



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Diritto Privato e Diritto del Lavoro

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO
INTERNAZIONALE E DIRITTO PRIVATO E DEL LAVORO

INDIRIZZO: DIRITTO DEL LAVORO
CICLO XX

NOZIONE DI AZIENDA E DIRITTO DEL LAVORO

Direttore della Scuola : Ch.mo Prof. Renato Pescara

Supervisore :Ch.mo Prof. Carlo Cester

Dottoranda : Manuela Salvalaio

DATA CONSEGNA TESI

31 gennaio 2008

INDICE

CAP. I: PROFILI COMMERCIALISTICI E LAVORISTICI A CONFRONTO

Parte I: La definizione del concetto di azienda nel diritto commerciale

1.1. Introduzione

1.2. La definizione di azienda

1.2.1. Le teorie universalistiche

1.2.2. La teoria dell'azienda come bene immateriale

1.2.3. Le teorie c.d. atomistiche

1.2.3.1. I beni dell'azienda in senso stretto: prestazione o prestatore di lavoro?

Parte II: La circolazione dell'azienda

1.3. L'art. 2112 c.c.: "appendice rafforzata" o nuova *ratio* rispetto all'art. 2558 c.c.?

1.4. Profili di specialità dell'art. 2112 c.c.: a) inderogabilità della norma e assenza di un diritto di opposizione;

b) solidarietà tra cedente e cessionario per i crediti del lavoratore;

c) dimissioni a seguito della sostanziale modifica delle condizioni di lavoro

d) controllo e procedure di informazione sindacale

CAP. II: UNA POSSIBILE DEFINIZIONE GIUSLAVORISTICA DI AZIENDA FRA NORME INTERNE E NORME COMUNITARIE

2. Un ulteriore profilo di specialità dell'art. 2112 c.c.: la nozione di azienda

2.1. Gli orientamenti giurisprudenziali interni alla luce del dibattito comunitario

2.2. La definizione di impresa del legislatore comunitario

2.3. Traguardi definitivi del diritto nazionale: azienda o impresa?

2.4. Trasferimento d'azienda: trasferimento di una organizzazione produttiva

2.5. Una prospettiva esegetica comparata. La nozione di ramo d'azienda

2.5.1. Il profilo della prestazione: dell'attività economica e dell'articolazione funzionalmente autonoma

2.5.2. La conservazione dell'identità nel momento del trasferimento

2.5.3. Art. 32 D.Lgs. 276/2003 sopravvivenza del requisito del mantenimento dell'identità e della preesistenza solo per l'intera azienda?

2.5.4. L'esempio della scissione

2.6. Gli effetti "dell'operazione di potatura" del 2003 sulla definizione di azienda

Conclusioni

Bibliografia

Cap. I: Profili commercialistici e lavoristici a confronto

SOMMARIO: Parte I: La definizione del concetto di azienda nel diritto commerciale – 1.1. Introduzione – 1.1. La definizione di azienda - 1.2. La definizione di azienda - 1.2.1. Le teorie universalistiche - 1.2.2. La teoria dell'azienda come bene immateriale - 1.2.3. Le teorie c.d. atomistiche - 1.2.3.1. Beni dell'azienda in senso stretto: prestazione o prestatore di lavoro? - Parte II: La circolazione dell'azienda - 1.3. L'art. 2112 c.c.: "appendice rafforzata" o nuova ratio rispetto all'art. 2558 c.c.? - 1.4. Profili di specialità dell'art. 2112 c.c.: a) inderogabilità della norma e assenza di un diritto di opposizione; b) solidarietà tra cedente e cessionario per i crediti del lavoratore; c) dimissioni a seguito della sostanziale modifica delle condizioni di lavoro; d) controllo e procedure di informazione sindacale.

Parte I: La definizione del concetto di azienda nel diritto commerciale

1.1. Introduzione

Ignoto al codice civile del 1865 e al codice di commercio del 1882, l'istituto dell'azienda trova pieno riconoscimento nell'opera di codificazione del 1942 - nella quale sono raccolti i frutti di un'ampia elaborazione concettuale operata dalla dottrina nel primo quarantennio del secolo scorso¹ - e, nello specifico, nel libro V, intitolato in modo del tutto inatteso *Del Lavoro*, anziché *Dell'impresa*, come avrebbe invece indotto a considerare il periodo in cui il Codice Civile trovò la luce, per mano di giuristi non estranei al regime dell'epoca, tra i quali emergono Vassalli e Asquini².

¹ Per un'ampia esposizione delle concezioni dottrinali dell'azienda nei primi quarant'anni del secolo scorso v. VANZETTI, *Trenta'anni di studi sull'azienda*, RDComm., 1958, I, 32 ss. I concetti di impresa e di azienda erano del tutto assenti nel codice di commercio del 1882, nel quale venivano invece regolati i c.d. atti di commercio, che non richiedevano alcuna organizzazione stabile o per lo meno richiedevano solo un apprestamento organizzativo per il compimento del singolo atto di commercio.

² "Asquini fu il massimo artefice, con Vassalli, della codificazione, del progetto del codice del commercio prima, del nuovo libro dell'impresa e del lavoro poi" COTTINO G., *L'impresa nel pensiero dei maestri degli anni Quaranta*, GComm., I, 2005, 5. Peraltro, nonostante la matrice ideologica, "Asquini fu comunque sempre assertore tenace dell'economia di mercato, il che lo avrebbe portato ad incontrarsi con giuristi di diversa matrice, chiaramente liberale, quali furono Graziani e Greco, i quali avrebbero apprezzato il "solido sistema di equilibrio costruito dal codice", in COTTINO, op. cit., 9.

Sino alle seconde bozze del Codice Civile, il libro V avrebbe dovuto, per la verità, essere intitolato *Dell'impresa e del lavoro*, venendo meno la prima parte solo nella formulazione definitiva. All'atto della bocciatura del progetto del Codice di Commercio del 1940 (il c.d. "Codice progetto Asquini"), il guardasigilli Grandi dichiarò che le ragioni che avevano storicamente giustificato un autonomo Codice del Commercio dovevano ormai considerarsi

Il risultato più evidente di tale elaborazione fu quello di chiarire definitivamente la natura oggettiva dell'azienda, liberando la nozione da quell'insieme di elementi soggettivi che ne avevano a lungo impedito una chiara configurazione e consentendo così al legislatore di dettare una definizione legale di azienda come “*complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa*”³.

In ragione dell'elasticità della definizione dell'istituto all'esame, la nozione di azienda del legislatore del 1942 è rimasta inalterata e impermeabile alle esigenze storiche ed economiche, che hanno invece prodotto numerose ed importanti modifiche in altri settori del diritto commerciale, restando il concetto di azienda - peraltro non sempre utilizzato in modo univoco dal legislatore⁴ - presupposto essenziale per l'applicazione delle norme del

superate, perché l'impronta professionale non era peculiare caratteristica del ramo del diritto commerciale, costituendo l'impresa il caposaldo anche di istituti tradizionalmente materia del diritto civile. Il nuovo Codice del Commercio, avrebbe dovuto perciò trarre la propria forma dalle dinamiche dell'epoca, come emerge dalle parole del Mossa, secondo il quale “dalla realtà storica dell'impresa e non da speculazioni filosofiche noi ricaviamo il motivo principale di una ricostruzione del diritto commerciale”.

Definisco perciò “inattesa” la circostanza che il libro V del Codice Civile, nato sotto gli auspici di un'economia governata con mano d'acciaio nell'interesse della Nazione, nella cui corazzatura stava peraltro l'esaltazione del ruolo e del potere gerarchico dell'imprenditore, sia stato consacrato al lavoro anziché all'impresa. Con il nuovo codice civile ci si rese conto che per produrre e vendere beni era invece necessario mettere insieme quelli che la scienza economica denomina “*fattori della produzione*”, ovvero capitale e lavoro. Divenne perciò una esigenza regolamentare non solo la parte “esterna” (cfr. FANTOZZI, *Impresa ed imprenditore, Enciclopedia del diritto*, Treccani, Roma, 1989) di cui si doveva occupare il diritto civile, ma anche i rapporti interni all'impresa, materia di competenza del diritto del lavoro, la cui disciplina aveva assunto un certo rilievo già nel regime corporativo. L'impresa non era più considerata solo come l'esercizio dell'attività economica professionalmente organizzata, ma si doveva più correttamente parlare, come suggerisce OPPO, *Diritto dell'Impresa, Scritti giuridici*, Cedam, Padova, I, 1992, 250, di “*governo ed esercizio*” dell'impresa, dove viene ad assumere una portata rilevante il comando del lavoro altrui quale aspetto, esso stesso, del governo dell'iniziativa economica essenziale ad ogni condotta imprenditoriale.

³ La definizione mancava nel progetto preliminare di codice di commercio del 1940, che tuttavia era già nettamente improntato alla concezione oggettiva (v. art. 54 c. 2° “*beni di cui l'azienda si compone*”).

⁴ L'elasticità e non univocità del concetto di azienda è rilevabile in alcune norme che ad essa si richiamano, una per tutte l'art. 2598 c. 3° c.c. in base al quale “*compie atti di concorrenza sleale chiunque [...] si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idonea a danneggiare l'azienda altrui*”. È evidente che qui il riferimento all'azienda deve essere letto come richiamo all'attività economica nel suo complesso e non al complesso di beni organizzati per

codice civile riservate alle vicende traslative aventi ad oggetto la stessa, nonché riempiendo di significato ogni altra disposizione normativa che espressamente o per altra via richiami il concetto di azienda.

Dottrina e giurisprudenza sono infatti intervenute in più occasioni con l'intento di fornire una corretta esegesi della definizione codicistica dell'azienda.

Nella prospettiva di indagine del presente lavoro si rende dunque necessario in primo luogo individuare, nell'ambito dell'ampia nozione di azienda, quali siano gli elementi costitutivi della stessa.

Nel successivo breve *escursus* relativo alle diatribe della dottrina commercialistica sulla definizione di azienda, rileva – per quanto qui interessa – soprattutto la problematica legata al peso che assume il fattore/elemento “lavoro” in rapporto alla delimitazione dello stesso concetto di azienda.

Questa indagine è necessaria al fine di poter passare successivamente a considerare come il diritto del lavoro, stante il vuoto legislativo, si sia confrontato con una nozione appartenente ad altro settore del diritto, in principio rinviando e facendo propria la definizione giuscommercialistica, poi iniziando a percorrere la strada di un complesso dialogo, culminante nell'aspirazione ad un progressivo distacco dalla matrice originaria e alla realizzazione di una nozione *ad hoc* di azienda “ai sensi e per gli effetti”⁵ del diritto del lavoro.

l'esercizio dell'impresa. Non si potrebbe infatti ritenere che la disciplina della concorrenza tuteli esclusivamente i “beni” propri dell'imprenditore e non anche il maggior valore proprio dell'azienda in quanto attività economica. È quindi opinione diffusa in dottrina che il termine “azienda” non venga sempre utilizzato nel significato legislativamente fissato dall'art. 2555 c.c. ai fini della disciplina del trasferimento. Perciò anche per la nozione di azienda vale l'avvertenza che le definizioni legislative hanno carattere relativo e non assoluto, in quanto funzionali alla soluzioni di determinati concreti problemi (v. SPADA, *Lezioni sull'azienda*, in AA. VV., *L'impresa*, Milano, 1985, 55).

⁵ L'espressione ricorre sia nell'art. 2112 c. 5° c.c che nel co. 1° dell'art. 29 D. Lgs. n. 276/2003 con riferimento all'appalto, in contrapposizione alla somministrazione di lavoro.

Si tratta in buona sostanza di considerare dialetticamente i complessi intrecci tra la nozione di azienda sviluppatasi nell'ambito del diritto commerciale e quella maturata fra i cultori del diritto del lavoro⁶.

Tutto ciò sempre tenendo presente che è nel momento dinamico della circolazione dell'azienda che si possono trarre gli spunti più interessanti anche ai fini definitivi del concetto stesso.

Sarà perciò oggetto di peculiare attenzione l'atteggiarsi delle distinte normative, giuscommerciale (artt. 2555 ss. c.c.) e lavoristica (art. 2112 c.c.), al verificarsi del fenomeno del trasferimento d'azienda.

In tale indagine si innestano, inoltre, le questioni relative al rapporto tra impresa ed azienda, rilevanti soprattutto sotto il profilo giuslavoristico⁷, ma inerenti a problemi sorti anche nell'ambito del diritto commerciale.

1.2. La definizione di azienda

Come più sopra accennato, pare opportuno iniziare la presente analisi partendo proprio da alcune brevi notazioni che riguardano la definizione di azienda, ben consapevoli di non voler, né tanto meno di essere in grado, di predisporre una compilazione esauriente e complessiva delle numerose e talvolta contrastanti accezioni che di tale concetto sono state fornite dalla giurisprudenza e dalla dottrina.

⁶ Interessante è notare che mentre nel diritto commerciale *“quello della natura giuridica dell'azienda è un argomento del quale si è soliti asserire che tutto quello che si poteva dire è stato detto e da lungo tempo”* - così affermava VANZETTI, *Trent'anni di studi sull'azienda*, Riv. Dir. Comm., I, 1958, 32 ss ben cinquanta anni or sono - il diritto del lavoro, per lo meno a livello interno, ha solo da pochi anni iniziato a cimentarsi con questo istituto. L'Autore, peraltro, aggiunge che se quanto detto vale per il diritto nazionale, diverso è il discorso in Germania, dove il continuo e notevole mutare dell'istituto, sia nel campo del diritto che in quello dell'economia contribuisce ad alimentare il dibattito sul possibile contenuto dell'azienda.

⁷ Basti pensare che la direttiva 98/50/CE e già prima la 77/187/CE non contengono nella loro intitolazione il termine azienda, bensì *“mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di impresa [...]”*. Nella relazione introduttiva al Codice Civile l'azienda viene definita come *“la proiezione patrimoniale dell'impresa”*.

Di seguito si cercherà di esporre quelle teoriche le quali possono presentare profili rilevanti per il prosieguo della trattazione, ovverosia allorché si affronterà quali sono le soluzioni che il diritto del lavoro ha prospettato al fine di fornire una autonoma definizione di azienda.

Si cercherà altresì di mettere in luce all'interno di ciascuna ricostruzione quale posizione occupi la prestazione di lavoro e, prima ancora, se essa possa essere definita quale bene alla stregua degli altri costituenti l'azienda stessa.

Le teorie che devono perciò essere prese in considerazione possono ridursi a quelle dell'azienda come universalità di fatto (con la variante dell'universalità di rapporti giuridici), come bene immateriale ed, infine, come semplice pluralità di beni organizzati⁸.

1.2.1. Le teorie universalistiche

Non ha trovato, per vero, grande riscontro in dottrina la prima delle citate prospettazioni, alla stregua della quale l'azienda costituirebbe una universalità di beni, a guisa di quanto prevede l'art. 816 c.c., ovverosia una entità giuridica unitaria distinta dai singoli beni che la compongono. Essa si fonda non tanto e non soltanto sulla constatazione che l'azienda può costituire l'oggetto di negozi giuridici, quanto sulla considerazione della tutela garantita all'azienda dalla normativa riguardante la concorrenza sleale, tutela che si pone come diversa e ulteriore rispetto a quella che l'ordinamento giuridico appresta per i singoli beni che compongono

⁸ Si precisa che esiste anche una quarta teoria, avvalorata in particolar modo da Greco, secondo la quale l'azienda si riduce ad un patrimonio dotato di una certa autonomia in sede di circolazione di azienda, che ripristina la situazione statica una volta cessata la fase dinamica, perdendo dunque alcuna rilevanza giuridica l'azienda come entità patrimoniale. Pare, peraltro, che detta ricostruzione sia trascurabile, in quanto priva di rilevanza pratica, in ragione della propria prospettiva meramente classificatoria. Così FERRARI, voce *Azienda*, *Enciclopedia del diritto*, 1973, 691.

l'azienda stessa⁹. Pur nella divergenza di sfumature di ciascuna impostazione, l'esistenza di un complesso di elementi appartenenti ad una *universitas* postula, oltre che l'apprestamento di una tutela apposita, distinta da quella propria destinata ai singoli beni, la possibilità che lo stesso complesso costituisca, come tale, oggetto unitario di negozi giuridici diversi, rispetto a quelli che potrebbero riguardare i singoli elementi che lo compongono.

Vi è chi sostiene che l'azienda, pur non essendo un'universalità di beni mobili ai sensi dell'art. 816 c. c., costituirebbe tuttavia una *universitas* di altra specie, ricorrendo così alla creazione del *genus universitas* di cui l'universalità di mobili, esplicitamente considerata dal legislatore, sarebbe solo una *species*¹⁰. È stato esattamente notato che l'universalità di cui parlano coloro che così opinano, non trova riscontro nell'ordinamento, in quanto sotto il nome di universalità verrebbe a costituirsi un nuovo concetto,

⁹ Tra gli altri ROTONDI, *Trattato di diritto industriale*, Cedam, Padova, 1929; DE MARTINO, *L'usufrutto d'azienda*, Milano, 1950. Contro tale impostazione COTTINO G. E., *L'azienda ed il suo trasferimento, L'azienda ed il mercato*, in (a cura di) Caselli, Colombo, Corati, Libertini, Mastragostino, Minervini, Ottaviano, in (diretto da) Galgano, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. III, Cedam, Padova, 1979, p. 1 ss., il quale sostiene che l'azienda non può essere considerata una *universitas facti* per una pluralità di argomenti, primo tra tutti la circostanza che l'azienda non sarebbe composta solo di beni mobili, pur rilevando la loro destinazione unitaria che è propria dell'istituto di cui all'art. 816 c.c. Inoltre l'azienda consterebbe di beni che possono non essere di proprietà dell'imprenditore. Né, per superare dette obiezioni, sarebbe sufficiente affermare che il legislatore nel definire l'universalità, avrebbe di fatto negato importanza all'accento legislativo dato ai beni mobili, identificando invece nella destinazione l'elemento caratteristico.

¹⁰ CASANOVA, v. *Azienda*, *Novissimo digesto Italiano*, Utet, Torino, II, 1957; CASANOVA, *Le imprese commerciali*, Torino, 1955, 280; GALAGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Zanichelli, Bologna, 1991, 66 ss.; MINERVINI, *Nuove riflessioni sulla crisi d'impresa*, *GComm.*, I, 1977, 689 ss.; FERARA JR, *La teoria giuridica dell'azienda*, Giuffrè editore, II ed., Milano, 1982. Tutti i citati Autori, pur nella differenza di posizioni, sostengono la tesi dell'azienda come *universitas*, argomentando dal dato formale contenuto nell'art. 670 c.p.c. in materia di sequestro giudiziale, in cui l'azienda viene equiparata ad altre universalità di beni, fino ad arrivare ad una generica unificazione operata dal legislatore. Contro tale tesi pare sufficiente affermare che al di fuori dello stesso art. 670 c.p.c., non esiste alcuna norma che disciplini una *universitas* diversa da quella mobiliare prevista e disciplinata dall'art. 816 c.c.; donde ne deriva l'inutilità dell'attribuzione di una qualifica meramente giuridica.

ovvero una *universitas iurium* anziché *rerum*, con essa intendendo l'insieme dei rapporti che tengono legati i beni all'imprenditore¹¹.

Negare fondamento alle tesi universalistiche significa dunque affermare che l'azienda non può assurgere a bene giuridico, nuovo e autonomo e, altresì, denegare che esista un unico diritto dell'imprenditore sull'azienda.

Basti considerare che sostenere la tesi contraria porterebbe alla duplicazione dei diritti di proprietà su di un unico bene, ovverosia, detto in altri termini, sui singoli beni che compongono l'azienda dovrebbero contemporaneamente insistere un diritto di proprietà considerato per sé stesso ed un diritto di proprietà in quanto parte dell'azienda.

1.2.2. La teoria dell'azienda come bene immateriale

Di grande interesse è poi la teoria secondo la quale l'azienda - complesso di beni organizzati - diverrebbe organizzazione essa stessa, assumendo la natura di un nuovo bene, rappresentato "*dall'insieme dei collegamenti e tessuti funzionali*" posti fra gli elementi organizzati¹².

¹¹ Casanova sosteneva che l'azienda costituisce una pluralità teleologicamente unificata di beni eterogenei ma convergenti, al cui meccanismo di formazione presiede il collegamento delle destinazioni economiche dei singoli elementi. Sotto l'impero del passato codice di commercio, secondo l'Autore, la rilevanza giuridica dell'azienda si attuava attraverso l'instaurazione, in dipendenza del collegamento economico, di uno spontaneo collegamento giuridico, e la titolarità giuridica sopra l'azienda veniva così ad acquistare rilievo come unità sintetica dei molteplici diritti particolari, riguardanti i singoli beni combinati entro l'azienda. Tali diritti, anche se eterogenei, ricevevano dalla rilevanza giuridica dell'organizzazione aziendale una impronta particolare, tale da apparire correlati fra loro in universalità di diritti.

¹² FERRARA jr, *La teoria giuridica dell'azienda*, Giuffrè editore, II ed., Milano, 1982, p. 113. L'A. a sostegno della propria teoria sottolinea il dato testuale contenuto nell'art. 2561 c.c., che impone all'usufruttuario il dovere principale di conservare l'efficienza dell'organizzazione, che sarebbe quindi il vero oggetto della disciplina legislativa. Sostenitore delle teorie immaterialistiche è anche chi, come GHIRON, *L'imprenditore, l'impresa e l'azienda*, Torino, s.d., 259, considera l'azienda come una unità economica giuridicamente rilevante, che non può considerarsi né come aggregato né come universalità. Dal che l'A. deduce che l'azienda dovrebbe considerarsi come bene immateriale. Sono da annoverarsi tra gli Autori facenti parte della corrente immaterialistica anche VALERI, *Manuale di diritto commerciale*, Firenze, 1946 vol. II e PUGLIESE, *Usufrutto, uso, abitazione*, Torino, 1954, 618 ss., il quale afferma che la circostanza che le cose incorporali combinate nell'azienda possono appartenere a persone diverse dall'imprenditore, è una

La formula dell'art. 2555 c.c., secondo cui l'azienda è un complesso di beni organizzati, sarebbe perciò troppo ristretta, poiché dal divieto di concorrenza posto all'alienante dall'art. 2557 c.c. si desumerebbe che dell'azienda fanno parte anche le relazioni con la clientela, mentre l'art. 2112 c.c. dimostrerebbe che vi sono inclusi anche i servizi e l'art. 2558 c.c. i contratti. Se dunque tutti questi elementi si trasferiscono con l'azienda – scrive il Ferrara – vuol dire che fanno parte di essa. La formula di cui all'art. 2555 c.c. andrebbe dunque interpretata nel senso di comprendere nell'azienda tutti gli elementi necessari alla produzione del reddito. L'azienda in senso giuridico è dunque, per il Ferrara, organizzazione di beni e di tutti gli elementi necessari alla produzione del reddito. L'elemento nuovo che troverebbe tutela e autonoma protezione rispetto ai singoli elementi sarebbe perciò rappresentato dall'organizzazione.

Ciò che, come detto, risulta pregevole nella predetta teoria anche e soprattutto per quello che si dirà più oltre, è la valorizzazione dell'elemento dell'organizzazione. Peraltro forti e ben condivisibili sono le critiche ad una impostazione che pare lontana dal dettato legislativo, in quanto tendente ad oggettivizzare in un bene autonomo ciò che in realtà non è che un rapporto tra oggetti, un tipico concetto di relazione. Ben difficile sarebbe infatti godere di questo *quid* costituito dall'organizzazione senza godere dei beni trasferiti, né tantomeno sarebbe possibile trasferire l'organizzazione senza trasferire i beni. Basti considerare che se, per difetto di forma, alcuni beni che costituiscono elementi essenziali ai fini della conclusione del contratto non possono essere trasferiti, il mancato trasferimento potrebbe comportare il venir meno dell'acquisto dell'intera azienda, il che è tutto il contrario che

obiezione insuperabile ai fini della configurazione dell'azienda come *universitas*: l'azienda sarà dunque una cosa incorporale, ossia l'organizzazione e, precisamente, “*l'idea realizzata materialmente, il progetto attuato in una concreta organizzazione dei fattori produttivi*”.

sostenere un preteso rapporto di accessorietà dei beni rispetto all'organizzazione¹³.

