimento d'azienda*, in *WP C.S.D.L.E "Massimo D'Antona"* .IT – 41/2006.

**Speziale V.** , *Il trasferimento d'azienda tra disciplina nazionale e interpretazioni vincolanti della Corte di Giustizia europea*, in *WP C.S.D.L.E "Massimo D'Antona"*.

IT-46/2006( [www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp](http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp)).

**Tiraboschi M.** , La società attiva, Marsilio, 2004.

**Torrente, Schlesinger** , Manuale di diritto privato, Giuffrè editore, 2011.

**Valente L.** , Commento a Cass, 24 Febbraio 2006, n. 4166, in RGL, 2006.

**Vallebona A.** , Successione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro, in RIDL, 1999.

**Vallebona A.** , La riforma del lavoro, CEDAM, Padova, 2004, p. 127