Ora, tali considerazioni dimostrano che l'organizzazione da sola, non può costituire un oggetto di diritto, in quanto non dotata di esistenza propria, allo stesso modo che il proprietario di un quadro non è proprietario dell'idea artistica.

1.2.3. La teoria c.d. atomistica

Secondo la teoria atomistica¹⁴, invece, l'azienda costituirebbe un aggregato di beni, i quali conservano la propria individualità, ma che sotto certi aspetti subiscono una unificazione in conseguenza dell'unità della loro destinazione economica. Presupposto e limite dell'unificazione giuridica dell'azienda è dunque l'unità della funzione economica dei diversi beni che compongono la stessa.

Il collegamento dei beni dell'azienda sarebbe dunque eminentemente funzionale nel senso che determinerebbe il presentarsi dell'azienda come entità una e plurima; l'unità della funzionalità economica sarebbe sì determinante per l'unificazione giuridica, ma questa sussisterebbe soltanto nei limiti della destinazione funzionale, vincolata al permanere, cioè, della

¹³ Si aggiunga, inoltre, che la concezione dell'azienda come organizzazione e dunque come bene distinto dai singoli beni parte del complesso, si fonda per FERRARA, op. cit., 697, su due presupposti, entrambi inaccettabili: da un lato si dice che l'organizzazione ha un valore, mentre ciò non sempre è vero, essendo perfettamente concepibili aziende in cui l'organizzazione non rappresenta alcun valore rispetto al valore dei beni isolatamente considerati; dall'altro si afferma che essa riceve una distinta tutela dalle norme sulla concorrenza sleale. Ciò non può ammettersi, in quanto, l'idea organizzativa, se anche costituisce talvolta una creazione intellettuale, non è comunque oggetto di un diritto di esclusiva, che possa precluderne ad altri l'imitazione; diritto di esclusiva, che, se esistente, costituirebbe un gravissimo pregiudizio per il progresso economico.

¹⁴ BARBERO, *La universalità patrimoniali*, Milano, 1936. Accoglie questa teorizzazione anche LA LUMIA, *Teoria giuridica dell'azienda commerciale*, *RDComm.*, 1940, I, 413, il quale, infatti, intende l'azienda come una *universitas facti*, "che non sarebbe però una vera e propria unità economica, bensì una pluralità di beni vincolati e coordinati fortemente dalla destinazione comune e che presenterebbero una individualità che appare bensì riconosciuta dal diritto privato, ma solo in determinate situazioni". Nello stesso senso FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1955, 100 ss.

destinazione economica stessa ed al venire in considerazione dei beni nella loro posizione funzionale.

Al di là di questi limiti, non esisterebbe alcun collegamento ed i beni resterebbero una pluralità di beni individuali.

Dalla serie di considerazioni svolte nei paragrafi che precedono, si deve trarre la conclusione che l'azienda non rientra in alcuna delle figure dogmatiche tradizionali riconosciute a livello legislativo: non in quella del patrimonio autonomo, né in quella dell'universalità di mobili, né infine in quella del bene unitario, materiale o immateriale¹⁵.

Se ne deduce che l'azienda è costituita da una pluralità di beni, collegati alla persona dell'imprenditore in forza di diritti anche eventualmente diversi (proprietà, locazione, *leasing* etc.)¹⁶ e tra loro di fatto coordinati per l'esercizio dell'impresa, i quali si caratterizzano per la profonda eterogeneità e l'intenso vincolo funzionale esistente tra gli stessi. Normalmente la mancanza di un solo elemento immobilizza, almeno parzialmente, l'intero complesso e se si distingue tra elementi essenziali e non essenziali è solo perché la non essenzialità dipende dalla facile sostituibilità. Poiché ogni azienda è volta ad immettere sul mercato un continuo flusso di beni e servizi (vale a dire di suoi elementi), ne consegue necessariamente che una parte

¹⁵ In questo senso, FERRARI, voce *Azienda*, *Enciclopedia del diritto*, 698ss.; ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, Giuffrè editore, Milano, 1962; AULETTA G., voce *Azienda*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, IV volume, Treccani, Torino, 1988; AULETTA G., v. *Azienda*, *Commentario al Codice Civile Scialoja – Branca*, Scialoja Branca (a cura di), Zanichelli, Bologna, 1947; AULETTA G., voce *Azienda*, *Enciclopedia giuridica Treccani*, IV volume, Treccani, Torino, 1988 e prima ancora ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, Giuffrè editore, Milano, 1962. Secondo Auletta, anche esaminando i singoli rapporti in cui, secondo taluni, l'azienda sarebbe stata trattata unitariamente, si può decisamente affermare “*che in nessun caso e in nessun rapporto l'azienda è stata regolata dal nuovo legislatore come unico bene, si tratti poi di cosa composta o di universitas*”.

¹⁶ Per qualificare un dato bene come bene aziendale, è perciò rilevante solo la destinazione funzionale impressagli dall'imprenditore. Irrilevante è invece il titolo giuridico che legittima l'imprenditore ad utilizzare un dato bene nel processo produttivo. Non possono essere perciò considerati beni aziendali i beni di proprietà dell'imprenditore che non siano effettivamente destinati all'esercizio dell'impresa; viceversa, la qualifica di bene aziendale compete anche ai beni di proprietà di terzi di cui l'imprenditore non può disporre in base ad un valido titolo giuridico, purché attualmente impiegati nell'attività di impresa.

dei suoi elementi (i prodotti) sono fisiologicamente soggetti al rinnovamento.

Peraltro la mutabilità si estende anche al capitale fisso: i diritti su alcuni tra gli elementi dell'azienda hanno durata limitata nel tempo per legge (invenzioni, opere dell'ingegno) o per contratto (basti considerare il contratto a tempo determinato con cui viene instaurato un rapporto di lavoro tra datore e prestatore, o anche una collaborazione a progetto).

L'utilità poi, di ogni elemento nel complesso dipende dalla relazione di mezzo a fine che si instaura tra lo stesso e gli scopi perseguiti dall'imprenditore attraverso l'azienda, con conseguente esigenza di sostituzione se l'elemento non è più adeguato al fine (ad esempio la prestazione erogata da un lavoratore può non essere più ritenuta necessaria per sopravvenuta inidoneità alle mansioni del prestatore stesso).

Quanto sopra detto si perviene dunque ad identificare l'ulteriore caratteristica rappresentata dalla permanenza nel complesso aziendale nonostante la intensa mutabilità degli elementi, cui segue la necessità di considerare il contenuto minimo affinché si possa parlare di azienda, il che equivale ad individuare il cuore dell'azienda.

Come facilmente presumibile, le risposte sono molteplici e differenti.

Elementi dell'azienda possono essere entità atte ad essere oggetto di diritti e a soddisfare nel loro insieme il bisogno per cui l'azienda viene costituita. In tale prospettiva sarebbero perciò elementi essenziali dell'azienda quelli che servono direttamente all'esercizio dell'azienda e non indirettamente, ovvero attraverso i rapporti ed i diritti con i quali viene assicurata la disponibilità degli elementi stessi. Ecco perciò che la locuzione "bene", con cui nell'art. 2555 c.c. vengono designati gli elementi dell'azienda, indica un'entità in sé, senza alcun riferimento al rapporto che ne assicura la disponibilità.

Secondo altra prospettazione non sono da considerarsi essenziali tutti quei beni e servizi che vanno sostituiti per mantenere la dinamicità dell'azienda, con la conseguenza che possono costituire beni intrasferibili anche i rapporti

a prestazioni corrispettive, salvo che essi per ragioni di *intuitus personae* debbano essere considerati essenziali. Non sono infatti essenziali i beni ed i servizi sostituibili o, addirittura, che vanno sostituiti per mantenere la dinamicità dell'azienda, anche se la sostituzione di tali beni fa comunque mantenere il progetto aziendale o addirittura è richiesta dallo stesso.

Di contro sarebbero essenziali i beni insostituibili o difficilmente sostituibili e necessari per mantenere l'azienda in esercizio, in quanto influenti sulle qualità dei prodotti: della composizione dell'azienda deve cioè giudicarsi in base alla funzione svolta da ogni elemento aziendale rispetto all'esercizio della stessa e non in base al tipo di rapporto giuridico che ha ad oggetto quell'elemento.

Pare dunque non agevole dare una definizione compiuta di quali siano i beni essenziali ai fini della costituzione del nucleo imprescindibile dell'azienda, per il sol fatto che ogni fattispecie di azienda costituisce un caso concreto con caratteristiche e dinamiche specifiche. Non esistono, infatti, beni aventi una funzione costante nell'azienda. Beni essenziali in una azienda possono avere una funzione accessoria in un'altra; beni in proprietà possono considerarsi come sopprimibili e beni in godimento o prospettivi o servizi, presentarsi come essenziali.

Detto questo, la questione che si pone all'interprete e che sarà oggetto di analisi nel prossimo paragrafo, è che cosa si debba esattamente intendere per "bene" quale parte di quel complesso organizzato che costituisce, appunto, l'azienda.

Ciò significa dunque affrontare il problema secondo una duplice linea di indagine, ovverosia, in primo luogo considerare se la legge, laddove disciplina in linea generale i beni, intenda riferirsi anche a rapporti, crediti e debiti e se, in secondo luogo, la legge si discosti in materia di azienda dal significato generale dell'espressione "beni".

Il primo e più generale problema può venire risolto, senza addentrarsi troppo nella complessa teoria dei *beni*, con la constatazione che le norme

espressamente dettate per l'individuazione dei beni in senso giuridico, attuano una netta contrapposizione tra *beni* e *diritti*.

L'art. 810 c.c. è chiaro nel definire "*beni*" soltanto le cose che possono formare oggetto di diritti¹⁷.

Tutto ciò non ha impedito ad una parte della dottrina di affermare che dell'azienda farebbero parte anche i rapporti giuridici o, comunque, i rapporti giuridici, con esclusione dei debiti¹⁸. Quando non sono fondate sul concetto ampio di bene sopra criticato, queste opinioni vengono solitamente giustificate con la considerazione unitaria delle norme contenute negli artt. 2555, 2558, 2559, 2560 c.c., da cui si desumerebbe, che il trasferimento dell'azienda implica almeno in via normale, il trasferimento di rapporti giuridici sorti per l'esercizio dell'impresa, con ciò legittimandosi la conclusione che anche i rapporti farebbero parte dell'azienda.

A tale ordine di argomenti parte della dottrina ha potuto agevolmente replicare che proprio in quanto esistono norme quali quelle che disciplinano separatamente il passaggio di debiti, crediti e rapporti giuridici, è logico dedurre che questi ultimi non costituirebbero beni dell'azienda stessa. La

¹⁷ Di fronte alla inequivoca formula di cui all'art. 810 c.c. non avrebbe alcun pregio l'argomento che si vuol trarre dall'art. 813 c.c., il quale annovera tra i "*beni mobili ed immobili i diritti e le relative azioni*": è infatti come se si dicesse che i diritti sui beni immobili sono beni immobili, laddove la norma dice soltanto che a quei diritti si applica la disciplina dei beni mobili. L'equiparazione legislativa si limita dunque ad una dichiarazione di applicabilità di regole sulla circolazione degli immobili ai diritti su immobili, di quelle sulla circolazione dei mobili ai diritti su beni immobili e non elimina quindi la distinzione, ma la rafforza.

Nel senso che farebbero parte dell'azienda solo i beni in senso stretto di cui all'art. 810 c.c. v. VALERI, *Manuale di diritto commerciale*, I., Firenze, 1948, 14 ss., secondo il quale verrebbero ad essere esclusi dal novero dei beni i servizi dei collaboratori.

¹⁸ CASANOVA, voce *Azienda* in *Novissimo digesto Italiano*, Utet, Torino, II, 1957; FERRARA, *La teoria giuridica dell'azienda*, Giuffrè editore, II ed., Milano, 1982. Secondo i citati Autori il concetto giuridico di azienda coincide con il concetto economico sociale della stessa, onde sono elementi dell'azienda tutti quelli che lo sono sul piano economico (teoria c.d. omnicomprensiva). Pregio di questa teoria è quello di avere cercato un concetto che possa definire una realtà oggetto di una pluralità di normative e che si ponga a monte di esse senza esserne in alcun modo influenzato (si parla a tal proposito di contenuto possibile dell'azienda, considerando che non tutto il contenuto possibile diventa poi effettivo). Ne consegue una perfetta corrispondenza tra il contenuto dell'azienda ed i risultati dell'esercizio dell'impresa: tutto quanto acquistato nell'esercizio dell'impresa e ad essa destinato farebbe parte dell'azienda.

successione nei rapporti deve perciò considerarsi consequenziale e non strumentale al trasferimento¹⁹.

L'effetto più rilevante della connessione fra azienda e rapporti giuridici è dato dalla successione *ipso iure* dell'acquirente nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda operando in questo caso una vera e propria attrazione dei rapporti giuridici nella circolazione dell'azienda, attrazione che costituendo un effetto non necessario del trasferimento dell'azienda stessa, offre una conferma della separazione concettuale fra quest'ultima ed i rapporti ad essa relativi.

Ed inoltre sembra evidente che individuare gli elementi costitutivi dell'azienda equivale ad identificare quegli elementi senza i quali l'azienda non è più tale: se invece nel sistema della legge si ha trasferimento d'azienda anche quando venga escluso il trasferimento dei rapporti giuridici, si dovrà allora affermare che i rapporti non sono elementi costitutivi dell'azienda.

Né vale a togliere fondamento alla tesi più restrittiva la considerazione secondo cui *“il passaggio di rapporti contrattuali inerenti all'azienda condiziona il trasferimento della stessa e non può quindi considerarsi meramente consequenziale”*²⁰, proponendo gli esempi del passaggio del rapporto di locazione immobiliare nel trasferimento di aziende alberghiere. Non si può esimersi dal replicare che il trasferimento, anche in questo caso, ha per oggetto beni aziendali, non già rapporti giuridici. È infatti pacifico che dicendo *“beni organizzati per l'esercizio dell'impresa”* l'art. 2555 c.c. si

¹⁹ COTTINO, op. cit., 26; AULETTA, voce *Azienda*, op. cit., 2. In senso difforme di pone invece la c.d. teoria dualistica, PETITTI, *Il trasferimento volontario d'azienda. Notazioni esegetiche e sistematiche*, Napoli, 1970, 182 ss., secondo la quale è necessario distinguere l'azienda in senso giuridico ex art. 2555 c.c. ed il patrimonio dell'azienda comprensivo di tutto ciò che sta al di fuori dell'azienda intesa in senso giuridico.

LA LUMIA, op. cit., 413 ss., pur rappresentando punto d'incontro tra la teoria atomistica e quella universalistica, conclude affermando che *“fra le universalità rientra comunque l'azienda, la quale comprende tutte le cose in senso largo, funzionante come mezzi e strumenti per il raggiungimento del fine commerciale perseguito dal titolare: da esse debbono quindi escludersi i debiti, che viceversa fanno parte del patrimonio aziendale in quanto privi di funzionalità strumentale”*.

²⁰ RIVOLTA, *RDCiv.*, 1973, I, 43;

riferisce non solo ai beni di proprietà dell'imprenditore, ma anche a quelli allo stesso collegati dal diritto di godimento²¹.

Deve dunque concludersi che l'azienda, *stricto sensu*, non può dunque reputarsi costituita da quel complesso di diritti reali e di credito e di rapporti contrattuali in corso di esecuzione, mediante i quali il titolare dell'azienda si è assicurato la disponibilità dei beni e dei servizi organizzati per l'esercizio dell'impresa, i quali confluiscono invece nella più ampia categoria concettuale costituita dal complesso aziendale²².

²¹ Una consolidata dottrina è nel senso di ritenere che i rapporti giuridici facciano parte del patrimonio aziendale e non invece dell'azienda e che quindi il passaggio al cessionario rappresenti solo un effetto riflesso del trasferimento dei beni stessi. Anzi, la vicenda traslativa dei contratti aziendali sarebbe correttamente configurata come un'ipotesi di successione *ex lege*, anziché come cessione dei contratti stessi sia pure assoggettati a disciplina speciale. Sul punto v. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento, L'azienda ed il mercato, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1979, I ss.; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, I, Diritto dell'impresa*, Utet, Torino, 2003, 135 ss., il quale ha affermato che dato che il passaggio dei contratti opera *ex lege*, si dovrebbe correttamente parlare di successione e non di cessione dei contratti; COTTINO, *Diritto commerciale, I*, Cedam, Padova, 1993, p. 242, il quale afferma che "i contratti, i crediti e in un certo senso anche i debiti fanno capo all'imprenditore come ogni rapporto e diritto relativo ai beni aziendali; sono e rimangono però esterni al nucleo aziendale. Essi costituirebbero la cinghia di trasmissione tra l'azienda, complesso di beni, l'imprenditore e la sua attività organizzativa e produttiva, ovvero l'elemento dinamico attraverso il quale i beni aziendali vengono procurati, goduti o utilizzati e che fa dell'azienda un corpo vivente, non un semplice campionario di cose". In giurisprudenza v. Cass. 29 agosto 1963 n. 2301, *FI*, 1963, I, c. 1610; Cass. 26 gennaio 1971 n. 174, *ivi*, 1971, 2040; Cass. 6 dicembre 1995 n. 12575, *Rep. FI*, 1993, 19; Cass. 11 agosto 1990 n. 8219, *GComm*, 1992, II, 774. Il concetto di patrimonio aziendale, costituito di beni, servizi e dal complesso dei rapporti organizzati che contribuiscono a creare una forza in movimento la quale ha capacità di staccarsi dalla persona dell'imprenditore, va perciò distinto rispetto a quello di azienda, come ben sottolinea ASQUINI, *Profili dell'impresa, RDComm*, 1943, 13 ss. Lo stesso Autore continua, infatti, affermando che "con il nome di azienda la dottrina dominante ha invece più precisamente indicato non il complesso dei rapporti giuridici che fanno capo all'imprenditore per l'esercizio dell'impresa, cioè il patrimonio aziendale, ma il complesso di beni (beni materiali ed immateriali e, secondo taluni, anche servizi), che sono gli strumenti di cui si avvale l'imprenditore per l'esercizio dell'attività". *Contra*, nel senso di considerare che nel trasferimento d'azienda passano i rapporti oltre che i beni in quanto parte del complesso aziendale GRANDI, voce *Trasferimento d'azienda, Enciclopedia Giuridica Treccani*, Torino, XXXI, 1995; FERRARA JR, *La teoria giuridica dell'azienda*, Giuffrè editore, II ed., Milano, 1982; VANZETTI, *Trent'anni di studi sull'azienda, Riv. Dir. Comm.*, I, 1958, 32 ss.; AULETTA, voce *Azienda, Enciclopedia del diritto*, IV volume, Treccani, Milano, 1958; GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*, Napoli, 1962, 81 ss.; PETTITI, *cit.*, 7 ss.; RAVA', *Il sistema del diritto civile di fronte all'azienda. Studi in onore di Francesco Santoro Passatelli*, RDCDGO, 1970, 1 ss.; CASANOVA, voce *Azienda in Novissimo digesto Italiano*, Utet, Torino, II, 1957.

²² AULETTA, *Note in tema di circolazione della azienda, in Studi in onore di Asquini*, I, 1962.

1.2.3.1. I beni dell'azienda in senso stretto: prestazione o prestatore di lavoro?

Il *punctum dolens* della presente analisi è la determinazione di che cosa si debba intendere per bene, avendo già operato la scrematura a seguito delle critiche rivolte alla teoria omnicomprensiva.

Sicuramente l'azienda costituisce una unità complessa, sia perchè i beni che la compongono appartengono ai generi più diversi (immobili e mobili, tra i secondi macchine, materie prime, lavorati e semilavorati, energie; beni immateriali e materiali e tra i secondi brevetti, opere dell'ingegno, segreti produttivi, documenti [in senso lato quali cose materiali atte a conservare la storia dell'azienda, cioè i risultati perseguiti attraverso le idee aziendali]), così come i diritti che ne assicurano il godimento, peraltro esclusi dal concetto di *bene*, sia perché l'azienda non è composta di soli "beni" come sono stati intesi fino a questo punto della trattazione, ma anche di "servizi"²³. Donde la necessità di usare altra locuzione, quale quella di "elementi", per poter fare riferimento a tutte le componenti dell'azienda, ovverosia le cose ed i servizi (*id est*, prestazioni di collaborati e prestatori)²⁴.

²³ Si veda come il termini "servizi", che vuole comprendere le prestazioni di lavoro, fornite sotto qualunque fattispecie, ricorra anche nell'art. 2247 c.c. in materia di contratto di società, laddove viene giustapposto al termine "beni", in analogia con quanto enunciato in via interpretativa dalla dottrina. MARTORANO, AA. VV., *Manuale di diritto commerciale*, (a cura di) Buonocore V., Giappichelli, Torino, 2006, sostiene si debba distinguere il concetto economico di azienda, in cui entrano a far parte dei beni anche i servizi, ovvero gli apporti collaborativi assicurati sia da rapporti di lavoro dipendente sia autonomo, dal concetto giuridico di azienda, più ristretto e dal quale ne rimarrebbero esclusi i servizi.

²⁴ Si badi bene che la distinzione tra beni *stricto sensu* e servizi è di merito al fine di non porre sullo stesso piano cose e prestazioni erogate da persone. Seguendo la contraria prospettazione si finirebbe con l'approvare la concezione del godimento da parte dell'imprenditore sul complesso di beni e servizi, come immediato ed esclusivo, arrivando dunque a concludere che oggetto del contratto di lavoro sarebbe la persona stessa del lavoratore considerata come cosa idonea a produrre una certa quantità di energie sfruttabili. In realtà per poter sostenere che la prestazione costituisce un elemento parte del complesso aziendale bisogna avere chiaro che chi la eroga occupa una posizione complessa, portatrice di propri interessi (alla salute, ad una retribuzione equa, a delimitazioni dell'orario di lavoro *etc.*) che vanno a limitare quello che altrimenti potrebbe sì assurgere a diritto assoluto di godimento dell'imprenditore sulle energie lavorative erogate dal lavoratore. Non esiste infatti un diritto di godimento immediato sulle energie lavorative, in quanto questo sarebbe possibile solo in assenza di soggetti mediatori tra soggetto che gode e bene goduto. Il

Non si può infatti parlare di azienda se non si tiene in conto, oltre che degli strumenti reali, anche di quelli personali dei quali l'imprenditore eventualmente si avvalga. Ridotta alle sole cose materiali, l'azienda perderebbe l'essenza organica che le è peculiare, per restare una mole inerte di beni, che non assurge a compiuto organismo. Occorre, infatti, che i macchinari siano messi in moto, che le materie prime siano lavorate. Sono perciò le opere, coordinate e molteplici, dei prestatori di lavoro dipendenti dall'imprenditore che, soli, imprimono agli aggregati di cose materiali il suggello che dà loro natura ed impronta di composito ed unitario strumento dell'attività organizzativa.

In qualche modo la rilevanza nell'azienda del fattore costituito dalle prestazioni di lavoro trova sostegno anche nella lettura, secondo questa peculiare ottica, delle disposizioni generali dettate in tema di esercizio provvisorio dell'impresa del fallito e liquidazione dell'attivo fallimentare. La normativa, così come modificata dalla riforma del 2006 e dai successivi

prestatore di lavoro non è, infatti, oggetto del contratto, ma ne è il soggetto stesso. Cfr. SANTORO PASSARELLI F., *Il lavoro nell'impresa, Studi in onore di Alberto Asquini*, IV, Cedam, 1965, p. 1775 ss. Così anche NASI, *Osservazioni su una recente teoria dell'impresa, RDComm.*, 1960, 383 ss., il quale, pur partendo da opposte premesse, conclude affermando che la normativa del rapporto di lavoro nell'impresa mostra, attraverso la posizione del vincolo di potere in cui si trovano correlativamente legati l'imprenditore ed il lavoratore nel momento funzionale del rapporto di lavoro, la bilateralità della tutela giuridica che è concessa sul terreno positivo al lavoratore durante l'esercizio dell'attività produttiva ed in ragione di un interesse tipico derivategli dal fatto che la sua attività è erogata in un complesso organizzato. Basti vedere gli artt. 2094 – 2096 – 2097, 2118 – 2119 c.c. Anche le norme imperative che accentuano la posizione di supremazia dell'imprenditore nel rapporto, sono ormai indicate in dottrina come corollari del nucleo fondamentale della normativa che è dispositiva e contrattuale e sono originate dalla natura e dalla funzione del contratto di lavoro, rivelatrice di particolari esigenze che si accentuano quando l'attività è erogata nell'ambito di una organizzazione. Nello stesso senso è OPPO, *Diritto dell'Impresa, Scritti giuridici*, Cedam, Padova, I, 1992, p. 285, il quale afferma che l'imprenditore è titolare di un diritto non sulle persone dei collaboratori, né direttamente sulle loro energie lavorative e neanche di un diritto - potere di escluderli dal controllo dei mezzi di produzione come manifestazione di una proprietà capitalistica, ma di un diritto ad una loro prestazione di lavoro.

PETTITI, *Il trasferimento volontario d'azienda. Notazioni esegetiche e sistematiche*, op. cit., 135, rileva l'equivocità della definizione di "servizi" o "energie", in quanto delle due l'una: o tali servizi sono stati già prestati e allora faranno parte dell'azienda come risultati da essa conseguiti, cioè come nuovi beni, ovvero essi debbono ancora essere prestati e rileveranno allora come crediti o come rapporti contrattuali. Né sembra rigoroso assimilare l'energia dei lavoratori a quella naturale, poiché mentre la seconda può essere una entità attuale, oggetto di proprietà, la prima è soltanto una entità potenziale, oggetto di un credito.

ritocchi²⁵, non risponde ormai più al solo interesse del ceto creditorio di consentire il migliore risultato della liquidazione concorsuale, essendo, al contrario volta a realizzare quello l'interesse alla utile conservazione dell'impresa. Sotto il profilo della prosecuzione delle attività imprenditoriali, avuto peculiare riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali. Il legislatore della riforma fallimentare sembra infatti ispirarsi alla realizzazione dell'obiettivo della conservazione dei valori aziendali. È noto che il fallimento rappresenta un fatto di per sé neutro rispetto al contratto di lavoro in corso: la cessazione dell'attività imprenditoriale, pur se causata da una situazione di crisi irreversibile, non integra una ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione. Il rapporto di lavoro è destinato a proseguire indipendentemente dalla ripresa o continuazione dell'attività e potrà risolversi solo a seguito del licenziamento, individuale o collettivo, che il curatore ha l'obbligo di comunicare con adeguata motivazione. La procedura, seppur strutturata e tendente, essenzialmente, ad attuare la liquidazione giudiziale dei beni, tuttavia, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni, può realizzare meglio la soddisfazione delle ragioni dei creditori concorrenti attraverso la continuazione dell'esercizio dell'impresa, o l'attuazione di una vicenda traslativa temporanea (affitto) o definitiva (vendita), limitando i riflessi negativi per i livelli occupazionali. Di talché emerge la speciale valenza del

²⁵ All'iniziale tentativo di dettare una disciplina per il rapporto di lavoro da parte della commissione ministeriale per la riforma delle procedure concorsuali attraverso la previsione della necessaria sospensione dell'esecuzione dei contratti in corso alla data di apertura della procedura, con salvezza delle disposizioni in materia di rapporti di lavoro e trattamento di integrazione salariale, e ad un successivo tentativo di regolamentazione più specifica del contratto di lavoro subordinato – attuato con lo schema di riforma predisposto dalla commissione istituita con d.m. 27 febbraio 2004 (art. 127), mediante la continuazione giuridica del rapporto, senza soluzione di continuità, con facoltà, tuttavia, per il curatore, di intimare il recesso, nel rispetto delle norme vigenti in materia e, in aggiunta, con una disciplina processuale dell'impugnazione del licenziamento a seconda delle possibilità, o meno, che la richiesta di reintegrazione nel posto di lavoro sia suscettibile di esecuzione, per essere proseguita l'attività dell'impresa – ha fatto seguito un assoluto vuoto, nel senso che dei rapporti di lavoro non si fa più cenno all'art. 24 l.f. vigente, nella parte in cui regola la competenza del tribunale fallimentare per la conoscenza di tutte le azioni che derivano dal fallimento qualunque ne sia il valore.

fattore “prestazione” nel complesso aziendale, la cui conservazione, nella prospettiva del legislatore, rappresenta elemento fondamentale al fine della conservazione di un minimo di struttura aziendale.

Quanto detto costituisce perciò un rafforzamento della teoria secondo cui le energie lavorative dei prestatori di lavoro, come le opere che risultano ed emergono dal loro assiduo svolgimento sono, alla pari delle cose o dei beni in senso stretto, materia ed oggetto dell’attività dell’imprenditore che realizza una combinazione di fattori produttivi, oggettivati nel capitale e nel lavoro.

Ai fini della presente trattazione, ci si deve chiedere come venga a collocarsi il prestatore di lavoro rispetto al complesso di beni che costituiscono l’azienda, escludendo sin da subito l’aberrante teoria secondo la quale il prestatore di lavoro dovrebbe comprendersi nel concetto di bene²⁶.

Oggi, questa teoria, che, pur non parlando più di *locatio hominis*, si avvale comunque dello schema della *locatio operarum* al fine di individuare il contratto di lavoro e, per quel che qui ci interessa, cosa può essere

²⁶ La precisazione non sembri essere peregrina, posto che più volte, soprattutto in passato, l’azienda è stata intesa come un “aggregato di cose e persone”, di modo che a chi consideri il fenomeno economico alla superficie può parere che l’azienda sia uno strano complesso, nel quale confluiscono i due tipi delle *universitas rerum et universitas personarum*. CARNELUTTI, *Usucapione della proprietà industriale*, Milano, 1938, 36 ss, afferma che il problema del contratto di lavoro - uno di quelli che nel pensiero dei romani ha ricevuto una soluzione meno felice - è un aspetto della questione giuridica della persona e quest’ultimo non si risolve se non postulando la distinzione nella persona stessa, dell’obiettivo dal subiettivo, ammettendo che la persona come soggetto, ossia persona come spirito, abbia un diritto sull’oggetto, vale a dire la persona come corpo. Ed il contratto di lavoro sarebbe l’atto con cui il lavoratore dà il proprio corpo in locazione, locazione particolare in quanto concede non l’intero godimento, bensì un godimento parziale dell’obiettivo. Per l’Autore, dunque, l’azienda è una *universitas rerum* di cui fanno parte sia uomini che cose, intesi i primi come oggetti. In uno scambio epistolare tra Asquini, Massa e Carnelutti, *Sulle nuove posizioni del diritto commerciale*, *RDComm*, 1942, 65 ss., il primo dei citati Autori afferma che il concetto di impresa assunto dal codice è più articolato di quello della scienza economica. Nel concetto di impresa in senso economico - organizzazione di capitali e lavoro - rientrano infatti sullo stesso piano persone e beni organizzati per gli scopi dell’impresa; il sistema del codice distingue invece tra impresa - come organizzazione di lavoro - ed azienda - come organizzazione di beni. L’azienda è ovviamente oggetto di diritti: l’impresa come organizzazione di lavoro è nel suo aspetto strutturale, organizzazione di persone, che al suo vertice si confonde con l’imprenditore. Naturalmente l’impresa ha anche un significato funzionale, come attività organizzata dall’imprenditore.

qualificato come bene del complesso aziendale, pare senza dubbio superata da una più moderna concezione del diritto del lavoro. La posizione del prestatore di lavoro legato contrattualmente all'imprenditore risulta sicuramente complessa soprattutto qualora la si voglia valutare in relazione all'azienda. L'organizzazione patrimoniale dell'imprenditore sul piano del "diritto" non può tradursi in diritto sulla persona dei collaboratori, né direttamente sulle loro energie lavorative, ma solo in diritto a una loro prestazione di lavoro²⁷.

Si badi bene che non si vuole cadere nell'errore di considerare i servizi come mere energie lavorative materiali ed inqualificate, quasi beni fungibili e quindi concepire un distacco dell'energia lavorativa, come oggetto, dal soggetto che la eroga. Mediante il rapporto che intercorre tra imprenditore – datore di lavoro e lavoratore, quest'ultimo viene infatti ad essere assorbito nell'organizzazione dell'impresa.

Quanto detto può essere agevolmente dimostrato dalle numerose limitazioni poste nell'esercizio della sua attività all'imprenditore, il quale non può autodeterminarsi in maniera assoluta, ma incontra il limite rappresentato dall'interesse dell'impresa, che è quello alla creazione di una organizzazione produttiva nella quale trova contemperamento anche l'interesse del lavoratore²⁸.

²⁷ OPPO, *Diritto dell'Impresa, Scritti giuridici*, Cedam, Padova, I, 1992.

²⁸ Cfr. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, 1966, Padova, Cedam, nonché ASQUINI, *Profili dell'impresa, RDComm*, 1943, 9 ss. L'Autore da ultimo citato, ragionando sui rapporti intercorrenti tra impresa, imprenditore e azienda, giungeva ad affermare che l'impresa era una organizzazione di persone che ricomprende tanto l'attività dell'imprenditore che quella dei collaboratori (in contrapposizione all'azienda come organizzazione di beni). Veniva altresì dallo stesso Autore ravvisato tra imprenditore e collaboratori un interesse comune al risultato economico della produzione, che trascende i singoli interessi individuali, considerando l'impresa quale istituto o comunità sociale di lavoro, venendo dunque a ricomprendere nell'impresa tanto l'imprenditore che i suoi collaboratori. Sempre seguendo detta impostazione, il lavoro non doveva essere considerato come oggetto, ma come soggetto dell'economia, di cui fanno parte tanto l'imprenditore che i suoi collaboratori. Solo sotto questo profilo si spiegherebbe l'orientamento avuto dal legislatore corporativo verso la considerazione dei prestatori di lavoro come associati dell'imprenditore per un fine comune, donde la tendenza a favorire la partecipazione dei prestatori di lavoro ai benefici dell'impresa e a creare adeguati organi corporativi, anche

Detto in altri termini, il lavoratore non rimane estraneo all'impresa quale organizzazione del complesso di beni aziendali, in quanto e per quanto l'interesse dello stesso imponga dei paletti sia all'interesse individuale perseguito dall'imprenditore sia a quello collettivo cui è diretta l'attività dell'impresa. Il lavoratore rimane perciò dunque sempre portatore di un proprio interesse soggettivo, in quanto parte di un rapporto contrattuale.

Questa concezione che assimila beni e servizi sotto l'unico nome di "elementi", incontra peraltro diversi ostacoli²⁹, il primo dei quali è dato dalla difficoltà di far rientrare nel concetto di beni in senso ampio una prestazione di fare, sia essa una attività giuridica (come può essere ad esempio quella dell'agente, del rappresentante, etc.), sia essa una attività materiale (come può essere quella del professionista, del lavoratore autonomo, etc.). La più ampia fra le posizioni teoriche sopra accennate - quella che fa propria la nozione più estesa di *bene* - è stata principalmente ed originariamente determinata dall'esigenza, avvertita da gran parte della dottrina, di classificare fra gli elementi aziendali le prestazioni di *facere* - denominate, appunto, servizi (e spesso anche concepite, in un tentativo di maggiore oggettivizzazione, come "energie lavorative") - dei prestatori di lavoro, che costituiscono il cosiddetto personale aziendale.

In effetti la bontà della soluzione più ampia sembra sotto questo riflesso innegabile per una indubbia maggiore adeguatezza di fronte alla realtà aziendale, in cui il fattore umano è spesso prevalente e quasi essenziale all'esistenza dell'organizzazione. Appare perfettamente legittima una interpretazione dell'art. 2555 c.c. che ricomprenda nella nozione di azienda anche i beni in senso lato, ovvero i servizi coordinati e molteplici, continuativamente prestati all'imprenditore dai suoi collaboratori. L'attività di questi ultimi, per il suo carattere di subordinazione, ovverosia attività a disposizione di persona diversa da quella che la compie, non può venire

all'interno dell'impresa, che consentano ai lavoratori di partecipare all'esame degli interessi comuni dell'impresa stessa.

²⁹ DE MARTINI, *op. cit.*, 57.

considerata che nell'ambito della azienda alla stregua dei beni in senso stretto.

Qualche Autore distingue invece le cose in senso stretto, come quelle che costituiscono l'oggetto immediato o mediato dei diritti reali e delle obbligazioni di dare, dalle energie lavorative, che sono ritenute suscettibili di distacco e di vita autonoma rispetto alla persona del lavoratore e che sono prospettabili quali oggetti mediati dai diritti di obbligazione di fare, dai diritti patrimoniali che, in quanto si identificano con l'oggetto su cui insistono, costituiscono una categoria che ben si risolve e viene assorbita nei beni³⁰.

Questo, d'altro canto, è un tema che è stato sempre ignorato da gran parte della dottrina commercialistica, risultando per la rimanente comunque una questione trattata in maniera sfuggente.

Si dovrà allora affermare che ciò che confluisce nel complesso aziendale è costituito da una serie di posizioni che saranno occupate dai servizi, ovverosia dalle prestazioni indipendentemente dalla fattispecie contrattuale in forza della quale esse vengono rese³¹. Per qualificare un determinato bene

³⁰ La stessa distinzione viene fatta anche da chi qualifica l'attività dei collaboratori come un insieme di servizi, che unitamente ai beni strumentali, di cui l'imprenditore dispone, serve a quest'ultimo per il raggiungimento del risultato economico perseguito, risultato che, anche se viene ottenuto dai collaboratori, viene comunque imputato all'imprenditore. Cfr. FERRARI, voce *Azienda*, *Enciclopedia giuridica*, secondo cui esiste una fonte differenza tra l'attività dell'imprenditore e quella dei suoi collaboratori, differenza che importa solo per questi ultimi il ricollegamento dell'attività degli stessi all'azienda. La distinzione fra attività dell'imprenditore e dei collaboratori si coglie essenzialmente in ciò, che l'attività di questi è subordinata alla prima tanto nel suo impulso che nel suo svolgimento, così da costituire lo strumento o meglio, uno degli strumenti dell'attività dell'imprenditore. In questo senso l'attività dei collaboratori viene qualificata come un insieme di servizi, che unitamente ai beni strumentali, di cui l'imprenditore dispone, serve a quest'ultimo per il raggiungimento del risultato economico perseguito. Non è di ostacolo alla considerazione dei servizi come parte del complesso aziendale la circostanza che presupposto della prestazione erogata sia un impegno del prestatore di lavoro a tenersi a disposizione del datore di lavoro per erogare un'attività qualificata solo tecnicamente nelle condizioni che questi in concreto determinerà. Infatti, non solo le prestazioni di lavoro, ma anche qualsiasi altro bene in senso stretto è soggetto alle scelte e dunque alle dinamiche ad esso impresses dall'imprenditore (*id est* dal datore di lavoro). Cfr. sul punto NASI, *Osservazioni su una recente teoria dell'impresa*, *RDComm.*, 1960, 383 ss.

³¹ In questo senso sono molti Autori sicuramente più recenti rispetto al citato Carnelutti, ma in ogni caso *post* – codicisti e dunque non ancora avvezzi, se così si può dire, a sentire

come bene aziendale, infatti, ciò che conta è perciò solo la destinazione funzionale impressagli dall'imprenditore. Irrilevante è, infatti, il titolo giuridico che legittima l'imprenditore ad utilizzare un dato bene nel processo produttivo³². Spesso, anzi, i beni nei cui confronti il titolare dell'azienda non vanta un diritto saranno quelli che, economicamente, acquistano importanza prevalente nel determinare l'efficienza dell'azienda stessa.

Ricollegandoci a quanto più sopra detto in relazione al concetto di azienda e a che cosa si intenda per beni costitutivi del complesso che forma la stessa, a nostro avviso si deve sostenere che anche la prestazione di lavoro (i c.d. servizi) e non, si badi bene, il prestatore, contribuisca a costituire il complesso aziendale. Del resto è sempre bene tenere presente come l'identificazione del termine "*bene*" contenuta nell'art. 2555 c.c. con la nozione tecnica contenuta nell'art. 810 c.c., risultante dalle suggestioni provenienti da una realtà economica con prevalenza di organizzazioni produttive a forte densità di capitale, non sia un dato della realtà naturale, ma rappresenti il frutto di una precisa scelta esegetica, che, come tale può

riecheggiare i tumultuosi rivolgimenti legislativi di un diritto del lavoro *in fieri*. Per tutti v. AULETTA, v. *Azienda, Commentario al Codice Civile Scialoja – Branca*, (a cura di Scialoja Branca, Zanichelli, Bologna, 1947; DE MARTINI, *L'usufrutto d'azienda*, Milano, 1950.

³² Molteplici sono gli strumenti cui l'imprenditore datore di lavoro può ricorrere per il reperimento del fattore produttivo costituito dai "servizi", con particolare riferimento al contratto di appalto e di somministrazione di lavoro. Il fenomeno del lavoro temporaneo, della messa a disposizione e del prestito di personale, offrono all'imprenditore la possibilità di utilizzare e di dirigere all'interno della propria organizzazione produttiva lavoratori dipendenti da altri imprenditori, senza assumere tutte le responsabilità datoriali. In questo senso i lavoratori sono in qualche misura assimilati agli altri mezzi di produzione: così come per il capitale, gli strumenti che l'imprenditore può procurarsi per contratto, questi può procurarsi una forza lavoro già "professionalizzata", il che significa manodopera specializzata e formata, non necessariamente attraverso un rapporto di dipendenza diretta, ma attraverso forme di integrazione nel meccanismo produttivo distinte dal contratto di lavoro subordinato. Con il contratto di somministrazione, infatti, il fornitore non si obbliga a fornire un ben individuato lavoratore, né lavoratori con determinate competenze, ma a garantire, attraverso le prestazioni fornite, l'esatto adempimento dell'obbligazione dedotta nel contratto. Aderendo all'ipotesi di una obbligazione di risultato gravante in capo al somministratore, ciò si traduce nella possibilità di sostituzione dei lavoratori inviati, pur esponendosi al rischio di una pretesa risarcitoria dovuta a ritardo nella prestazione o nell'esatto adempimento.

essere sempre mutata. La prestazione di lavoro, in particolar modo oggi, non viene più ad essere rappresentata dall'erogazione di energie, ma anche ed in special modo dall'insieme di competenze, conoscenze e relazioni con la clientela che fanno dell'attività lavorativa un elemento della stessa organizzazione del complesso imprenditoriale.

Di talché ne consegue l'assunto logico secondo il quale nel trasferimento dell'azienda non debbono passare al cessionario solamente i beni intesi in senso stretto, ma anche e necessariamente le prestazioni di lavoro, in quanto esse costituiscono *de iure* elementi del complesso aziendale³³.

Si potrebbe obiettare che nel trasferimento d'azienda potrebbero anche non passare al cessionario tutti i beni facenti parte del complesso stesso, venendone di conseguenza escluse anche le prestazioni, in quanto non qualificate come essenziali ai fini della costituzione dell'azienda stessa.

Ma quanto detto pare agevolmente superabile attraverso due considerazioni:

1) nulla vieta alle parti di modificare in sede di trasferimento d'azienda il complesso di beni oggetto della stessa. Così facendo, peraltro, le parti potrebbero incappare nella possibilità di sgretolare una parte di quanto rappresenta l'azienda stessa, ledendo e, quasi con certezza, pregiudicando la funzionalità dell'unità economica in vista di un risultato produttivo.

Poiché la prestazione di lavoro costituisce il carburante del motore, *id est* dei beni aziendali in senso stretto, togliendo via via parte delle prestazioni di lavoro in sede di trasferimento dell'azienda, verrebbero dunque meno anche la possibilità di funzionamento della stessa azienda, una volta ceduta.

2) Secondo un profilo più strettamente letterale, partendo dagli effetti disciplinati dall'art. 2558 c.c.³⁴, ovvero sia il passaggio di tutti i contratti

³³ La Cassazione, pronunciandosi in materia di esternalizzazione e di genuinità di ramo d'azienda, nel giudicare in via incidentale sulla necessità o meno del consenso del lavoratore nell'ambito dell'operazione di cessione, ha più volte posto l'accento sull'inerenza del rapporto di lavoro all'azienda, in quanto legato inscindibilmente a quest'ultima. V. Cass. 23 ottobre 2002, n. 14961, Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105, *GL*, 2002, n. 17, 47 e 15.

³⁴ Utili paiono le annotazioni di SPOLIDORO, *Conferimento di ramo d'azienda, considerazione su fattispecie e disciplina applicabile*, *GComm.*, 1992, 692 ss., 697, il quale

all'atto del trasferimento dell'azienda, si può risalire alla causa determinate l'effetto, ovverosia il passaggio di tutti i beni che sono oggetto dei contratti trasferiti. Non pare infatti che la norma preveda alcuna esclusione³⁵.

Si potrebbe a ciò obiettare che per vero esiste una clausola di salvaguardia nell'*incipit* dell'art. 2558 c.c. ("*se non è pattuito diversamente*"), la quale consentirebbe alle parti di evitare il subentro dell'acquirente in parte dei contratti evitando, così il trasferimento anche di parte delle prestazioni di lavoro³⁶.

ben sottolinea che diverse sono le conseguenze in termini di trasferimento d'azienda a seconda che si abbracci la teoria omnicomprendiva, nella quale, dunque, sono compresi i rapporti di lavoro, dalla tesi opposta, dove la fattispecie "azienda" prescinde dai rapporti contrattuali e la sua sussistenza in concreto si valuta tenendo conto soltanto dei beni (in senso stretto). L'A. aggiunge che seguendo il punto di vista più restrittivo, non vi sarebbero dunque trasferimento d'azienda quando l'attitudine dei beni ceduti a costituire strumento di attività di impresa non dipende da un loro coordinamento tecnico - produttivo o commerciale, ma dal puro fatto di essere impiegati nel lavoro organizzato dell'imprenditore, dei suoi dipendenti e degli eventuali ausiliari dell'impresa.

In realtà l'A. pare non considerare che ciò che egli identifica in una sorta di coagulante tra i beni, ovverosia le prestazioni di lavoro rese attraverso la conclusione di contratti, costituisce esso stesso elemento del complesso aziendale, piuttosto che i rapporti collegati ai beni, la cui continuazione presso il cessionario rappresenta un mero effetto del trasferimento. Per BARASSI, *Il diritto del lavoro*, Milano, 1949, "l'art. 2112 c.c., sin dalla sua originaria formulazione, con il riconoscimento del lavoratore inserito nell'azienda, non ha fatto altro che applicare la più generale disposizione contenuta nell'art. 2558 c.c."

³⁵ Si aggiunga che per "servizi" si devono intendere tutte le di prestazione di lavoro, in qualunque forma esse vengano rese, con la precisazione doverosa che l'art. 2112 c.c. prevede una disciplina *ad hoc* solo per i lavoratori subordinati. Per il vero la Direttiva comunitaria 98/50/CE in materia di trasferimento d'azienda si era preoccupata di fornire una nozione di lavoratore flessibile, in particolare, rispetto alle divergenze di ciascun ordinamento nazionale, definendo come tale "*ogni persona che nello Stato membro interessato è tutelata come un lavoratore nell'ambito del diritto nazionale del lavoro*". La Direttiva non intende infatti instaurare un livello di tutela uniforme nell'intera comunità, ma soltanto impedire che i lavoratori coinvolti nel trasferimento d'impresa vengano collocati in una posizione meno favorevole per il sol fatto del trasferimento. Questo ben si spiega considerando che le altre prestazioni di lavoro, rese sotto fattispecie diverse da quella subordinata, vengono ricomprese nell'ampio ambito di applicazione della normativa di cui all'art. 2558 c.c.

³⁶ Inoltre si deve precisare che ostacolo ulteriore alla successione automatica dei contratti è costituito dalla mancata inerenza di un contratto stesso all'esercizio dell'azienda. In proposito la dottrina ha affermato che la generica espressione usata dal legislatore è idonea a ricondurre in essa sia i cosiddetti contratti aziendali - cioè i contratti che l'imprenditore stipula per ottenere a vario titolo beni e servizi necessari per porre in essere l'attività aziendale - sia i cosiddetti contratti d'impresa conclusi per l'esercizio della specifica attività oggetto dell'impresa stessa (MANGINI, *L'azienda, Diritto Commerciale*, Zanichelli, Bologna, 1995, 3). Il trasferimento in blocco di tutti i rapporti, tranne quelli espressamente eccettuati, attua un assetto corrispondente agli interessi di entrambe le parti (alienante ed acquirente). Per i rapporti aziendali l'alienante non ha infatti più normalmente

Ma anche in questo caso l'obiezione è facilmente superabile con quanto più sopra specificato *sub I*, ovvero sia con la considerazione che la volontà delle parti trova libertà di esplicarsi fintantoché non venga meno l'oggetto del trasferimento, ovvero sia il complesso aziendale e, in particolar modo, la sua funzionalità³⁷.

Parte II: La circolazione dell'azienda

1.3. L'art. 2112 c.c.: “appendice rafforzata” o nuova *ratio* rispetto all'art. 2558 c.c.?

Mettendo ora sotto la lente d'ingrandimento i rapporti tra l'art. 2112 c.c. e l'art. 2558 c.c., il primo è da molti autori considerato come una sorta di “appendice rafforzata” del principio contenuto nel secondo³⁸, esplicando

alcun interesse a conservarli, mentre l'acquirente ha interesse ad acquistare tutti gli elementi aziendali, tranne quelli non più funzionali o che comunque si propone di sostituire; per i rapporti di impresa normalmente l'alienante, privato dell'azienda, non è più in condizioni di adempiere, mentre per l'acquirente costituiscono garanzia del collocamento dei prodotti e mezzo per conservare la clientela. I contratti da cui trae origine il rapporto di lavoro sono ascrivibili ai contratti d'azienda, in quanto essi rappresentano lo strumento attraverso il quale ottenere la prestazione che occupa una precisa posizione lavorativa nel contesto organizzativo dell'azienda.

³⁷ Afferma COTTINO, *Diritto commerciale*, I, Cedam, Padova, 1993, che i contratti ineriscono e accedono normalmente al compendio aziendale (quindi al patrimonio aziendale in senso lato) ed infatti per escluderne il trasferimento occorre di regola una pattuizione *ad hoc*.

³⁸ BUONOCORE, *Il nuovo testo dell'art. 2112 c.c. ed il trasferimento di un ramo d'azienda*, *GComm*, 2003, 313; COLOMBO, *Il trasferimento dell'azienda e il passaggio dei crediti e dei debiti*, Cedam, Padova, 1972, 107; SPOLIDORO, *Conferimento di ramo d'azienda, considerazione su fattispecie e disciplina applicabile*, *GComm.*, 1992, 692; AULETTA, voce *Azienda*, in *Commentario al Codice Civile Scialoja – Branca*, (a cura di) Scialoja Branca, Zanichelli, Bologna, 1947 e in tal senso pare anche RIVA - SANSEVERINO, *Art. 2112 c.c.*, *Commentario al codice civile Scialoja Branca*, (diretto da) Scialoja Branca, Zanichelli, Bologna, 1974, la quale afferma che “l'ordinamento predisposto dall'art. 2112 c.c. può ricondursi alla istituzionale idoneità dell'azienda a mantenere nel proprio ambito i rapporti di lavoro per essa costituiti, indipendentemente dalla persona del datore di lavoro; questo, tenendo anche presente la peculiare accezione che il concetto di azienda, e lo stesso concetto di impresa quale luogo di prestazione di lavoro, sono venuti assumendo nell'attuale contesto economico – sociale”. In senso parzialmente difforme CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, I, *Diritto dell'impresa*, Utet, Torino, 2003, 139, secondo il quale non sempre il termine azienda verrebbe utilizzato nell'accezione di cui all'art. 2555 c.c., in quanto ad oggi, anche nell'ambito della normativa

una maggiore tutela degli interessi dei lavoratori rispetto alle garanzie riservate ai terzi nella normativa generale³⁹.

Una parte della dottrina lavoristica, la maggioritaria per il vero⁴⁰, esclude l'esistenza di un rapporto di *species* a *genus* tra le citate norme, ravvisando nell'art. 2112 c.c. una *ratio* di tutela di interessi dei prestatori di lavoro alla conservazione della posizione lavorativa caratterizzata dall'imperatività, e, nell'art. 2555 c.c., invece una volontà alla salvaguardia dell'azienda ceduta a tutela di entrambe le parti, cedente e cessionario, con conseguente natura dispositiva della prescrizione contenuta nella norma stessa.

codicistica sul trasferimento, sarebbe stata introdotta una normativa più specifica e più ampia per quanto riguarda la disciplina dei rapporti di lavoro. L'A. conclude con l'avvertenza che per la nozione di azienda le definizioni legislative della realtà hanno carattere relativo e non assoluto, in quanto funzionali alla soluzione di determinati concreti problemi. Nello stesso senso anche SPADA, *Lezioni sull'azienda*, AA. VV., *L'impresa*, Milano, 1985, 55. Interessante è notare come PETTITI, *Il trasferimento volontario d'azienda. Notazioni esegetiche e sistematiche*, Napoli, 1970, 7 ss, dapprima afferma che lo scopo dell'art. 2112 c.c. è la tutela del lavoratore, mentre quello dell'art. 2558 c.c. è la tutela del contraente ceduto, concludendo poi che entrambe le norme avrebbero identica *ratio*, anche se l'art. 2112 c.c. non avrebbe alcun valore di deroga rispetto all'art. 2558 c.c. L'A. aggiunge inoltre che anche il lavoratore avrebbe diritto a far valere l'inefficacia del subentro nei casi di rapporti di carattere personale. In giurisprudenza viene ribadito il carattere di specialità dell'art. 2112 c.c. rispetto all'art. 2558 c.c. (Cass. 2 marzo 2002, n. 3045, *RIDL*, 2003, II, 167).

³⁹ Quanto detto trova conforto anche in un dato testuale, rappresentato dalla rubrica dell'art. 2112 c.c., così come modificata a seguito dell'attuazione della direttiva 98/50/CE, la quale ha sostituito la dicitura "*Trasferimento d'azienda*" con "*Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda*".

⁴⁰ ZILIO GRANDI, *Commento all'art. 2112, in Codice della vendita*, Buonocore e Luminoso (a cura di), Milano, 2001, p. 834 ss.; FOGLIA, *Trasferimento d'azienda ed effetti sul rapporto di lavoro*, *MGL*, 1991, 330 ss; MINERVINI, *Le vicende del rapporto di lavoro nella fase del trasferimento d'azienda*, *DL*, 1992, 321 ss.; LIEBMAN, *Trasferimento d'azienda e responsabilità dell'acquirente nel passaggio dalla vecchia alla nuova disciplina*, *RIDL*, 1993, II, 840; G: SANTORO – PASSARELLI, *Ancora sul trasferimento d'azienda*, *DL*, 1994, I, 146; CARABELLI, *Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nel trasferimento d'azienda*, *RIDL*, 1995, 42 ss.; CIUCCIOVINO, *La nozione di azienda trasferita alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza interna e della disciplina comunitaria*, *ADL*, 1998, 895; LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Torino, 1999; PANCINI, *La nozione del trasferimento d'azienda nel diritto del lavoro*, *NGCC*, 1999, II, 101 ss. In questo senso Pretura Torino 29.06.1999, in *GPiem.*, 1999, 517, dove la *ratio* dell'art. 2112 c.c. viene identificata nella conservazione della continuità dei rapporti di lavoro dal cedente al cessionario. Afferma invece la natura di norma speciale dell'art. 2112 c.c. rispetto alla norma generale dell'art. 2558 c.c. CESTER *La fattispecie: nozione di azienda, di ramo di azienda e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie*, *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, Padova, 2005, p. 185.

La disciplina dell'azienda è una disciplina complessa, intesa in parte a mediare interessi delle parti e dei terzi (attuando due tipi diversi di mediazione, in quanto vi sono interessi dei terzi particolarmente subordinati ed interessi dei terzi particolarmente tutelati), in parte a mediare solo interessi tra le parti.

Così come pare ovvio sostenere che la *ratio* dell'art. 2558 c.c. è diretta alla tutela degli interessi di tutte le componenti l'azienda mentre quelle dell'art. 2112 c.c. è volta anche a tutelare l'interesse dei lavoratori, è altrettanto ovvio e scontato che da ciò non è possibile desumere un distacco netto tra le due norme, escludendo di conseguenza un rapporto di *genus a species* tra di esse. Entrambe le norme guardano infatti alla successione dei contratti nel trasferimento d'azienda, la prima dettando un principio generale che vale per tutti i contratti relativi all'azienda ceduta, ivi compresi i contratti di lavoro autonomo, mentre la seconda viene rafforzata dall'impossibilità di un patto contrario che impedisca la successione nei rapporti, imponendo perciò l'obbligatorietà del passaggio al cessionario dei contratti di lavoro subordinato.

Si aggiunga poi che solo successivamente sulla normativa con funzione ricognitiva della disciplina inerente i rapporti di lavoro, così come nella forma originaria dell'art. 2112 c.c., è venuta ad innescarsi una serie di modifiche di matrice comunitaria portatrici di interessi particolaristici, ovverosia rivolti unidirezionalmente alla tutela del lavoratore ceduto.

Esiste cioè una *ratio* comune tra le due norme, quella commercialistica e quella giuslavoristica, che è quella della trasmissibilità automatica in capo al cessionario di tutti i beni parte del complesso aziendale con conseguente effetto di successione, piuttosto che cessione, anche di tutti i contratti relativi all'azienda ceduta.

Il legislatore avrebbe voluto garantire una sostanziale indifferenza dei rapporti di lavoro quanto a continuità e regolamentazione rispetto a vicende attinenti la proprietà o il potere di gestione dell'azienda, rafforzando nel

tempo la posizione creditoria dei lavoratori trasferiti, la quale risultava già *in nuce* nell'art. 2112 c.c. nella sua struttura originaria, e compensando i vuoti normativi attraverso il coordinamento con le norme di cui agli artt. 2558 c.c. ss.

L'art. 2112 c.c. nella sua formulazione originaria, infatti, conteneva una clausola che riconosceva al datore di lavoro alienante la facoltà di recedere *ad nutum* dal rapporto di lavoro in tempo utile, giusta l'art. 2118 c. c.

L'assenza di un recesso vincolato, che suonava molto vicina all'*incipit* di cui all'art. 2558 c. c., se non metteva in dubbio, quanto meno scalfiva il principio relativo al passaggio delle prestazioni di lavoro dal cedente al cessionario, principio che trova invece nuovo vigore con la rilettura della norma operata a seguito dell'introduzione della L. 604/66 e L. 300/70 nell'ambito della disciplina in materia di licenziamenti individuali. L'opera del legislatore, arginata così la possibilità di ricorso *ad libitum* del licenziamento *ad nutum* nell'ambito delle operazioni di trasferimento d'azienda, rafforza il principio di inderogabilità della norma attraverso il mantenimento delle posizioni lavorative, salvaguardando di riflesso anche la funzionalità del complesso aziendale, la quale dovrebbe altresì costituire invece la *ratio* presupposta nelle operazioni di cessione dell'azienda.

Ma vi è di più.

La soppressione della clausola di recesso e la concomitante introduzione, sotto l'influsso comunitario, del divieto di utilizzare la cessione d'azienda quale causa di licenziamento, ha vieppiù rafforzato il convincimento che anche i rapporti di lavoro traggano origine da contratti qualificabili anch'essi come inerenti al complesso aziendale, alla stregua dell'art. 2558 co. 1° c.c.

I diversi strumenti di tutela garantiti al lavoratore nel trasferimento d'azienda rappresentano il profilo di specialità di cui all'art. 2112 c.c. rispetto all'art. 2555 c.c., che costituisce la ragione della genesi della norma

giuslavoristica, necessitata proprio dalla complessità della posizione rivestita dai soggetti la cui prestazione è oggetto di trasferimento.

Quanto detto trova riscontro in primo luogo nella lettera della legge, la quale afferma che in caso di trasferimento i rapporti di lavoro dei dipendenti del cedente continuano con il cessionario e che “*ferma restando la facoltà di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti, il trasferimento d’azienda non costituisce causa di licenziamento*”⁴¹, nonché sotto una serie di altri profili.

1.4. Profili di specialità dell’art. 2112 c.c.

Il carattere di specialità che ha condotto alla formazione di una norma quale l’art. 2112 c.c., era necessitato dalla complessa posizione di chi è terzo ceduto, ovverosia il lavoratore. La citata disposizione stabilisce, infatti, una puntuale e dettagliata disciplina ai fini di una complessiva tutela della posizione del lavoratore nel delicato passaggio al cessionario, ossia, in altri termini, ad un nuovo datore di lavoro. Ecco perciò che si rende opportuno esaminare in che cosa consistano queste tutele *ad hoc*, sottoponendo a particolare attenzione i profili che contribuiscono a costituire quello speciale “rafforzamento”, e che si aggiungono, nel trasferimento di azienda, al

⁴¹ La formula ricalca la clausola “*se l’alienante non ha dato disdetta in tempo utile*” contenuta nell’art. 2112 c.c. anteriormente alla riforma del 1990. Infatti, allora come oggi, è data facoltà alle parti di recedere dal contratto di lavoro, all’alienante, come all’acquirente, sulla base delle norme di cui alla l. 604 del 1966 e l. 300 del 1970, condizionando il potere di recesso del datore alla sussistenza di una causa non identificabile nel semplice trasferimento ed idonea a giustificare il licenziamento. Al lavoratore viene invece riconosciuto il diritto a rassegnare le dimissioni in qualsiasi momento del corso del rapporto di lavoro, sia presso il cedente che il cessionario. In base all’originario testo dell’art. 2112 c. c., il cedente doveva intimare il recesso al lavoratore “*in tempo utile*”. Si ritiene che, nonostante la scomparsa di tale inciso nella successiva formulazione della norma, il principio ivi stabilito debba tuttora valere, per cui, al fine di impedire che il cessionario subentri nella titolarità dei rapporti di lavoro facenti capo al cedente, è necessario che quest’ultimo comunichi il licenziamento in tempi tali che il preavviso decorra completamente prima del trasferimento d’azienda (cfr. LEPORE, *Trasferimento d’azienda e diritto di opposizione del lavoratore alla sua cessione*, RGLPS, 2001, 356).

mantenimento di tutti i diritti⁴² e dei trattamenti economici e normativi previsti dalla contrattazione collettiva, di cui il lavoratore godeva presso il cedente⁴³.

a) inderogabilità della norma e assenza di un diritto di opposizione

⁴² Il trasferimento di ramo d'azienda, con il passaggio di una parte dei lavoratori alle dipendenze di un'impresa cessionaria, come non comporta l'interruzione dei rapporti dei dipendenti ceduti, neppure comporta di per sé l'automatica caducazione delle competenze e degli *status* sindacali preesistenti, i quali sono funzionali, per loro natura, alla tutela degli interessi dei lavoratori trasferiti (Cass. 3 maggio 2003, n. 6723).

⁴³ Il c. 3° dell'art. 2112 c.c. stabilisce l'obbligo per il cessionario di "applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti dai contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario", purché dello stesso livello. Secondo parte della giurisprudenza, ai lavoratori che passano alle dipendenze dell'impresa acquirente, si applica il contratto collettivo che regolava il rapporto di lavoro presso l'azienda ceduta solamente nel caso in cui l'impresa acquirente non applichi alcun contratto collettivo. In caso contrario, la contrattazione collettiva dell'impresa alienata è sostituita immediatamente ed in tutto da quella applicata all'impresa acquirente, anche se contenga condizioni peggiorative per i lavoratori rispetto (Cass. 8 settembre 1999, n. 9545; Trib. Milano 22.11.2000, *OGL*, 2000, I, 102). In dottrina, accanto a tale tesi, è stata avanzata l'opinione secondo cui i contratti collettivi applicabili dall'impresa del cessionario sarebbero solo quelli volti ad armonizzare progressivamente le differenze di trattamento tra i dipendenti del cedente e quelli del cessionario (c.d. contratti di ingresso). In tal senso LEPORE, *Trasferimento d'azienda e diritto di opposizione del lavoratore alla sua cessione*, RGLPS, 2001, 356. Sul punto v. VALLAURI, *Trasferimento d'azienda e garanzie collettive*, AA. VV., *Il trasferimento d'azienda*, (diretto da) CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, Utet, Torino, 2004; CALAFIORE, *I contratti collettivi applicabili*, AA. VV., *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa. Commento al D. Lgs. 2 febbraio 2001 n. 18*, FOGLIA, SANTORO PASSARELLI (a cura di), Ipsoa, Milano, 2002; DE CRISTOFARO, *Trasferimento d'azienda e successive dimissioni del lavoratore*, *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, 2005, Padova, Cedam. In materia di successione dei contratti collettivi in ipotesi di trasferimento d'azienda si segnalano due pronunce: nella prima i giudici di Lussemburgo (C.G.C.E. 9 marzo 2006 C 499/04, Werhof c. Freeway Traffic System GmbH & co. KG., *NGL*, 2006, 260), affermano che l'art. 3, n. 1 della direttiva 77/187/CE deve essere interpretato nel senso che non osta a che, qualora il contratto di lavoro rinvii ad un contratto collettivo che vincola il cedente, il cessionario che non è parte del contratto collettivo non sia vincolato da contratti collettivi successivi a quello in vigore al momento del trasferimento d'azienda. Nella seconda (C.G.C.E. 12 novembre 1996, C 305/94, Rotsart de Hertaing c. J.Benoidt SA, *GCL*, 155), viene affermato il principio per cui l'art. 3, paragrafo 1 della direttiva deve essere interpretato nel senso che i contratti e i rapporti di lavoro in essere alla data del trasferimento di un'impresa tra il cedente ed i lavoratori occupati nell'impresa trasferita, si trasmettono *ipso iure* dal cedente al cessionario per il solo fatto del trasferimento dell'impresa, malgrado la volontà contraria del cedente o del cessionario e nonostante il rifiuto di quest'ultimo di eseguire i suoi obblighi. Inoltre il trasferimento dei contratti e dei rapporti di lavoro avviene necessariamente alla data del trasferimento e non può essere rinviato a discrezione, del cedente o del cessionario, ad altra data. L'insieme di queste soluzioni si impone a motivo del carattere imperativo garantito dalla direttiva.

Il profilo di specialità dell'art. 2112 c.c. relativamente alla inderogabilità del trasferimento risulta con tutta evidenza da un primo confronto con l'*incipit* dell'art. 2558 c.c., dove è invece lasciata la possibilità di un patto contrario al trasferimento e dal mancato passaggio al cessionario dei contratti aventi carattere personale⁴⁴. Secondo quanto disposto dall'art. 2558 c.c., il

⁴⁴ Un ulteriore ostacolo al trasferimento dei contratti d'impresa e d'azienda è il loro carattere personale. Coloro che ritengono che il riferimento alla natura personale dei contratti per i quali non opera la successione *ex lege*, sia dettata dall'esigenza del legislatore di tutelare il terzo contraente ceduto, affermano che sono "contratti personali" quei contratti nei quali l'identità e le qualità personali dell'imprenditore alienante sono state in concreto determinanti del consenso del terzo contraente (e non viceversa) (CAMPOBASSO, *op. cit.*, 152). All'interno di questo orientamento si distinguono diverse posizioni, ritenendosi da alcuni Autori che a carattere personale siano tutti i contratti stipulati a prestazioni soggettivamente infungibili, in quanto, ad esempio, contenenti un patto di infungibilità. In tal caso il carattere personale viene attribuito in relazione alla infungibilità della prestazione, in quanto essa deve essere, per sua natura, compiuta con il contributo determinante e personale del terzo (Cass. 12 aprile 2001, n. 5495, *GComm.*, 2001, II, 543, con nota di CIAN). Il carattere personale dei contratti non deve intendersi perciò riferito alle ipotesi in cui il contratto sia stato concluso *intuitu personae* per l'alienante, potendo l'acquirente, che non voglia condividere la scelta fiduciaria, tutelarsi con il patto contrario alla successione del rapporto. Al contrario, secondo altro orientamento, la deroga all'automatismo del trasferimento delle posizioni contrattuali ancora in essere, è dettata dall'esigenza di tutelare colui che subentra nell'esercizio dell'attività d'impresa. Pertanto non soggiacciono alla regola di cui all'art. 2558 c.c. quei negozi che l'imprenditore aveva stipulato sotto la spinta di una particolare fiducia nei confronti del terzo (GALGANO, *op. cit.*, p. 73). Ad ogni modo, indipendentemente dall'orientamento a cui si intenda aderire, il carattere personale del contratto va valutato in concreto, non potendosi far rientrare automaticamente nella categoria tutti i contratti nei quali genericamente rileva la persona di uno dei contraenti. In altri termini, la categoria dei contratti personali non può farsi coincidere genericamente con la categoria dei contratti conclusi *intuitu personae* (CAMPOBASSO, *op. cit.*, 152). Si segnala una pronuncia giurisprudenziale che, discostandosi da entrambi gli orientamenti sin qui delineati, ha affermato che i contratti a carattere personale, "ai quali non si applica lo speciale regime di successione previsto dall'art. 2558 c.c. sono sia quelli che prevedono a carico del soggetto alienante una prestazione infungibile, sia quelli in cui si ha una infungibilità oggettiva della prestazione stessa, derivante dalla fiducia riposta dal terzo nella capacità di adempimento della controparte" (Trib. Milano, 5 luglio 1995, *Gius.*, 1995, 3986). VANZETTI, *Osservazioni sui contratti relativi all'azienda ceduta, Impresa e società. Scritti in memoria di Alessandro Graziani*, Morano editore, Napoli, 1968, afferma che la categoria dei contratti *intuitu personae* comprende tre diversi gruppi di contratti: quelli in cui la prestazione è caratterizzata da una infungibilità oggettiva, in quanto il risultato dovuto viene individuato in necessaria correlazione con il comportamento di un determinato debitore; quelli in cui la presenza dell'*intuitu personae* viene attribuita tipicamente, in quanto detti contratti si presumono stipulati con una particolare considerazione della personalità di un contraente e non già in quanto sia stata considerata l'oggettiva infungibilità della prestazione. Infine sono qualificabili come contratti *intuitu personae* quelli che a prescindere dai caratteri oggettivi e dal tipo al quale appartengono, sono in concreto stati stipulati con una particolare considerazione della personalità di un contraente.

subingresso del cessionario nei rapporti contrattuali in essere al momento della cessione, non si verifica in ipotesi di accordo tra alienante e acquirente o, secondo diversa interpretazione, con il terzo, ed, in ogni caso, qualora si tratti di rapporti personali.

Peraltro, aderendo alla impostazione secondo cui i contratti aventi carattere personali apparterebbero ad una categoria più ristretta di quella dei contratti “*intuitu personae*” - riguardando i primi contratti con prestazioni oggettivamente infungibili, ovvero quelli stipulati con considerazione particolare alla personalità del contraente - il passaggio automatico al cessionario dei contratti di lavoro subordinato trova ragione nella qualificazione, ormai ad opera di una concorde dottrina, nella più ampia seconda categoria dei contratti *intuitu personae*, anziché nei contratti aventi carattere personalissimo (contratti di prestazione artistica o di opera intellettuale). In ogni caso e anche qualora si negasse sostegno a tale tesi, il passaggio automatico dei rapporti di lavoro in ipotesi di trasferimenti d’azienda troverebbe il proprio fondamento nella speciale tutela apprestata dall’art. 2112 c.c. ai lavoratori, speciale ed ad uno stesso tempo rafforzativa della *ratio* di cui all’art. 2558 c.c. in materia di mantenimento della funzionalità dell’azienda stessa.

L’imperatività del trasferimento dei rapporti di lavoro al cessionario comporta d’altro canto che né le parti possono impedire che le prestazioni di lavoro siano trasferite al cessionario, sia esplicitamente che implicitamente plasmando secondo un proprio specifico interesse il complesso aziendale oggetto di cessione, né tantomeno i prestatori possono opporsi al

Non pare possibile aprioristicamente ascrivere la categoria dei contratti di lavoro a quelli conclusi *intuitu personae*, neppure a fronte del dato testuale di cui all’art. 2118 c.c., laddove viene prevista quale causa di estinzione del rapporto di lavoro la morte del lavoratore. Solo a considerare la fattispecie dei contratti di lavoro subordinato si renderebbero comunque necessari dei distinguo solamente in relazione alle diverse categorie di assunzione, in particolar modo per le posizioni apicali. Peraltro in via generale il carattere personalistico del contratto di lavoro viene invece escluso per le posizioni lavorative caratterizzate da un alto tasso di fungibilità.

trasferimento invocando la mancanza del loro consenso alla successione nel rapporto di lavoro di altro datore.

Il fatto che il problema relativo alla necessità o meno del consenso del lavoratore ai fini del trasferimento d'azienda sia rimasto sopito fino a tempi recenti, si deve al fatto che la più classica analisi scientifica riguardava l'impresa dei modelli capitalistici più tradizionali, la quale circolava come tale o al più per segmenti rappresentanti una parte compiuta e relativamente autosufficiente del ciclo produttivo, la cui ricchezza in termini di *know – how* risiedeva solo in minima parte nella manodopera, per lo più sostituibile in modo agevole. A quel modello sociale era dunque coerente la valorizzazione del legame contrattuale tra lavoratore e persona del datore di lavoro: il dipendente collegava le proprie aspettative professionali e di stabilità all'unità produttiva più che al soggetto imprenditore. La continuità del rapporto contrattuale in capo al cessionario del ramo d'azienda era dunque, esattamente come nel caso della cessione dell'intera azienda, la migliore garanzia di proficua e produttiva prosecuzione del sinallagma contrattuale instaurato all'atto dell'assunzione.

Peraltro, a fronte del dibattito dottrinale e giurisprudenziale attorno alla necessità del consenso del lavoratore nelle operazioni di cessione d'azienda, risvegliatosi in relazione alla sempre maggiore valorizzazione della manodopera, l'art. 2112 c.c. continua a negare ai lavoratori un "diritto di seguito" rispetto all'azienda del cedente, diritto cui – in difetto di contraria previsione della legge – sarebbe perfettamente possibile rinunciare. La lettera della norma è invece chiarissima nel senso di rendere ineluttabile la continuazione del rapporto di lavoro con l'acquirente dell'azienda, anche contro la volontà delle parti⁴⁵.

⁴⁵ Aggiunge SPOLIDORO, op. cit., 692 ss., che "sarebbe un errore pensare che l'art. 2112 c.c. sia una norma dettata esclusivamente nell'interesse dei lavoratori, poiché essa corrisponde anche all'interesse, oltre che dell'alienante, anche dell'acquirente, che ovviamente trova nel personale addetto all'azienda una professionalità specifica ed un'abitudine al lavoro che dovrebbe altrimenti costruire a sue spese: sicché la disponibilità del personale già dipendente dal dante causa rappresenta certamente una "risorsa

La legislazione nazionale, pur con le aperture provenienti dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, in coerenza con il disegno nazionale, non ha inteso avvalersi della possibilità offerta dalla Direttiva 77/187/CE e dalla successiva 98/50/CE, di prevedere che in caso di dissenso del lavoratore trasferito, il rapporto di lavoro permanga presso il cedente. La stessa giurisprudenza comunitaria ha infatti sì affermato il carattere imperativo della direttiva per quanto attiene il diritto alla prosecuzione del rapporto in capo al cessionario, ma non invece nei confronti del lavoratore, non ostando la stessa a che il contratto prosegua alle dipendenze del cedente qualora lo stesso lavoratore si opponga al trasferimento⁴⁶. Si tratta peraltro di una

invisibile” ed un “ingente vantaggio competitivo”, per usare il moderno linguaggio dei studiosi di economia aziendale”. Peraltro l’A. sostiene che in presenza del consenso congiunto e concomitante di tutte le parti – acquirente, alienante e terzo - sarebbe possibile l’esclusione del trasferimento del rapporto di lavoro, venendo così meno, in maniera anche contraddittoria, ai principi alla base di quanto espresso sopra.

⁴⁶ Rispondendo ad un preciso quesito interpretativo posto dalla Cour du travail di Bruxelles, la Corte di Giustizia (sent. 12 novembre 1998, C 339796, *Europieces v. Sanders*), ha precisato che la tutela apprestata dalla direttiva “è svuotata di contenuto quando lo stesso interessato decida spontaneamente di non continuare il rapporto con il nuovo datore di lavoro, dopo il trasferimento: è evidente, infatti, che in questa ipotesi l’art. 3, n. 1 della direttiva non trova applicazione. In caso di una simile rinuncia del lavoratore ceduto, resta nella sovranità degli Stati membri stabilire la disciplina del rapporto. Se ne può dedurre, quindi, che non esiste nel diritto comunitario alcun diritto di opporsi alla continuazione del rapporto con il cessionario, nel senso che non esiste alcun diritto di paralizzare l’effetto legale della continuazione del rapporto di lavoro con il cessionario e, correlativamente, il diritto a che il rapporto continui con il cedente. In sostanza, il lavoratore ha solo una facoltà di opporsi, ma non è certo obbligato a continuare il rapporto con il cessionario, che è cosa ben diversa dal diritto di continuare il rapporto con il cedente.

Così prevede l’ordinamento tedesco all’art. 613 a del BGB, che infatti dispone che “il lavoratore può opporsi per iscritto alla cessione del rapporto di lavoro entro un mese dalla comunicazione dell’informazione di cui al paragrafo 5. l’opposizione può essere comunicata al precedente datore di lavoro o al nuovo proprietario”. In Germania tale *widerspruchsrecht* si fonda sul presupposto che l’attribuzione *ope legis* di un datore di lavoro non liberamente scelto appare lesiva della dignità umana e del libero sviluppo della personalità umana del lavoratore. La legge, tuttavia, non disciplina le conseguenze proprie dell’opposizione del lavoratore. Dottrina e giurisprudenza tedesche concordano nella possibilità per il lavoratore di continuare il rapporto di lavoro con l’alienante. In ogni caso, l’opposizione del lavoratore non lo tutela da eventuali risvolti negativi, conseguenti all’opposizione stessa. Infatti, a trasferimento avvenuto, nella normalità dei casi, il datore di lavoro non ha più la possibilità di continuare ad impiegare il lavoratore e, di conseguenza, diventa possibile il licenziamento per ragioni economiche. In Austria, ove sino al 1993 non esisteva alcuna norma riguardante i rapporti di lavoro in caso di trasferimento d’azienda, la legge fa espresso riferimento a delle ipotesi specifiche in cui il lavoratore può opporsi al passaggio del rapporto di lavoro. In particolare, se il cessionario non è disposto ad accollarsi gli oneri derivanti da un’eventuale garanzia di stabilità del posto di lavoro

facoltà e non di un diritto previsto dall'ordinamento comunitario, come ben sottolineato anche nella nota sentenza *Katsikas*⁴⁷ in cui la Corte di Giustizia ha ribadito un orientamento consolidato: la Direttiva ha il solo scopo di garantire il mantenimento del rapporto di lavoro e dei connessi diritti in caso di trasferimento d'azienda, ma non quello di costringere il lavoratore a continuare il rapporto di lavoro con il cessionario. Tuttavia essa non si spinge sino al punto di riconoscere per gli Stati membri un obbligo a prevedere un preciso diritto di opposizione a favore del lavoratore, con un corrispondente diritto a rimanere alle dipendenze del cedente. Quest'ultimo, ove previsto da un ordinamento nazionale, è sicuramente conforme al dettato della Direttiva.

Nella normativa italiana questo viene invece a tradursi nella mancata previsione della rilevanza del consenso del lavoratore, che, nella logica dell'art. 2112 c.c. viene assorbito dall'interesse alla continuazione del rapporto di lavoro presso il cessionario⁴⁸. Il trasferimento determinerebbe

prevista dal contratto collettivo applicabile all'impresa del cedente, oppure ad assumere gli obblighi discendenti da eventuali regolamenti che prevedono il diritto a un Fondo pensionistico aziendale. Riflettendo su queste conclusioni, di fatto pare che implicitamente il diritto tedesco abbia violato la "clausola di non regresso", la quale ostacola il verificarsi di una regressione di livello generale di protezione dei lavoratori in seguito all'adozione della direttiva comunitaria, pur lasciando agli Stati membri la possibilità di adottare misure diverse, sulla scorta della politica socioeconomica interna e questo nel rispetto dei requisiti minimi previsti dal legislatore

⁴⁷ C.G.C.E. 16 dicembre 1992, cause riunite C 132/91, C 138/91, C 139/91, *Katsikas v. Kostantinis*, *Racc.* 1992, p. 6577.

⁴⁸ Parte della dottrina aveva auspicato in sede di interpretazione una soluzione comunque adeguata agli spunti offerti, sulla base dei principi che regolano i rapporti tra le fonti di diritto comunitario e di diritto interno. La revisione critica dell'estensione incontrollata del principio della successione automatica nel contratto di lavoro, nell'ottica di una valorizzazione della dimensione individuale del rapporto di lavoro, avrebbe rappresentato anzi uno strumento di reazione avverso le "distorsioni interpretative" dell'art. 2112 c.c. Al fine di tutelare l'autonomia individuale del lavoratore coinvolto in un trasferimento d'azienda, il fondamento del diritto di opposizione si appella ai principi sopranazionali ed, in particolare alla Dichiarazione di Filadelfia, sugli scopi e gli obiettivi dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (annessa alla Costituzione dell'OIL e con essa ratificata in Italia con l. 1622/1947), secondo cui "il lavoro non è una merce e la vietata mercificazione consiste proprio nella sua equiparazione ai fini della circolazione dell'impresa ad uno dei vari elementi materiali che compongono l'azienda oggetto del trasferimento". Il principio "il lavoro non è una merce" costituisce sicuramente un principio giuridico *tout court*, essendo contenuto in un atto di diritto internazionale formalmente ratificato in Italia. Esso, del resto, è ben più antico della citata Dichiarazione di Filadelfia, risalendo addirittura al

Clyton Act nordamericano (1914), ove è servito ad escludere che la contrattazione collettiva sui salari ricadesse nell'ambito dell'*antitrust*. Sul punto si vedano DE MARCHIS, *Aspetti vecchi e nuovo del trasferimento d'azienda alla luce del D. Lgs. 2 febbraio 2001 n. 18*, RGL, 2001, I, 113; SCARPELLI, *Nozione di trasferimento di ramo d'azienda e rilevanza del consenso del lavoratore*, RIDL, 2003, II, 15 ss.; FRANCESCHINIS, *Le recenti modifiche legislative in materia di trasferimento di azienda*, D&L, 2001, 341; PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, ADL, 2003, 413 ss; RAFFI, *Tutela del lavoratore nel trasferimento di azienda tra normativa nazionale e normativa comunitaria*, Giuffrè, Milano, 2004; PORCHIA, *L'incidenza del diritto comunitario all'interno dell'interpretazione dell'art. 2112 c.c.: rilevanza della manifestazione della volontà del lavoratore*, RGD, 1999, 389; AIMO, *Le garanzie individuali dei lavoratori*, RGL, 1999, 389; CARO, *Attualità del diritto individuale alla conservazione del posto in caso di trasferimento dell'azienda*, FI, 2001, I, 1259. Evidente è l'inerzia del legislatore italiano, intervenuto ben due volte sulla disciplina del trasferimento d'azienda senza provvedere a raccogliere le sollecitazioni provenienti dalla Corte di Giustizia e volte a valorizzare la dimensione personale dell'attività lavorativa e, dunque, a dotare il lavoratore di una facoltà di opposizione che comportasse anche il diritto a rimanere alle dipendenze del cedente, limitandosi invece a prevedere la possibilità per il lavoratore di rassegnare le dimissioni nel caso in cui le condizioni di lavoro subiscano una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda. Alla scrivente sembra che la citata dottrina ometta di ravvisare che al lavoratore, non essendo considerato merce ma una persona a tutti gli effetti, anche oggi viene riconosciuto il diritto a rifiutare di essere trasferito presso il cessionario, volontariamente dimettendosi in tempo utile, come recitava anche l'art. 2112 c.c. prima della riforma del 1990. Nel senso dell'inesistenza di un diritto di opposizione in capo ai lavoratori addetti alla parte di azienda di cui si progetta il trasferimento e, correlativamente, dell'infondatezza della pretesa di questi ultimi a rimanere alla dipendenze del cedente CESTER, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, LG, 2001, 512, secondo cui "lo Stato italiano non si è avvalso delle più ampie facoltà che la direttiva – nella più recente interpretazione della Corte di Giustizia – gli concedeva e [...] l'unica tutela per il lavoratore che non accetti il trasferimento è non la possibilità di rimanere alle dipendenze del cedente, ma l'uscita privilegiata di cui al quarto comma"; BALLESTRERO, *Il trattamento economico e normativo dei lavoratori nella nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, LD, 2002, 206; CARABELLI, *Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nel trasferimento d'azienda*, RIDL, 1995, 42 ss., precisa che "il nostro ordinamento non riconosce al lavoratore il diritto di rifiutarsi di seguire il trasferimento dell'unità produttiva cui è adibito e di ottenere dall'imprenditore la destinazione ad altra unità produttiva prima del trasferimento stesso"; MAGNANI, *Trasferimento ed esternalizzazioni*, GDLRI, 1999, 485; ROMEI., *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda: art. 2112. Commentario al Codice Civile diretto da Piero Schlesinger*, Milano, 1993, 5 ss., il quale sostiene che affermare l'esistenza di un diritto di opposizione, praticabile, ovviamente, ove il trasferimento non abbia ad oggetto l'intera azienda, significa riconoscere in capo al lavoratore un diritto ad essere trasferito ad altra unità produttiva, il quale, come ovvio, non trova cittadinanza nel nostro ordinamento; CIUCCIOVINO, *La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il d. lgs. 18/2001*, in (a cura di) DE LUCA TAMAJO, *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*; della stessa A. *Trasferimento di ramo d'azienda ed esternalizzazione*, ADL, 2000, 385, in modo radicale e deciso afferma che "sul piano tecnico e giuridico, l'inserimento nella norma di un elemento ad essa estraneo (nel caso di specie, appunto, il consenso del lavoratore ceduto), non appare metodologicamente condivisibile, in quanto stravolgendo il dettato legislativo, va ben al di là dell'attività ermeneutica che compete all'interprete". In giurisprudenza l'importanza del consenso viene affermata (Pretura Milano 14 maggio 1999; Cass. 28 settembre 2004, n. 19379, DML, 2005, 761; Cass. 30 agosto 2000, n. 11422, in cui il Giudice di legittimità asseriva che il cedente ed il cessionario possono

automaticamente ed *ex lege* il passaggio dei dipendenti dell'azienda o del ramo ceduto all'acquirente⁴⁹. Sarebbe dunque errato individuare la fonte

legittimamente concordare il mantenimento alle dipendenze del cedente di alcuni lavoratori precedentemente addetti alle attività svolte nel ramo di azienda ceduto; ciò perché lo spirito di tale disciplina è quello di assicurare la continuazione del rapporto e la salvaguardia dei diritti quesiti, ma non anche di imporre che questi obiettivi debbano essere realizzati esclusivamente mediante il passaggio dei rapporti di lavoro al cedente anziché con la ricollocazione dei lavoratori nella residua organizzazione dell'azienda dell'alienante), anche se non unanimemente, in quanto molte sono le pronunce in cui si arrivava invece a concludere che tanto la normativa comunitaria che quella nazionale escludono la necessità dell'assenso del dipendente ceduto (Cass. 23 luglio 2002, n. 10761; Cass. 4 dicembre 2002, n. 17201, *FI*, 2003, I, 103; Cass. 30 luglio 2004, n. 14670, *DML*, 2005, 304; Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105, *RIDL*, 2003, II, 148; Cass. 10 gennaio 2004, n. 206, *MGL*, 2004, 12, 923; Tribunale di Milano 31 gennaio 2001). Anche la Corte di Giustizia comunitaria è stata più volte chiamata a pronunciarsi riguardo ad un presunto diritto di opposizione del lavoratore al trasferimento, in particolare nella già citata sentenza C.G.C.E. 16 dicembre 1992, cause riunite C 132/91, C 138/91, C 139/91, *Katsikas v. Kostantinis*, *Racc.* 1992, p. 6577, in cui si afferma che “la direttiva, anche se consente al lavoratore di rimanere alle dipendenze del nuovo datore di lavoro alle stesse condizioni di quelle pattuite con il cedente, non può essere interpretata nel senso che essa obbliga il lavoratore a proseguire il rapporto di lavoro con il cessionario. Un obbligo del genere comprometterebbe i diritti fondamentali del lavoratore, il quale deve essere libero di scegliere il suo datore di lavoro e non può essere obbligato a lavorare per un datore che non ha scelto. Ne consegue che qualora il lavoratore decida liberamente di non proseguire il rapporto con il cessionario, la Direttiva non obbliga gli Stati membri a stabilire che il contratto o il rapporto continui con il cedente. In tal caso spetta agli Stati membri stabilire la disciplina riservata al contratto o al rapporto di lavoro. Gli Stati membri possono, in particolare, disporre che in tal caso il rapporto o il contratto sia considerato rescisso, su domanda del dipendente o del datore di lavoro. Essi possono anche disporre che il contratto o il rapporto sia continuato con il cedente”. Sulla base di queste conclusioni, peraltro confermate anche in seguito dalle sentenze *Merkx* (C.G.C.E. 7 marzo 1996, C171 e 172/94) e *Temco* (C.G.C.E. 24 gennaio 2002, C 51/00), possiamo oggi dire che a livello comunitario è configurabile un diritto ad opporsi all'effetto della continuazione del rapporto di lavoro con il cessionario derivante dal trasferimento d'azienda. In tal senso un avallo legislativo proviene anche dal c. 3° Direttiva 23/00/CE, che non impone un obbligo in capo al lavoratore alla continuazione del rapporto di lavoro con il nuovo imprenditore. Viene dunque evidenziato in termini difficilmente discutibili che la rilevanza del consenso del lavoratore alla cessione del proprio contratto, costituisce un principio espresso dalla Direttiva 98/50/CE all'art. 4, c. 2° e, prima ancora, dalla Direttiva 77/187/CE e rimasto inattuato nella normativa nazionale. Il legislatore interno da un lato si è conformato rispetto al “considerando” in cui viene espresso l'obiettivo della normativa comunitaria, ovverosia quello di adottare le disposizioni necessarie per proteggere i lavoratori in caso di cambiamenti dell'imprenditore, in particolare per il mantenimento dei loro diritti, ma dall'altro si è allineato con la normativa interna di stampo commercialistico, secondo cui obiettivo nel trasferimento dell'azienda è la conservazione della funzionalità operativa dell'impresa, confermando la specialità dell'art. 2112 c.c. rispetto all'art. 2555 c.c.

⁴⁹ Nel senso che la successione dei contratti disposta dall'art. 2558 c.c. rappresenti una ipotesi di successione legale si esprime la dottrina dominante: cfr. tra gli altri COLOMBO, *Il trasferimento dell'azienda e il passaggio dei crediti e dei debiti*, op. cit., 102; VANZETTI, *Osservazioni sui contratti relativi all'azienda ceduta*, in *Impresa e società. Scritti in memoria di Alessandro Graziani*, Morano editore, Napoli, 1968; SANTORO

della necessità del consenso del ceduto nell'art. 1406 c.c., in quanto detta norma regolerebbe la cessione del contratto e non il trasferimento d'azienda, nel quale l'effetto del passaggio avviene *ope legis* e non in virtù di cessione di contratto. L'art. 2112 c.c. e l'art. 1406 c.c. regolano materie diverse e la diversità di materia esclude logicamente, prima ancora che giuridicamente, che si possa parlare di rapporto di specialità, in cui la prima norma derogherebbe alla disciplina disposta nella seconda.⁵⁰

La scelta del legislatore nazionale ha voluto privilegiare l'armonizzazione con l'ordinamento interno – usando le parole critiche di Scarpelli – “*introiettando l'interesse dell'impresa all'inscindibilità tra rapporto di lavoro e azienda*”⁵¹. Viene in tal modo salvaguardato anche l'interesse alla continuazione qualificata del rapporto di lavoro, laddove alla conservazione del posto di lavoro si accompagna il mantenimento della professionalità

PASSARELLI F., *L'impresa nel sistema del diritto civile*, RDCComm, I, 1942, 376 ss.; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, I, *Diritto dell'impresa*, Utet, Torino, 2003, 135 ss.; ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, Giuffrè editore, Milano, 1962; AULETTA, voce *Azienda*, in *Commentario al Codice Civile Scialoja – Branca*, (a cura di) Scialoja Branca, Zanichelli, Bologna, 1947. In giurisprudenza Cass. 25 gennaio 1979, n. 564; Cass 11 agosto 1990, n. 9219. V. però in senso contrario GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*, Napoli, 1962, 81 ss. e ROTONDI, *Trattato di diritto industriale*, Cedam, Padova, 1929, secondo i quali si tratterebbe di applicazione particolare della nozione generale di cessione di contratto, contenuta nell'art. 1406 c.c.

⁵⁰ *Contra* LEPORE, *Trasferimento d'azienda e diritto di opposizione del lavoratore alla sua cessione*, RGLPS, 2001, 356, secondo cui gli artt. 2112 e 2558 c.c. sarebbero applicabili solo nel caso in cui sia trasferita un'azienda o una sua articolazione funzionalmente autonoma e pertanto i singoli beni o rapporti non unificati nell'azienda circoleranno secondo la disciplina di cui all'art. 1406 c.c. L'A. nelle proprie conclusioni pare trascurare la rilevanza che viene ad assumere la funzionalità che coordina i vari beni nella loro unitarietà al fine di costituire, appunto, l'azienda, affermando, in maniera non del tutto chiara, che “è stato giustamente sottolineato a tal proposito che l'effetto automatico e *ope legis* dell'art. 2112 c.c. è volto a garantire non la cessione del contratto quanto piuttosto la continuazione del rapporto, confermando, così l'inerenza del rapporto all'azienda anche nella fase della circolazione della stessa.

⁵¹ SCARPELLI, *Nozione di trasferimento di ramo d'azienda e rilevanza del consenso del lavoratore*, RIDL, 2003, II, 153. La giurisprudenza (Cass. 30 luglio 2004, n. 14670, DML, 2005, 305; NGL, 2005, 129) sposando pienamente la teoria della c.d. “eterogenesi dei fini” che ha investito l'art. 2112 c. c., ha identificato la funzione socio economica a cui assolve l'istituto del trasferimento d'azienda con il perseguimento di esigenze di ristrutturazione aziendale, riconversione industriale e delocalizzazione delle imprese, e da ciò assume che la fattispecie deve essere governata da una disciplina che abbia a se sottesa la *ratio* di agevolazione della vicenda circolatoria dell'azienda, rispetto alla quale l'elemento del consenso del lavoratore si configura come una rigidità.

acquisita nel corso della vita lavorativa. La contrapposizione tra l'interesse datoriale alla integrità del complesso aziendale e l'interesse dei lavoratori alla continuazione qualificata del rapporto è pienamente risolto con la previsione della successione *ex lege* del rapporto dal cedente al cessionario. Il contemperamento dei menzionati differenti interessi non trova pieno equilibrio in ipotesi di trasferimento di ramo d'azienda. La realtà sostanziale del fenomeno è tale che l'interesse alla continuazione qualificata del rapporto può venire seriamente compromesso dall'inserimento del lavoratore in una realtà produttiva diversamente caratterizzata rispetto a quella di origine, sotto il profilo economico, organizzativo e dimensionale.

b) solidarietà tra cedente e cessionario per i crediti del lavoratore

La disciplina di cui all'art. 2112 c. 2° c.c. risulta maggiormente rafforzativa della tutela prevista in relazione alla posizione creditoria del terzo ceduto, distaccandosi nettamente da quanto previsto nell'art. 2560 c.c., il quale contempla la solidarietà del cessionario nei confronti del cedente solo per i debiti risultanti dalle scritture contabili.

L'art. 2560 c.c., infatti, usa una formula diversa rispetto a quella dell'art. 2559 c.c., in quanto non parla di cessione dei debiti dall'alienante all'acquirente; anzi, sembra escluderla in via di principio e questo proprio in applicazione della regola per cui nessuno può trasferire i propri debiti senza il consenso del creditore. Di talché ne risulta che il cessionario risponde dei debiti del cedente solo allorché ricorrano due requisiti: in primo luogo in via solidale allorché essi risultino dalle scritture contabili, peraltro obbligatorie solo per le aziende commerciali⁵² ed, in secondo luogo, in via esclusiva

⁵² Peraltro secondo autorevole dottrina (COTTINO, *Diritto commerciale*, I, Cedam, Padova, 1993, 259) non si tratta di semplice consenso, ma occorre che il contratto con cui viene trasferita l'azienda preveda l'accollo dei debiti in capo al compratore.

allorché il terzo creditore abbia acconsentito alla liberazione del cedente, prestando il proprio consenso⁵³.

L'art. 2112 c.c. invece, superando anche la formulazione antecedente alle modifiche apportate nel 1990, laddove la norma prevedeva che il cessionario doveva rispondere dei debiti risultanti dai libri dell'azienda e dal libretto del lavoro, ora dispone che cedente e cessionario divengano obbligati solidalmente per tutti i debiti maturati al momento del trasferimento, ancorché non conosciuti e conoscibili mediante le risultanze emerse dalle scritture contabili⁵⁴.

La norma ha per certo raggiunto un grado di maggiore tutela per i lavoratori ceduti rispetto a quanto previsto dalla direttiva comunitaria, la quale dispone una presunzione *iuris tantum* di conoscenza dei diritti e degli obblighi in capo al cessionario e relativi al rapporto di lavoro trasferito, anche in assenza di notifiche, pur esplicitamente disciplinate nella stessa normativa comunitaria, la quale ha lasciato una flessibilità nelle scelte al legislatore nazionale. Come è infatti espressamente affermato all'undicesimo considerando della Direttiva 98/50/CE, l'obiettivo è quello di chiarire che *“quando gli Stati membri adottano misure intese a garantire che il cessionario sia informato di tutti i diritti e gli obblighi da trasferire, l'omissione di fornire dette informazioni lascia comunque impregiudicati tutti i diritti e gli obblighi connessi al trasferimento”*, di talché una disciplina nazionale che intendesse avvalersi di tale facoltà dovrebbe di

⁵³ Si deve puntualizzare che sia l'art. 2559 c.c. sia l'art. 2560 c.c. si limitano a regolare le conseguenze del trasferimento dell'azienda per i creditori ed i debitori aziendali, nulla disponendo, invece, circa la sorte di tali crediti e di tali debiti nel rapporto tra alienante ed acquirente. La questione è tuttora controversa ed è destinata a rimanere tale, poiché i dati normativi non offrono alcun elemento decisivo. Prevale comunque negli orientamenti più recenti la tesi che i crediti ed i debiti non passino automaticamente in testa all'acquirente, ma che sia necessaria una espressa pattuizione. In questo senso sono Auletta, Ferri, Ferrari, Ravà). In mancanza, l'acquirente è tenuto a pagare i debiti anteriori al trasferimento dell'azienda quale garante *ex lege* dell'alienante stesso e avrà diritto di rivalsa per l'intero nei confronti di questi.

⁵⁴ L'acquirente risponde dunque anche dei debiti risultanti dai libri facoltativi e dai libri redatti anche in assenza di obbligo di tenuta di contabilità (e quindi anche se l'alienante è imprenditore agricolo o piccolo imprenditore).

certo assicurare che la mancata notifica della posizione debitoria e creditoria con riferimento ai rapporti di lavoro esistenti non possa comunque incidere sul trasferimento, che permane appunto automatico, di quegli obblighi e diritti. Tale omissioni, configurandosi verosimilmente come una violazione del dovere di buona fede nelle trattative precontrattuali, potrebbe piuttosto rilevare sul piano dei rapporti tra cedente e cessionario, come fondamento di una eventuale azione di responsabilità.

In secondo luogo la solidarietà del cedente verso il cessionario viene meno non semplicemente sulla base del consenso prestato dal terzo ceduto, *id est* dal lavoratore, in qualunque forma, ma presupposto della liberazione è che il lavoratore presti un consenso “assistito”.

Una parentesi ulteriore deve essere aperta per quanto riguarda la tutela garantita ai dipendenti trasferiti con un ramo d’azienda ceduto, che successivamente rientra nel ciclo produttivo attraverso la conclusione di un contratto di appalto da parte del cedente, dove l’esecuzione avviene utilizzando la parte di azienda oggetto di cessione, così configurandosi il meccanismo dell’appalto *intra moenia* (art. 2112 u.c. c.c.).

Nonostante le numerose modifiche che hanno investito nell’arco di breve tempo la norma in questione, rimane comunque forte l’impalcatura garantista che impone una solidarietà tra committente – cedente e l’appaltatore – cessionario nei confronti dei crediti del lavoratore ceduto⁵⁵, *ab origine* attraverso il richiamo all’art. 1676 c.c.⁵⁶ e quindi riconoscendo al

⁵⁵ In questo senso era già l’art. 4 dell’abrogata L. 1369/60, che fissava in un anno dalla cessazione dell’appalto il termine di decadenza per l’esercizio dei diritti dei prestatori di lavoro, dipendenti da imprese appaltatrici di opere e servizi (interni all’azienda) nei confronti degli imprenditori appaltanti.

⁵⁶ Nella versione originaria l’art. 32 inspiegabilmente rinviava alla disciplina generale dell’art. 1676 c.c., così creando un’ingiustificata differenza di tutela per i lavoratori qualora impiegati in appalti connessi alla cessione di ramo d’azienda. La responsabilità solidale del committente era già stata rivisitata ed in qualche misura rafforzata nel 2004 con un decreto correttivo del D. Lgs. 276/2003. Il D. Lgs. 251 del 2004, con cui veniva infatti estesa la responsabilità del committente previsto dall’art. 29 c. 2° del D. Lgs. 276/2003 agli appalti di opere (inizialmente esclusi) oltre che di servizi, rendendo altresì applicabile lo stesso regime di responsabilità nel caso di appalti eseguiti dall’acquirente mediante il ramo di azienda oggetto di cessione. Il tutto seppure con l’attribuzione alla contrattazione collettiva

prestatore una azione diretta nei confronti del committente, poi per altra via, a seguito di modifica dello stesso art. 32, attraverso il rinvio all'art. 29 c. 2° c.c. D. Lgs. 276/2003⁵⁷.

Sul punto si precisa che a seguito della modifica da ultimo intervenuta proprio nell'ambito del citato art. 29 c. 2°, non si è provveduto contestualmente ad "aggiornare" anche l'art. 2112 c. 6°, c.c. che ad essa rinvia. Pare, peraltro, che questa distrazione del legislatore possa essere superata nell'ottica di una lettura della norma costituzionalmente orientata, considerando che le esigenze di tutela dei lavoratori coinvolti in un appalto *intra moenia* non possono essere inferiori a quelle di un normale appalto, in quanto è "semmai il caso dell'appalto in seguito a cessione del ramo a richiedere una garanzia maggiore"⁵⁸.

della possibilità di stabilire un regime di solidarietà diverso da quello legale. Sul punto CESTER, *Il trasferimento d'azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme di organizzazione dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è concluso?*, in Carinci – Cester (a cura di e coordinato da) *Il correttivo alla legge di riforma del mercato del lavoro*, 2005, 8, V, 108; FALASCA, *Appalto e somministrazione di manodopera: criteri distintivi e motivi di impugnazione giudiziale*, in *Il sole 24 ore Avvocato*, 2005, 11, 49 ss.

⁵⁷ Sul punto v. ALLEVA, *La nuova disciplina degli appalti di lavoro*, in Grezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al D. Lgs. n. 276/2003*, Ediesse, 2004, 168. Sulla portata della riforma del 2003 e del correttivo del 2004, in generale, tra gli altri, CARINCI M.T., *La tutela dei lavoratori negli appalti di servizi*, in Carinci M. T., *Somministrazione, comando, distacco, trasferimento d'azienda*, Ipsoa, Milano, 2004, 198 ss.; CARINCI M.T., IMBERTI, *La tutela dei lavoratori negli appalti dopo il D. Lgs. 251/2004*, in F. Carinci (coordinato da), *Il correttivo alla legge di riforma del mercato del lavoro*, Milano, Ipsoa, 2005, 86; ICHINO, *Il rapporto di lavoro nell'appalto di servizi. Commento sub art. 29*, in Pedrazzoli (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, 2004, 323 ss.; CALCATERRA, *La tutela del lavoro negli appalti*, in De Luca Tamajo, Rusciano, Zoppoli (coordinato da), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2004, 135; TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in Tiraboschi (a cura di), *La riforma Biagi. Il decreto correttivo*, in Tiraboschi (a cura di), *Riforma Biagi. Il decreto correttivo*, GL, 2004, 37, II; MISCIONE, *Il correttivo 2004 del D. Lgs. 276/2003*, LG, 2004, 7, 621; ANGIELLO, *L'appalto di servizi – Commento all'art. 29*, Galantino (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro. Commento al D. Lgs. 276/2003 (artt. 1- 32)*, Torino, 2004, 321 ss.; CHIECO, *Somministrazione, comando, distacco, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il D. Lgs. 276/2003*, Bari, Cacucci, 2004, 91 ss.; DEL PUNTA, *La Nuova disciplina degli appalti e delle somministrazioni di lavoro*, AA. VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Milano, 2004, 161 ss.

⁵⁸ CESTER, *Il trasferimento d'azienda e di parte d'azienda fra garanzia per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione della direttiva comunitaria è*

Un'ulteriore modifica è stata da ultimo apportata al comma 2° dell'art. 29 dall'art. 1, c. 911, l. 248/2006 (legge Finanziaria 2007)⁵⁹.

La norma presenta spunti di novità ed in ogni caso, maggiormente garantistici, dimostrando perciò stesso non tanto di derogare rispetto alla disciplina di cui all'art. 1676 c.c. in materia di appalti, quanto di disporre una tutela rafforzata e speciale rispetto non solo a quanto disposto dalla citata normativa, ma ancor più rispetto alla disciplina di cui all'art. 2112 c. 2° c.c., avente invece una portata generale.

In primo luogo viene tolta ai contratti collettivi nazionali di lavoro la facoltà di escludere il regime di solidarietà tra committente ed appaltatore in ordine ai crediti retributivi e contributivi previdenziali dovuti, solidarietà che perciò oggi è destinata ad operare in via automatica ed inderogabilmente, mentre in precedenza veniva fatta salva la possibilità per la contrattazione collettiva di disporre previsioni diverse.

La seconda novità consiste nell'ampliamento del termine di decadenza entro il quale i lavoratori coinvolti nell'appalto e gli enti previdenziali interessati possono far valere la responsabilità solidale del committente e dell'appaltatore, rispettivamente per i crediti retributivi e previdenziali, termine che da un anno viene elevato a due, restando fermo il *dies a quo* della data di cessazione dell'appalto.

La terza novità consiste nell'estensione dei soggetti rispetto ai quali la responsabilità solidale del committente è destinata ad operare, affiancandosi non più soltanto a quella dell'appaltatore, ma anche a quella di "ciascuno

conclusa?, M.T. CARINCI (a cura di), *Somministrazione, comando, distacco, appalto, trasferimento d'azienda*, Milano, Ipsoa, 2004, 271.

⁵⁹ Il comma 911 così prevede: "In caso di opere o di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il termine di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti". Sul punto cfr. FALASCA, *Con la Finanziaria cambia ancora la disciplina degli appalti*, GL, 4, 39; MATTIUZZO, *Le nuove responsabilità del committente, appaltatore e subappaltatore*, GL, 6, 559; CHIECO, *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007*, LG, 5, 467.

degli eventuali ulteriori appaltatori". Si tratterebbe peraltro, più di una modifica di carattere interpretativo, essendo tale regime desumibile anche dalla disciplina previgente, anche se una recente pronuncia di merito aveva confermato la rilevanza della modifica apportata dalla L. 248/2006, stante la mancanza di un rapporto contrattuale tra committente e subappaltatore⁶⁰.

L'art. 29 c. 2° del D. Lgs. 276 del 2003 – e, quindi, di riflesso, anche l'art. 2112 u.c. c.c. – si arricchisce di un ulteriore contenuto, il quale risulta per esplicito richiamo alla stessa normativa contenuta nella L. 248 del 2006⁶¹, il c.d. "pacchetto Bersani"⁶².

In attesa dell'emanazione del decreto interministeriale che ne determinerà la piena operatività, l'esame della disciplina prevista dalla L. n. 248/06 risulta comunque di estremo interesse per individuare quale sia, secondo le intenzioni del legislatore, l'esatta portata del vincolo di solidarietà posto a carico del committente. In primo luogo, la legge prevede che l'appaltatore risponda in solido con il subappaltatore dell'effettuazione e del versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente, del versamento dei contributi previdenziali e dei contributi assicurativi obbligatori per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dovuti nell'interesse dei dipendenti dello stesso subappaltatore. A tale vincolo di solidarietà, che di fatto ricalca quello già esistente fra committente ed appaltatore, ex art. 29, c. 2, D. Lgs. n. 276/03 – vincolo che, però, riguarda *in primis* e tipicamente i trattamenti retributivi, in questo caso non previsti, mentre è escluso per i

⁶⁰ Trib. di Milano 16 novembre 2005, *LG*, 2006, 1025.

⁶¹ La piena operatività del c.d. "decreto Bersani" è peraltro subordinata all'emanazione di un decreto interministeriale, ad oggi ancora non attuato.

⁶² Così, in forza dell'art. 35, c. 28°, l'appaltatore risponde in solido con il subappaltatore della effettuazione e del versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente e del versamento dei contributi previdenziali e assicurativi obbligatori per gli infortuni e le malattie professionali dei dipendenti a cui è tenuto il subappaltatore. Questa norma va letta in relazione all'ultimo inciso del comma 34 dello stesso art. 35, il quale sancisce che resta fermo quanto previsto, in tema di responsabilità solidale del committente, dall'art. 29, c. 2°, del D. Lgs. 276 del 2003 e successive modificazioni, "[...] che deve intendersi esteso anche per la responsabilità solidale per l'effettuazione ed il versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente".

contributi Inail - è posto tuttavia un limite quantitativo, non previsto invece dall'art. 29, c. 2°, D. Lgs. n. 276/03, essendo escluso che gli importi eventualmente dovuti dall'appaltatore possano comunque eccedere, complessivamente, l'ammontare del corrispettivo dovuto al subappaltatore, a norma del contratto con lo stesso stipulato. Ma la legge va ben oltre nell'innovazione: a norma dell'art. 35, c. 29°, infatti, la responsabilità dell'appaltatore *viene meno* nel caso in cui questi verifichi, mediante l'acquisizione della relativa documentazione, che gli adempimenti fiscali, previdenziali ed assicurativi descritti siano stati correttamente effettuati dal subappaltatore. Vale a dire, si introduce un onere in capo all'appaltatore di attivarsi per controllare la regolarità – almeno formale – dell'attività del subappaltatore. Qualora questa regolarità sia stata verificata, mediante l'acquisizione della documentazione che l'attesta (l'indicazione e l'elencazione di questa documentazione, come espressamente riporta l'art. 35, c. 34 su richiamato, sono rimesse al non ancora emanato decreto interministeriale), l'appaltatore è liberato da ogni responsabilità nei confronti dei dipendenti del subappaltatore - *rectius*, nei confronti degli enti cui i versamenti devono essere effettuati nell'interesse dei dipendenti del subappaltatore. Il meccanismo prevede altresì uno strumento di difesa e di sollecitazione per l'appaltatore, il quale ha la facoltà di sospendere il pagamento del corrispettivo dovuto al subappaltatore fino a che non sia effettuata da quest'ultimo l'esibizione della documentazione richiesta⁶³.

⁶³ Quanto al rapporto "sovraordinato", fra committente ed appaltatore, ferma restando la responsabilità prevista in capo al committente dall'art. 29, c. 2°, D. Lgs. n. 276/2003, la legge prevede un vero e proprio divieto, in capo al committente, di pagare all'appaltatore il corrispettivo dovutogli per l'opera o il servizio di cui al contratto senza aver prima acquisito – e quindi verificato – la documentazione attestante l'avvenuto regolare pagamento, da parte dell'appaltatore, degli oneri (fiscali, previdenziali e assicurativi) "*di cui al c. 28*", che in realtà è riferito agli obblighi del subappaltatore. Ma il successivo c. 33 dell'art. 35 chiarisce che il committente prima di versare il corrispettivo dovuto deve acquisire la documentazione che attesta la regolarità contributiva e fiscale dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori. Ovvero, stando all'obbligo di verifica che la legge impone, direttamente, in capo all'appaltatore nei confronti del subappaltatore, il committente dovrà anche controllare che l'appaltatore abbia adempiuto al suo onere di verifica, acquisendo la documentazione relativa agli adempimenti del subappaltatore: si viene dunque a formare

Residuano delle incongruenze, che non paiono giustificabili alla luce dell'impostazione del codice civile, che presupporrebbe per il subappalto una regolamentazione speculare a quella dell'appalto, essendo il primo un contratto derivato dal secondo. Ed infatti, secondo quanto osservato da una parte della dottrina⁶⁴, se si ammette che la disciplina di cui all'art. 29, c. 2, D. Lgs. 276/03 sia da considerarsi applicabile anche al subappalto, in quanto norma generale che vale a regolare il contratto derivato, il regime di solidarietà previsto dalla Legge Bersani non fa che sovrapporsi a quello già esistente, con il solo effetto – negativo – di introdurre un meccanismo che consente all'appaltatore di eliminare il vincolo di solidarietà anche prima del termine di decadenza biennale previsto dalla disciplina generale, mediante l'acquisizione della documentazione attestante gli adempimenti del subappaltatore, ovvero con l'effetto di introdurre una disciplina più favorevole per il subappalto rispetto a quella prevista per l'appalto. Non pare essere questa la *ratio* della norma: eppure, si deve dar atto che la scelta di differenziare, anche se solo marginalmente, la regolamentazione delle due tipologie di contratto, appalto e subappalto, contrasta con l'impostazione tradizionale, che vuole la seconda essere, di fatto, soltanto una *species* della

una catena di oneri che vincola tutti i soggetti coinvolti nell'esecuzione dell'appalto. Tuttavia, mentre l'adempimento dell'onere di controllo – formale - libera l'appaltatore, come si è visto, dal vincolo di solidarietà in ordine agli eventuali inadempimenti del subappaltatore, il committente che versi il corrispettivo senza aver prima effettuato il controllo viene assoggettato – ma solo nel caso di effettiva, rilevata, irregolarità – ad una sanzione amministrativa. In particolare, a differenza dell'appaltatore, il committente non viene comunque liberato dal vincolo di solidarietà di cui all'art. 29, c. 2°, D. Lgs. 276/03, che vale *in primis*, si ricorda, per i trattamenti retributivi spettanti ai lavoratori, che sono ora, a seguito della modifica introdotta con la Finanziaria 2007, anche i dipendenti del subappaltatore. Le disposizioni sopra richiamate hanno l'indubbio pregio di imporre ai soggetti coinvolti nell'esecuzione dell'appalto di attivarsi per effettuare un accertamento preventivo in ordine alla regolarità degli adempimenti connessi ai rapporti di lavoro: con un'anticipazione della tutela, che, altrimenti, è rimessa esclusivamente all'iniziativa del lavoratore, eventualmente dell'ente previdenziale interessato o del fisco. L'intento del legislatore è quello di eliminare a monte le situazioni generatrici di responsabilità, consentendo quindi che il vincolo di solidarietà posto a capo rispettivamente dell'appaltatore, perché espressamente previsto, e del committente, perché di fatto ne consegue – sempre esclusi i trattamenti retributivi – venga meno.

⁶⁴ Cfr. CINELLI, NICOLINI, "L'avvio della XV Legislatura. Il DPEF 2007 – 2013 e il 'Decreto Bersani'", *RIDL*. 2006, III, 214.

prima. Quanto poi ad altre incongruenze che emergono dall'analisi del testo di legge, si nota che: l'appaltatore ha l'onere di effettuare il controllo nei confronti del subappaltatore; il mancato assolvimento dell'onere può far insorgere la responsabilità solidale nel caso in cui la violazione si sia di fatto verificata; il committente ha, invece, l'obbligo di effettuare il controllo, nei confronti dell'appaltatore e del subappaltatore. La violazione di tale obbligo, anche qui, può eventualmente comportare la solidarietà, ma, in tal caso, comporta anche l'applicazione della sanzione amministrativa. In secondo luogo, l'art. 29, c. 2° del D. Lgs. 276/03 determina un limite di tempo – ora – di due anni per la responsabilità del committente, mentre l'appaltatore, in mancanza di analoga previsione, dovrà rispondere nei termini di prescrizione. Peraltro la responsabilità solidale del committente risulta comunque più estesa rispetto a quella prevista per l'appaltatore, perché il committente risponde illimitatamente, non nei limiti del compenso pattuito, e anche dei trattamenti retributivi – non però, almeno espressamente, dei contributi Inail. D'altra parte, la responsabilità dell'appaltatore resta in ogni caso condizionata all'emanazione del decreto interministeriale che renderà operativa la disciplina della Legge Bersani, mentre il vincolo solidale in capo al committente è già pienamente cogente. In sostanza, il committente, ovvero l'originario cedente, è posto al vertice del sistema dei rapporti creati con l'affidamento in appalto, quale punto di convergenza dei relativi oneri e delle derivanti responsabilità: soprattutto, allo stesso è attribuito un ruolo attivo di prevenzione il cui esercizio tende ad eliminare a monte le situazioni di irregolarità.

Anche con riferimento alla materia della sicurezza nei luoghi di lavoro (art. 1, c. 910 della Legge Finanziaria 2007, modificativa dell'art. 7, c. 3° del D. Lgs. n. 626/94)⁶⁵ rileva l'intenzione del legislatore tesa a valorizzare la

⁶⁵ A norma dell'art. 7 del D.lgs. 626/94, infatti, il committente è obbligato a verificare preventivamente l'idoneità tecnico - professionale delle imprese appaltatrici o dei lavoratori autonomi cui affida l'esecuzione di un'opera o di un servizio e ad informare dettagliatamente gli stessi soggetti sui rischi specifici che l'ambiente di lavoro in cui

posizione di cooperazione del committente, alleggerendo così di fatto gli obblighi direttamente incombenti sull'appaltatore stesso.

E questa prospettiva pare confermata anche dalla constatazione che accanto all'operata estensione del vincolo solidale imposto al committente dall'art. 29, c. 2, D. Lgs. 276/03 ed in parallelo alla modifica apportata all'art. 7, c. 2, D. Lgs. 626/94, la Legge Finanziaria 2007 ha introdotto nel disposto dello stesso art. 7 D. Lgs. 626/94 un nuovo comma 3 - *bis*, a norma del quale *“l'imprenditore committente risponde in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori, per tutti i danni per i quali il lavoratore, dipendente dall'appaltatore o dal subappaltatore, non*

operano comporta, nonché sulle relative misure di sicurezza e prevenzione adottate. E' altresì imposto a committente ed appaltatore un obbligo di cooperazione per la concreta attuazione delle misure di sicurezza previste e per la realizzazione degli interventi di protezione e prevenzione dei rischi rilevati, *“informandosi reciprocamente anche al fine di eliminare i rischi dovuti alle interferenze tra i lavoratori delle diverse imprese coinvolte nell'esecuzione dell'opera complessiva”*.

Va ricordato, inoltre, che in base alla L. n. 123 del 3 agosto 2007, pubblicata nella G.U. n. 185 del 10 agosto 2007, recante *“Misure in tema di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro e delega al Governo per il riassetto e la riforma della normativa in materia”*, in vista dell'elaborazione di un Testo Unico sulla prevenzione degli infortuni sul lavoro, sono state introdotte nuove rilevanti modifiche al testo dell'art. 7 del D. Lgs. 626/94, con la previsione di ulteriori obblighi a carico del committente. L'art. 3, c. 1, della L. n. 123/07, infatti, dispone che: *“a) il comma 3 dell'art. 7 è sostituito dal seguente: «3. Il datore di lavoro committente promuove la cooperazione ed il coordinamento di cui al comma 2, elaborando un unico documento di valutazione dei rischi che indichi le misure adottate per eliminare le interferenze. Tale documento è allegato al contratto di appalto o d'opera. Le disposizioni del presente comma non si applicano ai rischi specifici propri dell'attività delle imprese appaltatrici o dei singoli lavoratori autonomi.»; b) all'art. 7, dopo il comma 3-bis è aggiunto il seguente: «3-ter. Ferme restando le disposizioni in materia di sicurezza e salute del lavoro previste dalla disciplina vigente degli appalti pubblici, nei contratti di somministrazione, di appalto e subappalto di cui agli artt. 1559, 1655 e 1656 del codice civile, devono essere specificamente indicati i costi relativi alla sicurezza sul lavoro. A tali dati possono accedere, su richiesta, il rappresentante dei lavoratori di cui all'art. 18 e le organizzazioni sindacali dei lavoratori»*. Ad oggi, le eventuali violazioni di tali prescrizioni non risultano direttamente sanzionate; ma l'ennesima *“riformulazione e razionalizzazione dell'apparato sanzionatorio, amministrativo e penale, per la violazione delle norme vigenti (...)”* viene contestualmente delegata al Governo dall'art. 2, lett. f, della legge, con una particolare direttiva per la *“revisione della normativa in materia di appalti prevedendo misure dirette a: 1) migliorare l'efficacia della responsabilità solidale tra appaltante ed appaltatore e il coordinamento di prevenzione dei rischi, con particolare riferimento ai subappalti, anche attraverso l'adozione di meccanismi che consentano di valutare l'idoneità tecnico-professionale delle imprese pubbliche e private, considerando il rispetto delle norme relative alla salute e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro quale elemento vincolante per la partecipazione alle gare relative agli appalti e subappalti pubblici e per l'accesso ad agevolazioni, finanziamenti e contributi a carico della finanza pubblica”* (art. 2, lett. s).

risulti indennizzato ad opera dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro". Si tratta, secondo le prime letture della norma, dell'attribuzione al committente di una vera e propria responsabilità di tipo oggettivo, in forza della quale lo stesso soggetto è obbligato in solido automaticamente e senza alcuna necessità di accertamento della sostanziale colpevolezza al risarcimento del danno conseguente ad infortunio sul lavoro, nei confronti dei dipendenti dell'appaltatore e di ogni eventuale subappaltatore⁶⁶.

Tutto quanto sopra detto è perciò evidente che si realizza una sorta di codatorialità sostanziale, ancorché limitata ad alcuni trattamenti, per effetto della quale il lavoratore resta alle dipendenze dell'appaltatore sul quale incombe il complesso dei diritti e dei doveri che connotano il rapporto, ma il committente è coinvolto ampiamente nella posizione debitoria, in ragione del fatto che l'appalto è comunque diretto a soddisfare i suoi interessi.

c) dimissioni a seguito della sostanziale modifica delle condizioni di lavoro

L'art. 2112 c. 3° c.c. prevede la possibilità per il lavoratore ceduto di rassegnare le proprie dimissioni entro un termini di tre mesi dall'avvenuto trasferimento, qualora le condizioni di lavoro dello stesso subiscano una sostanziale modifica, con gli effetti di cui all'art. 2119 c.c. per quanto riguarda il diritto alla corresponsione dell'indennità di mancato preavviso.

⁶⁶ Tale danno sarebbe non solo quello di fatto non indennizzabile dall'Inail ai dipendenti dell'appaltatore o di ogni eventuale subappaltatore in quanto prodottosi nell'esercizio di un'attività non coperta da obbligo assicurativo ai sensi del D. Lgs. n. 1124/65, ma anche quello in concreto non indennizzato nei casi di piena e regolare fruibilità della prestazione sociale, in quanto estraneo ed eccedente all'ambito di operatività della copertura assicurativa. Si tratterebbe, in altri termini, anche del cd. danno differenziale e del cd. danno complementare individuati dalla dottrina e dalla giurisprudenza con riferimento alla nozione civilistica del danno indennizzabile a seguito di lesioni del diritto alla salute, ipotesi diverse dal danno biologico per inabilità assoluta, che è, invece, indennizzabile dall'Inail ai sensi del D.lgs. n. 38/00. Il committente, per converso, in mancanza di una previsione espressa, non potrebbe essere correttamente convenuto dall'Inail in un'eventuale azione di regresso diretta nei confronti dell'appaltatore o del subappaltatore, ex artt. 10 e 11 D. Lgs. 1124/6544, dato che in tale ipotesi l'Istituto agisce per la soddisfazione di un credito proprio e non in surroga del lavoratore.

Il nodo certamente più difficile da sciogliere è di certo rappresentato dalla accezione da attribuire alla “*modificazione sostanziale di lavoro*”⁶⁷. L’espressione, che non è propria del linguaggio del diritto del lavoro italiano, ricalca alla lettera quella contenuta nella Direttiva 98/50/CE, (ora 01/23), che a sua volta sembra tener conto del diritto del lavoro francese, nel quale la questione delle modificazioni sostanziali è oggetto di un ampio dibattito, che trova la propria giustificazione nella mancanza di una specifica disciplina dello *ius variandi* dell’imprenditore, sia dell’istituto delle dimissioni per giusta causa, conoscendo il diritto francese piuttosto l’imputazione al datore di lavoro della rottura del contratto in caso di modificazioni sostanziali, qualificando le dimissioni come licenziamento⁶⁸.

⁶⁷ Sul punto v. DE CRISTOFARO, *Trasferimento d’azienda e successive dimissioni del lavoratore*, in *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, Padova, 2005, p. 263 ss., il quale ha rilevato come sia immotivato comprendere la sostanziale modifica delle condizioni di lavoro nell’ambito della giusta causa di recesso, erroneamente argomentando, con inversione di metodo, dagli “effetti” conseguenti alle eventuali dimissioni. La più attenta dottrina (CESTER, *Trasferimento d’azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, LG, 2001, 507), peraltro, non ha tardato ad orientarsi nel senso della diversità sostanziale tra giusta causa e modifica sostanziale delle condizioni di lavoro, in base al comune ed assorbente rilievo che, se di giusta causa si fosse trattato, la previsione sarebbe stata inutilmente reiterativa di quanto stabilito dall’art. 2119 c.c. Quanto alla difficoltà di comprendere cosa si intenda per “modifica sostanziale”, si è rilevato che con questo termine certamente non si può pensare che il legislatore abbia inteso alludere ad un mutamento illegittimo, poiché questo ricade nell’ambito della giusta causa. Si ritiene che in definitiva si ha modifica sostanziale quando, nell’ambito del rapporto di lavoro, si siano verificati a scapito del lavoratore cambiamenti tali da comportare, nel loro insieme, che il lavoratore in concreto, non avrebbe stipulato il contratto a queste diverse condizioni. Secondo SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d’azienda, problemi vecchi e nuovi*, AA. VV., *Il trasferimento d’azienda*, (diretto da) Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, Utet, Torino, 2004, il significato di “giusta causa” andrebbe ricercato nel diritto comunitario ed, in particolare, nella direttiva 91/53/CE concernente l’obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro e delle loro successive modifiche. Di tale fonte dovranno essere presi in considerazione i rinvii ad aspetti del rapporto di lavoro che possono essere legittimamente oggetto di modifica successiva al trasferimento, poiché per gli altri l’eventuale illegittima o unilaterale modifica potrà essere contestata dal lavoratore quale inadempimento, con ben migliore effettività di tutela. L’istituto delle dimissioni ex art. 2112 c.c. opera su un piano diverso, che attinge alla tutela delle aspettative e degli interessi del lavoratore, e quindi differente rispetto alle dimissioni per giusta causa.

⁶⁸ Nel diritto francese, dottrina e giurisprudenza tradizionalmente distinguono (sulla base della distinzione presente nelle disposizioni in materia di licenziamento per ragioni economiche – tra modificazioni sostanziali e modificazioni non sostanziali del contratto di lavoro: più importanti le prime (modifica dell’orario, del luogo di lavoro, della

Ora anche la legge italiana mescola “*modificazioni sostanziali*”⁶⁹ e “*condizioni di lavoro*”, rendendo non facile la definizione del significato dell’espressione⁷⁰. Intanto vale la pena di precisare che non costituisce “*modificazione sostanziale*” ma lesione di diritti, la violazione dei limiti posti da norme inderogabili allo *ius variandi*, che autorizzerebbe comunque il lavoratore a dimettersi per giusta causa, senza che sia perciò necessaria una espressa previsione in tal senso. Se poi si accogliesse il suggerimento di tener distinto il contratto dal rapporto di lavoro, dovrebbero rilevare, ai fini di dimissioni *ex art. 2119 c.c.*, gli atti unilaterali del datore di lavoro, che comportano a) modificazioni di elementi essenziali del contratto, perché si tratta di atti unilaterali illegittimi: ma in questo caso non sarebbe necessario prevedere espressamente il potere del lavoratore di recedere per giusta causa, già previsto dalla corrente interpretazione dell’art. 2119 c.c.; b)

retribuzione e così via), che non possono essere imposte unilateralmente dal datore di lavoro; meno importanti le seconde, che possono esser invece disposte anche unilateralmente. Questa tradizionale distinzione è stata tuttavia di recente abbandonata dalla Cassazione francese, che ha introdotto una nuova distinzione: quella tra modificazioni del contratto, che non possono essere disposte unilateralmente dal datore e nel caso, allora, la rottura è imputabile al datore di lavoro, e modificazioni delle condizioni di lavoro, non derivanti dal mutamento delle fonti, che appartengono all’area dei poteri del datore di lavoro e quindi possono essere disposte unilateralmente dal datore di lavoro. In quest’ultimo caso, il rifiuto da parte del lavoratore giustifica il licenziamento.

⁶⁹ La Corte di giustizia, si è pronunciata in materia nella sentenza dell’11 novembre 2004, *Johanna Maria Delahaye c. Ministre de la Fonction publique ed de la réforme administrative*, C 425/02, in cui era stato affermata la possibilità di riduzione dell’importo della retribuzione dei lavoratori interessati dal trasferimento di una impresa da persona giuridica di diritto privato allo Stato, allo scopo di conformarsi alla vigenti norme nazionali relative ai pubblici dipendenti. Tuttavia, in detta occasione i Giudici di Lussemburgo avevano specificato che le autorità competenti incaricate di applicare e di interpretare dette norme erano tenute a farlo in tutta la misura possibile alla luce dello scopo di detta direttiva, tenendo conto segnatamente dell’anzianità del lavoratore se le norme nazionali che disciplinavano la situazione dei dipendenti dello Stato prendendo in considerazione l’anzianità del dipendente statale per il calcolo della sua retribuzione. Nell’ipotesi in cui questo calcolo si risolvesse in una riduzione sostanziale della retribuzione dell’interessato, tale riduzione avrebbe costituito una sostanziale modifica delle condizioni di lavoro a scapito dei lavoratori interessati dal trasferimento, in modo che la rescissione del loro contratto di lavoro per questo motivo dovesse essere considerata come dovuta alla responsabilità del datore di lavoro, conformemente all’art. 4 della direttiva 77/187/CE.

⁷⁰ Una nota del Ministero del Lavoro del maggio 2002 chiarisce che le dimissioni del dipendente sono motivate dalla circostanza che il trasferimento d’azienda abbia comportato un complessivo peggioramento delle condizioni di lavoro del dipendente stesso. Ma non sembra che la nota abbia portato grossi chiarimenti sul punto.

modificazioni di elementi essenziali del rapporto: in questo caso gli atti possono essere in sé legittimi, ove non eccedano i limiti posti al potere datoriale: tuttavia, comparando la situazione di partenza con quella determinata dall'esercizio dei poteri del cessionario, dette modificazioni darebbero ugualmente luogo ad una modificazione sostanziale delle condizioni di lavoro rilevante ai fini delle dimissioni del lavoratore interessato.

Se ci lasciassimo guidare dalle suggestioni che provengono dalla dottrina giuslavoristica francese, dovremmo dire che non costituisce una modificazione sostanziale delle condizioni di lavoro né la modifica derivante dal mutamento delle legge applicabile, né la modificazione del contenuto del contratto individuale che consegue alla successione/sostituzione del contratto collettivo applicabile a norma dell'art. 2077 c.c. L'effetto di sostituzione è nel caso automatico e non soggetto al consenso delle parti del contratto individuale.

Questa soluzione, che sottrae all'ambito delle modificazioni rilevanti ai fini delle dimissioni, il mutamento della disciplina legale e contrattuale applicabile al rapporto di lavoro a seguito del trasferimento, avrebbe dalla sua, come principale argomento a sostegno, la considerazione che l'assimilazione a giusta causa di dimissioni di una modificazione delle condizioni di lavoro determinata non da atto unilaterale del datore di lavoro ma da sostituzione della disciplina (legale e/o contrattuale) del trattamento economico e normativo, finirebbe per mettere in discussione proprio la legittimità della sostituzione di tale disciplina, imputandone la responsabilità al datore di lavoro.

Ma vi è un forte argomento contrario, deducibile dall'intento del legislatore che, in una situazione nella quale ha previsto la continuità del rapporto come effetto automatico *ex lege* del trasferimento, sembra aver voluto recuperare spazio alla volontà di questi, imputando la rottura del contratto al cessionario in ipotesi ulteriori a quelle in cui ordinariamente trova

applicazione l'art. 2119 c.c. In buona sostanza sembra che il legislatore abbia voluto dar rilevanza a quelle modificazioni importanti nelle condizioni di lavoro che, indipendentemente dalla loro fonte possono determinare il dissenso del lavoratore alla continuazione del rapporto presso il cessionario. Durante quei tre mesi è perciò configurabile in capo all'alienante una prestazione di garanzia a favore del terzo, ovverosia del lavoratore, contro i pregiudizi che questo subisca per essere stato costretto a recedere dal contratto⁷¹.

La norma citata ripercorre pari passo il disposto di cui all'art. 2558 c. 2° c.c., salvo per quanto previsto in relazione all'indennità dovuta al lavoratore che costituisce per il lavoratore ceduto un ristoro di carattere risarcitoria che deve essere corrisposto sulla base di una presunzione assoluta di un danno patito per colpa del cessionario.

Per quanto riguarda invece il terzo ceduto di cui all'art. 2558 c.c. il danno potrà essere risarcito, ma sulla base della disciplina di diritto comune di cui all'art. 1223 c.c., non prevedendo la norma una responsabilità di natura obiettiva, sicchè per ottenere il risarcimento del danno occorrerà dimostrare

⁷¹ Il legislatore una volta tanto non è stato parsimonioso e ha chiarito che il termine di tre mesi entro cui deve verificarsi la modificazione sostanziale, decorre dal momento del trasferimento. Sembra perciò un mero esercizio didattico disquisire sulla decorrenza del *dies a quo*, rimanendo invece aperta la questione se, una volta verificatasi la condizione che consente di recedere, il lavoratore possa esercitare il diritto e risolvere il rapporto anche una volta decorsi il termine di tre mesi. Alla scrivente pare che la necessità di evitare un aggravio ulteriore dell'onere della prova in capo al lavoratore dimissionario, possa essere evitato interpretando che il diritto a recedere ai sensi dell'art. 2119 c.c. sia riconosciuto al lavoratore entro tre mesi, nel rispetto del principio di immediatezza che deve intercorrere tra evento e l'effetto risolutorio ad esso collegato. Il termine di decadenza, in buona sostanza, dovrebbe riferirsi sia al verificarsi delle modificazioni sostanziali sia alla manifestazione di volontà del recedente. Per DE CRISTOFARO, *Trasferimento d'azienda e successive dimissioni del lavoratore*, in *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, Padova, 2005, p. 263 ss. la norma avrebbe collocato nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda non le dimissioni, ma il verificarsi della situazione pregiudizievole al lavoratore, svincolata da ogni nesso di derivazione causale dal trasferimento stesso. Ciò significherebbe che la facoltà di rassegnare le dimissioni è prevista con riferimento solo indiretto a tale periodo, nel cui ambito assume rilevanza esclusivamente il fatto che le condizioni di lavoro abbiano subito una sostanziale modifica. Invece l'art. 2558 c.c., c. 2°, concede al terzo contraente un termine di tre mesi entro cui esercitare, a pena di decadenza, uno straordinario potere di recesso per "giusta causa", prevedendone il decorso non dal fatto, ma dalla notizia del trasferimento.

la colpa del cedente, ossia che questi non ha osservato le regole della normale cautela e diligenza nelle modalità dell'alienazione e della scelta del contraente⁷². È inoltre evidente che il concetto di giusta causa di cui alla norma commercialistica è ravvisabile nella situazione patrimoniale o strutturale dell'acquirente insufficiente ai fini dell'esecuzione del contratto, ovvero nel mutamento di circostanze rilevanti secondo la valutazione sociale, se non risulta una diversa valutazione dal contratto con cui è stato costituito il rapporto trasferito⁷³.

Di talché le “*sostanziali modifiche*” di cui all'art. 2112 c. 3° c.c. presentano un carattere sicuramente più ampio di quanto previsto dall'art. 2558 c.c., rimanendovi incluse fattispecie che riguardano la singola posizione del lavoratore ceduto su cui vengono a riflettersi le conseguenze di un trasferimento peggiorativo rispetto alla situazione di cui il lavoratore godeva presso il cessionario.

d) controllo e procedura di informazione sindacale

Un altro aspetto che connota di specificità la disciplina giuslavoristica relativa al trasferimento di azienda riguarda la procedimentalizzazione delle fasi della cessione stessa. Una prima distinzione del ruolo giocato dalle rappresentanze sindacali può essere dato a seconda che le organizzazioni sindacali agiscano a monte o a valle delle decisioni imprenditoriali⁷⁴.

⁷² COLOMBO, *Il trasferimento dell'azienda e il passaggio dei crediti e dei debiti*, Cedam, Padova, 1972, il quale afferma che la giusta causa deve riguardare circostanze attinenti la persona o il patrimonio dell'acquirente, aggiungendo che il concetto di giusta causa indirettamente richiamato nell'art. 2112 c.c. è più ristretto di quello dell'art. 2558 c.c., come è provato dall'esplicita negazione che costituisce giusta causa il fallimento dell'imprenditore o la liquidazione coatta amministrativa dell'azienda.

⁷³ I mutamenti possono riguardare l'organizzazione aziendale conseguente al trasferimento (non sono stati trasferiti elementi aziendali che influiscono sulle qualità dei prodotti; nell'ipotesi, peraltro, è almeno dubbio se ricorra solo una giusta causa di recesso o non si debba negare al *quid* trasferito la qualifica di azienda, onde la controparte non soggiace alla disciplina dell'art. 2558 c.c.), oppure possono riguardare le qualità personali o la posizione patrimoniale dell'acquirente.

⁷⁴ ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere ed autonomia nelle recenti riforme di diritto del lavoro*, Atti del Convegno Nazionale di Studi AIDLASS – Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme – Padova, 21 e 22 maggio 2004, in

Quest'ultima ipotesi è individuata dalla procedura di adempimento dell'obbligo di informazione sindacale di cui all'art. 47 c. 1°, L. 428/1990⁷⁵. Questo strumento è rappresentato da un esame congiunto tra parte datoriale e rappresentanza sindacale, senza che sia, peraltro, data la possibilità di condizionare l'*an* delle scelte imprenditoriali⁷⁶.

L'esame congiunto può invece incidere sul *quomodo* del passaggio dei lavoratori dal cedente al cessionario, in quanto, trattandosi di una procedura che deve essere attivata nel lasso di tempo precedente alla conclusione del contratto con cui viene operato il trasferimento, viene in tal modo concessa la possibilità alle rappresentanze sindacali, di accordarsi e predisporre particolari modalità di ingresso (c.d. accordi di armonizzazione) dei lavoratori presso il nuovo datore di lavoro. Si tratta di uno strumento che non controlla il decentramento a monte, ma a valle, con esclusivo riferimento alle condizioni future dei lavoratori trasferiti, rivelandosi in grado di realizzare una gestione collettiva delle conseguenze del trasferimento, in grado di attenuare le asperità e le irrazionalità conseguenti

www.aidlass.it; LUNARDON, *Contrattazione collettiva e governo del decentramento*, Atti del Convegno CSDN – *L'impresa tra esternalizzazione e processi di materializzazione: le ricadute nel rapporto di lavoro* – Verona 31 gennaio, 1 febbraio 2004, in www.csdn.it, osserva che solo verso la fine degli anni Settanta in concomitanza con i fenomeni di crisi e dell'innovazione tecnologica, sono stati introdotti i diritti sindacali di informazione e consultazione, che come noto costituiscono il tramite per la conversione del sistema alla diversa logica della partecipazione. LAMBERTUCCI, *Area contrattuale e autonomia collettiva*, AA VV; *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro* – Trento, 4 – 5 giugno 1999, Giuffrè, Milano, 2000; MARESCA, *Gli obblighi di informazione e consultazione sindacale nel trasferimento d'azienda*, DRI, 1992, 7; LAMBERTUCCI, *Le procedure sindacali nel trasferimento d'azienda*, AA. VV., *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa. Commento al D. Lgs. 2 febbraio 2001 n. 18*, Foglia, Santoro Passatelli (a cura di), Ipsoa, Milano, 2002.

⁷⁵ Viene così riprodotto quanto previsto dalla direttiva comunitaria, che, proprio a causa delle profonde differenze esistenti nei sistemi di relazioni sindacali dei diversi Paesi membri, sembra realizzare un modello di partecipazione “debole”. In un contesto tanto variegato sembrerebbe che il legislatore comunitario abbia emanato una direttiva “aperta”, che consentirebbe, da un lato, agli Stati membri, di recepirla nella prospettiva della partecipazione sindacale, laddove il sistema nazionale sia già orientato in tal senso, dall'altro agli Stati che non vogliono sposare questo modello, di recepirlo in modo diverso, compatibilmente con il sistema di relazioni industriali vigente.

⁷⁶ Cedente e cessionario sono infatti tenuti almeno 25 giorni prima del trasferimento a far pervenire al tavolo presso il quale sono chiamate a confrontarsi le rappresentanze sindacali con le rappresentanze datoriali, le informazioni relative alla data, i motivi, le conseguenze giuridiche e le modalità della cessione.

alla sostituzione secca delle discipline contrattuali applicate dal cedente con quelle applicate dal cessionario.

Sicuramente il ruolo svolto dalle organizzazioni sindacali attraverso la procedimentalizzazione del passaggio dei lavoratori alle dipendenze di un nuovo datore di lavoro ha una propria rilevanza, potendo tutelare i lavoratori attraverso il vaglio delle modalità per rendere più agevole la delicata fase della transizione. Su tale versante è sicuramente possibile ricorrere all'art. 28 St. Lav.⁷⁷ nel caso di inadempimento datoriale dell'obbligo di informazione ed esame congiunto⁷⁸.

Secondo un orientamento della giurisprudenza soprattutto di merito, legittimati a far valere il mancato rispetto dell'obbligo di informazione sono anche i dipendenti interessati al trasferimento, ritenendo configurabile in capo al singolo lavoratore un interesse al corretto svolgimento della procedura di informazione che va al di là dell'interesse di fatto. Di conseguenza competerebbe allo stesso lavoratore, in caso di inerzia del sindacato, la facoltà di agire in via giudiziale per far valere l'invalidità della cessione inficiata da vizi procedurali⁷⁹.

⁷⁷ La stessa direttiva 98/50/CE contiene una disposizione specificamente dedicata alla garanzia di una adeguata tutela giurisdizionale azionabile in ogni caso di violazione dei diritti riconosciuti sia ai lavoratori che ai loro rappresentanti. L'impatto di tale norma sull'ordinamento interno è stata, peraltro, decisamente ridotto, posto che esiste già dal 1990 la previsione di un rimedio giurisdizionale incisivo in caso di inottemperanza degli obblighi procedurali e cioè l'attribuzione al sindacato del diritto di agire ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 28 St. Lav.

⁷⁸ La giurisprudenza ha considerato come antisindacale non solo l'omissione della comunicazione al sindacato, ma anche l'informazione generica resa dal cedente o dal cessionario (Pret. Napoli 7 luglio 1993, *FI*, 1995, 409). Benché la dottrina maggioritaria, sottolineando la correlazione funzionale che intercorre tra l'informazione e la consultazione, concordi con il citato orientamento giurisprudenziale, alcuni Autori (MARESCA, *Gli obblighi di informazione e consultazione sindacale nel trasferimento d'azienda*, *DRI*, 1992, I, 7) ritengono che la genericità dell'informazione non sia di per sé sufficiente a rendere esperibile l'azione ex art. 28 St. Lav.: il sindacato, di conseguenza, potrebbe ricorrere a tale strumento solo in caso di incompleta omissione dell'informazione o quando la stessa sia fornita in modo falso o distorto.

⁷⁹ Pretura Nola 29 gennaio 1997, *OGL*, 1997, 138). Sono rinvenibili, inoltre, pronunce in cui i giudici hanno ritenuto configurabile in capo ai lavoratori, oltre all'interesse ad agire, anche un diritto individuale di informazione. In questo senso Pretura di Milano 16 dicembre 1993, *RCDL*, 1994, 570). L'orientamento accolto dalla giurisprudenza trova fondamento nella lettera della direttiva comunitaria che estende il diritto di informazione anche ai

Uno strumento di tutela per i lavoratori ceduti è rappresentato dal ruolo che il sindacato svolge a monte delle decisioni imprenditoriali, muovendosi su una posizione paritaria rispetto al soggetto datore/imprenditore, le cui scelte organizzative godono, invece, di copertura costituzionale.

Questo avviene attraverso l'inserimento nei contratti collettivi di clausole che si occupano di definire pattiziamente l'area del decentramento e dunque le possibili ipotesi lecite di trasferimento di ramo d'azienda, così di fatto introducendo limiti aggiuntivi rispetto a quelli previsti *ex lege*. In questo senso molti sono i contratti collettivi che contengono disposizioni volte ad imporre all'impresa di svolgere all'interno determinate fasi del ciclo produttiva, limitando perciò la possibilità di esternalizzare parti dell'azienda stessa e riacquisirle nell'organizzazione attraverso il ben noto procedimento dell'appalto *intra moenia*⁸⁰. La stessa finalità viene anche perseguita dalle clausole del contratto collettivo che prevedono l'obbligo in ipotesi di trasferimento d'azienda, del raggiungimento di un accordo di armonizzazione.

L'anello debole nei sopra descritti strumenti è rappresentato dalla carenza di una adeguata garanzia sanzionatoria, oggi costituita dall'inquadramento della violazione nella condotta antisindacale e dunque dal ricorso all'art. 28

lavoratori coinvolti nelle vicende traslative. In dottrina, tuttavia, si è evidenziato come alla stregua della disciplina comunitaria gli Stati membri non sono obbligati, ma possono, in mancanza delle rappresentanze sindacali, informare direttamente i dipendenti. Circa invece, l'interesse ad agire in capo ai lavoratori, parte della dottrina rifiuta il suddetto orientamento giurisprudenziale, replicando che il diritto di informazione previsto dall'art. 47 l. 428/1990 è preordinato esclusivamente alla tutela di un interesse di natura collettiva e, di conseguenza, solo il sindacato sarebbe titolare di un interesse giuridicamente rilevante a far valere l'eventuale illegittimità della procedura. In questo senso LAMBETUCCI, *Il trasferimento d'azienda*, RIDL, 1992, 152.

⁸⁰ Un esempio è fornito dal C.c.n.l. del settore metalmeccanico – industria, il quale all'art. 28 dispone che “ sono esclusi dagli appalti i lavori in azienda direttamente pertinenti le attività di trasformazione proprie dell'azienda stessa, nonché quelle di manutenzione ordinaria continuativa, ad eccezione di quelle che necessariamente debbono essere svolte al di fuori dei normali turni di lavoro”. Sull'art. 28 cfr. DE LUCE TAMAJO, *I processi di terziarizzazione intra moenia ovvero la fabbrica multisocietaria*, DML, 1999, 66; CORRADO, *Commento al contratto collettivo di lavoro per l'industria metalmeccanica 19 aprile 1973*, Angeli, Milano, 1974, 152; CARINCI, *Contratto collettivo dei metalmeccanici. Commento al contratto collettivo nazionale 1 maggio 1976 per i lavoratori addetti all'industria metalmeccanica privata*, Zanichelli, Bologna, 1976.

St. Lav. per le violazioni del procedimento di cui all'art. 48 L. 428/1990, con scarse conseguenze all'atto pratico.

Ancora più complesso è invece il reperimento di un valido strumento sanzionatorio allorché si riscontri che il datore di lavoro/imprenditore ha attuato un comportamento in violazione delle clausole previste dalla contrattazione collettiva.

Infatti, si pone in rilievo il problema del rapporto tra fattispecie legale e fattispecie contrattuale che ridisegna la prima. Peraltro, tale questione trova immediata soluzione laddove si consideri che il sindacato può legittimamente contrattare con l'imprenditore, *dominus* dell'organizzazione dell'impresa, per ottenere una limitazione al libero potere datoriale di decentramento.

Rimane invece irrisolta la ricerca dello strumento sanzionatorio della violazione di clausole contrattuali limitative del decentramento o del trasferimento di determinate attività. È da escludersi l'inquadramento della violazione in una condotta antisindacale⁸¹, difficilmente praticabile, in quanto lo stesso provvedimento del giudice che ravvisasse l'antisindacalità non potrebbe comunque spingersi fino a comportare l'invalidità del

⁸¹ Cass. 22 agosto 2005 n. 17072, *RIDL*, 2006, II, 592, in cui sottolinea che il rispetto dell'art. 47 l. 428/1990 è volto a tutelare un interesse sindacale che, nel caso di specie, è quello di trattare alla stregua di corretta informazione e vedere rispettate le eventuali clausole del contratto. Ne consegue che il rimedio ipotizzabile è solo una temporanea inefficacia del negozio di cessione, finché non sono esperite tutte le previste procedure. In questo senso PELAGGI, *Le procedure sindacali per il trasferimento d'azienda, a cinque anni dall'entrata in vigore dell'art. 47, l. 29 dicembre 1990, n. 428*, *MGL*, 1995, 789; SANTORO PASSARELLI, *Il trasferimento d'azienda rivisitato*, *ibidem*, 1991, 469; Pret. di Genova 10 aprile 1997, *NGL*, 1997, 178. Secondo alcuni Autori, però, le conseguenze possono spingersi sino alla rimozione delle misure che siano prodotte in capo ai lavoratori senza essere state oggetto del preventivo confronto sindacale. In tal senso ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda: art. 2112. Commentario al Codice Civile diretto da Piero Schlesinger*, Milano, 1993, 5 ss. Più possibilista sul punto appare SCARPELLI, *Interposizione ed appalto nel settore dei servizi informatici*, in (a cura di) Mazzotta, *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, Giuffrè, Milano, 1990, 43 ss; ma più di recente è intervenuta un'altra sentenza di segno negativo, Pretura di Genova 15 maggio 1996, *NGL*, 1996, 180, che ha appunto sottolineato come occorra, per l'antisindacalità, l'accertamento del nesso causale tra l'inadempimento datoriale e la violazione delle prerogative sindacali. In termini problematici si esprime anche CARINCI, op. cit.

contratto di trasferimento d'azienda, non potendo essere pregiudicati i diritti del terzo acquistati attraverso titolo idoneo.

Rimarrebbe la possibilità di richiedere al datore di lavoro il non meno problematico risarcimento per responsabilità contrattuale, agendo secondo le norme del diritto comune⁸².

⁸² In tale quadro, se la violazione della clausola di un contratto collettivo non appare di per sé integrare gli estremi della condotta antisindacale, si potrebbe tuttavia prospettare il dubbio che una sistematica violazione delle clausole in discorso, rientranti nel divieto contrattualmente assunto con il sindacato, venga comunque ad indebolire la credibilità degli interlocutori negoziali.

Cap. II: Una possibile definizione giuslavoristica di azienda fra norme interne e norme comunitarie

SOMMARIO: 2. Un ulteriore profilo di specialità dell'art. 2112 c.c.: la nozione di azienda - 2.1. Gli orientamenti giurisprudenziali interni alla luce del dibattito comunitario - 2.2. La definizione di impresa del legislatore comunitario - 2.3. Traguardi definitivi del diritto nazionale: azienda o impresa? - 2.4. Trasferimento d'azienda: trasferimento di una organizzazione produttiva - 2.5. Una prospettiva esegetica comparata. La nozione di ramo d'azienda - 2.5.1. Il profilo della prestazione: dell'attività economica e dell'articolazione funzionalmente autonoma - 2.5.2. La conservazione dell'identità nel momento del trasferimento - 2.5.3. Art. 32 D. Lgs. 276/2003 sopravvivenza del requisito del mantenimento dell'identità e della preesistenza solo per l'intera azienda? - 2.5.4. L'esempio della scissione - 2.6. Gli effetti "dell'operazione di potatura" del 2003 sulla definizione di azienda

2. Un ulteriore profilo di specialità dell'art. 2112 c.c.: la nozione di azienda

Il lungo confronto dialogico tra diritto del lavoro e diritto commerciale di cui si sono tratteggiate le linee essenziali nel capitolo precedente (con particolare attenzione al momento dinamico dell'azienda nel suo trasferimento), deve ora essere proseguito verificando se esista con riferimento alla definizione di azienda, così come introdotta *ex novo* nell'art. 2112 c.c. ad opera del D. Lgs. 18/2001, un rapporto di *species a genus* tra norma commercialistica e norma giuslavoristica.

Sarà all'uopo opportuna una valutazione complessiva della portata delle modifiche che l'art. 2112 c.c. ha subito, anche sotto gli impulsi comunitari.

Due sono i quesiti che costituiranno il *file rouge* della successiva trattazione: in primo luogo sarà opportuno chiedersi quali siano le istanze cui vuole dare risposta la definizione di azienda, così come emerge nella disciplina giuslavoristica. Molto spesso - e ritengo sia questo il caso - un fenomeno può essere infatti tradotto in termini giuridici differenti rispetto al linguaggio invalso nel settore economico - sociale⁸³.

⁸³ Su questi temi il dibattito si è sviluppato in occasione del Convegno AID&LASS - Trento 4 - 5 giugno 1999 - *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*.

In secondo luogo, ma in stretta connessione con il primo quesito, sarà necessario affrontare l'analisi della definizione contenuta nell'art. 2112 c.c., al fine di comprendere se si possa affermare l'esistenza di una autonoma nozione di azienda nel diritto del lavoro.

Le numerose modifiche operate all'art. 2112 c.c. potrebbero essere lette proprio in chiave di un "avvicinamento difensivo" al mondo economico - imprenditoriale e alle sue vicende⁸⁴.

Per lungo tempo l'esperienza giurisprudenziale aveva infatti, registrato una certa ritrosia degli imprenditori a procedere a ristrutturazioni aziendali attraverso la procedura di cui all'art. 2112 c.c. Frequentemente le operazioni di riorganizzazione degli assetti produttivi venivano realizzate mediante il passaggio di alcuni dipendenti, attraverso accordi individuali di cessione dei relativi contratti, oppure mediante la risoluzione del rapporto di lavoro relativo ai dipendenti interessati e la contemporanea ricostituzione dello stesso in capo all'impresa destinataria del servizio dismesso. Ciò avveniva nonostante le associazioni sindacali denunciassero con una certa costanza la violazione della normativa dell'art. 2112 c.c. e delle procedure ad essa connessa.

Tuttavia il recente proliferare del ricorso alle esternalizzazioni di parti dell'azienda, ha dimostrato un diverso atteggiamento imprenditoriale. Con un capovolgimento di prospettiva, infatti, mentre le imprese miravano a sostenere la sussistenza del trasferimento d'azienda, i lavoratori interessati al ramo ceduto denunciavano un uso improprio dell'art. 2112 c.c., volto ad eludere operazioni di cessione unilaterale del rapporto di lavoro.

Ecco che le diverse modifiche apportate in momenti diversi alla disciplina comunitaria, prima ancora che nazionale, in materia di trasferimento d'azienda, hanno dimostrato un elevato grado di sensibilità della

⁸⁴ PERULLI, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive*, RIDL, I, 2007, 30 ss.

legislazione lavoristica alle vicissitudini del mondo economico - imprenditoriale⁸⁵.

E ciò con particolare riguardo non solo ai profili di specialità via via costruiti in relazione alle modifiche dell'art. 2112 c.c., stratificatesi nel tempo, ma ancora di più per quanto riguarda gli sforzi verso una prospettiva definitoria dell'azienda, manifestatasi prima in sede comunitaria e, successivamente, in sede nazionale, nel tentativo di fissare dei paletti in grado di contenere usi elusivi delle disciplina.

L'unitarietà dell'azienda, infatti, non si atteggia come scopo o come finalità della disciplina del trasferimento d'azienda, ma piuttosto come presupposto per l'applicabilità della stessa. In altri termini, perché possa dirsi che determinati elementi costituiscono l'azienda con riferimento al momento del suo trasferimento, occorre che soltanto essi diano luogo all'azienda e, quindi, siano ad un tempo necessari e sufficienti, per potersi affermare che, se essi sono trasferiti, è trasferita anche l'azienda.

È appena il caso di ricordare che stabilire quando un determinato complesso di beni sia da considerarsi come azienda, rappresenta una questione aperta, in quanto non esistono beni aventi una funzione costante nel complesso aziendale.

Ad ogni buon conto, si sottolinea che il legislatore nazionale e ancora prima quello comunitario, a mio avviso, non hanno voluto introdurre nella disciplina del trasferimento una definizione di "azienda", quanto piuttosto di "trasferimento d'azienda", il che significa voler valutare l'istituto sotto il profilo dinamico e della successione dei rapporti di lavoro in relazione alla inerenza degli stessi all'esercizio dell'azienda. E quanto detto è ben palese anche nel contenuto IV "considerando" della direttiva 98/50 (VIII nella

⁸⁵ Quanto detto era già ben presente al legislatore comunitario, che sin nella Direttiva 77/187/CE indicava come obiettivo della normativa la protezione dei lavoratori "considerando che l'evoluzione economica implica, sul piano nazionale e comunitario, modifiche delle strutture delle imprese, effettuate, tra l'altro, con trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti a nuovi imprenditori in seguito a cessioni contrattuali o a fusioni".

direttiva 2001/23), in cui il legislatore comunitario rileva l'esigenza di un chiarimento relativamente alla nozione giuridica di "trasferimento". Si ritiene, peraltro, che neppure in questa occasione il legislatore comunitario abbia colto l'occasione per introdurre una definizione di "impresa" con valenza generalizzata, ma abbia piuttosto fornito, nel rispetto delle finalità cui è volta la direttiva stessa, una nozione di "trasferimento di un'entità economica", tirando così le fila di una ormai copiosa e "suggestiva" giurisprudenza (sotto le spinte anche di ordinamenti quali quello francese e tedesco)

Ecco perciò che il nostro percorso verso una ricostruzione dell'istituto dell'azienda nel diritto del lavoro avrà come punto di partenza proprio una breve ricognizione della giurisprudenza comunitaria nel periodo previgente l'introduzione della direttiva 98/50/CE, intervenuta a colmare il vuoto lasciato dal legislatore in materia di definizione di azienda.

Il primo profilo problematico in relazione alla c.d. "inerenza" di un contratto all'esercizio dell'impresa emerge nell'ipotesi in cui ad essere trasferita sia una parte dell'azienda, in quanto non sempre risulta agevole stabilire quantità e identità del personale effettivamente addetto al ramo ceduto prima del trasferimento.

Ed infatti è proprio giudicando su fattispecie legate al trasferimento di parte di azienda che i Giudici del Lussemburgo hanno iniziato a ragionare sulla possibile definizione del complesso aziendale.

2.1. Gli orientamenti giurisprudenziali interni alla luce del dibattito comunitario

La costruzione della nozione di azienda – o meglio, di "imprese, "stabilimenti" o loro parti, usando il linguaggio comunitario – nella prospettiva dinamica riguardante le operazioni di cessione, ha forse costituito l'aspetto di più problematica ed incerta applicazione della

Direttiva 77/187, a causa del vuoto normativo lasciato dal legislatore comunitario e dei controversi ed ondivaghi orientamenti espressi in materia dalla Corte di Giustizia. Si è a ragione parlato di un autentico “*feuilleton giudiziario*”⁸⁶, per definire la fitta trama del dialogo che i Giudici comunitari hanno saputo tessere, assieme con copiosa ed autorevole dottrina intorno all’oggetto del trasferimento d’azienda.

Capostipite è considerata la sentenza *Spijkers*⁸⁷, la quale ha identificato il criterio decisivo per stabilire se si configuri un trasferimento ai sensi della direttiva, laddove l’entità economica conservi la propria identità. I giudici del Lussemburgo, nella sentenza all’esame, hanno individuato due criteri ermeneutici al fine dell’individuazione dell’entità economica oggetto del trasferimento: uno di carattere presuntivo, rappresentato dalla circostanza che la gestione dell’azienda sia stata effettivamente proseguita o ripresa dal nuovo titolare, attraverso lo svolgimento della stessa attività economica oggetto dell’impresa del cessionario o di altra analoga; l’altro di carattere tipologico, costituito da “indici rilevatori”, da valutarsi complessivamente con riferimento alla fattispecie concreta⁸⁸. Con questa pronuncia viene

⁸⁶ ANTONMATTEI, *La saga de la directive n. 77/187 du fevrier 1977: l’episode du reflux*, *Dr.Soc.*, 1997, 728.

⁸⁷ C.G.C.E. 18 marzo 1986, C 24/85, *Spijkers v. Gebroeders*, *FI*, 1994, 1094.

⁸⁸ Una maggior precisazione del campo di applicazione della direttiva è stata effettuata dalla sentenza *Watson Rask* (C.G.C.E. 12 novembre 1992, C 209/91, *FI, Rep.*, 1993, 430), la quale ammette che i “servizi trasferiti” possano costituire una entità economica in seno all’impresa cedente e che la direttiva possa senza dubbio trovare applicazione in situazioni in cui un imprenditore affidi ad altro imprenditore, mediante contratto, la gestione del servizio di mensa, prima interno all’organizzazione aziendale, venendo perciò il cedente ad assumere gli obblighi di datore di lavoro nei confronti dei dipendenti addetti al servizio. Secondo la Corte, la circostanza che l’azienda trasferita assuma nell’impresa cedente il carattere di attività accessoria e sia, quindi, “*priva di un rapporto di necessità con l’oggetto dell’impresa cedente*”, non esclude di rientrare nell’ambito di applicazione della direttiva. Sul punto ha contribuito ad un ulteriore chiarimento della direttiva la sentenza *Sophie Redmond* (C.G.C.E. 19 maggio 1992, C29/91), in cui la Corte di Giustizia ha rilevato che qualora oggetto del trasferimento ad un’altra impresa sia solamente una parte di un’attività (nella fattispecie si trattava di attività di assistenza, con esclusione delle attività ricreative della fondazione di una casa di riposo) non ne consegue necessariamente l’inapplicabilità della direttiva. I Giudici del Lussemburgo hanno anche sottolineato che la sola circostanza che le attività ricreative e di ristoro abbiano costituito un compito autonomo, non basta ad escludere l’applicazione delle disposizioni della direttiva, previste non solo per i trasferimenti di stabilimento, ma anche per parti dello stesso. La sentenza

inaugurato un percorso esegetico verso una nozione alleggerita di trasferimento d'azienda ed entra in scena per la prima volta la nozione di "entità economica". Per determinare se ed in che misura ricorrano i predetti criteri, occorre prendere in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione, ovvero quale tipo di stabilimento o di impresa sia in questione, quali gli edifici ed i beni mobili che la compongono, il valore degli elementi immateriali al momento della cessione, la continuità dei rapporti di lavoro assunti in capo al cessionario, il trasferimento o meno della clientela, nonché il grado di analogia fra l'attività esercitata prima e quella svolta dopo la cessione. Va tuttavia precisato che tutti questi elementi rappresentano *"soltanto aspetti parziali della valutazione complessiva cui si deve procedere e non possono perciò essere considerati isolatamente"*. È interessante notare che, se osservati con le lenti della dottrina e della giurisprudenza nazionale, si tratta di indici tra loro eterogenei: alcuni, infatti, come il trasferimento della clientela ed in linea generale l'avviamento, sono irrilevanti ai fini della sussistenza dell'azienda e quindi di un suo trasferimento; altri ne costituiscono addirittura un effetto, come la continuazione dei rapporti di lavoro. In altri termini, la Corte di Giustizia finisce per incorrere nell'equivoco di confondere tra elementi per la definizione di entità economica ed elementi per l'accertamento del mantenimento dell'identità economica.

pone in luce la distinzione tra fattori essenziali al fine di configurare la fattispecie del trasferimento (che, nel caso di specie, trattandosi di trasferimento tra due fondazioni, trovava attuazione attraverso la cessione delle conoscenze, delle risorse, dell'immobile occupato e dato in locazione alla fondazione subentrante) e fattori non determinanti (individuabili nel mancato trasferimento dei beni immobili e delle attività di ritrovo e creative).

È però con la sentenza *Schmidt*⁸⁹ che l'orientamento estensivo della Corte raggiunge la sua più ampia portata, facendo scivolare il concetto di entità economica verso quello di attività economica. La Corte di Giustizia, con una decisiva svolta e con netto distacco dalla giurisprudenza interna allo Stato tedesco che aveva devoluto la questione ai giudici di Lussemburgo, affermava che criterio discriminante per stabilire se si configurasse o meno un trasferimento d'impresa o di parte d'impresa ai sensi della direttiva, consisteva nel verificare se "l'entità in questione" conservasse "la propria identità economica", il che risultava nello specifico dal concreto perseguimento o dalla ripresa, da parte del nuovo imprenditore, delle stesse attività economiche o di attività analoghe, a prescindere dalla cessione degli elementi patrimoniali funzionali al loro esercizio. La Corte perveniva quindi a concludere che si concretizzava il trasferimento d'azienda anche nell'ipotesi in cui l'attività oggetto di cessione fosse stata affidata presso l'impresa cedente ad un solo lavoratore⁹⁰.

⁸⁹ C.G.C.E. 14 aprile 1994, C 392/92, *Schmidt v. Spar-und Leihkasse der fruheren Amter Bordersholom, Klel und Cronshagen, FI, IV, 294*; *RIDL*, 1995, 608, nota di LAMBERTUCCI; *NGL*, 1994, 492. Nel caso di specie la ricorrente, lavoratrice presso la cassa depositi e prelati ed addetta alle pulizie dei locali della filiale *Wacken*, era stata licenziata a causa della ristrutturazione della filiale medesima, di cui la cassa intendeva affidare la pulizia all'impresa *Spiegelblank*. L'impresa appaltatrice aveva proposto alla lavoratrice interessata di riprendere l'attività alle proprie dipendenze, impegnandosi peraltro a corrispondere una retribuzione superiore a quella precedentemente percepita. La signora *Schmidt* rifiutava l'offerta. Alla Corte venivano sottoposte due questioni pregiudiziali: se l'attività di pulizia di uno stabilimento potesse essere equiparata ad una "parte di stabilimento" e, in caso di risposta affermativa, se ciò valesse anche qualora l'attività di pulizie fosse stata espletata da un'unica addetta. Nella realtà dei fatti, l'operazione *sub iudice* si presentava nella forma di un mero trasferimento di attività, coinvolgente un solo lavoratore e non implicante alcuna traslazione di beni, materiali o immateriali che fossero. Si configurava, cioè, una operazione di terziarizzazione, attraverso l'affidamento ad un altro soggetto, senza trasferimento di strutture o di mezzi ed, in ogni caso, di una parte di attività, peraltro modesta e del tutto accessoria rispetto al ciclo produttivo, già gestita in precedenza all'interno dell'impresa.

In termini analoghi, con riferimento al trasferimento di un'attività di sorveglianza oggetto di un appalto aggiudicato ad un'impresa diversa da quella che l'aveva precedentemente ottenuto si è pronunciata la Corte di Giustizia in pari data nelle cause C 173/96, C 247/96, *Sanchez Hidalgo e a.c. v. Ziemann Sicherheit GmbH, Horst Bohn v. Sicherheitsdienst, Racc. 8240*.

⁹⁰ A conferma dell'ampiezza della nozione comunitaria di trasferimento di impresa la Corte di Giustizia ha di recente ricondotto a tale nozione anche il caso di trasferimento all'interno dello stesso gruppo di società (C.G.C.E. 2 dicembre 1999, C 234/98, *Allen e a.c.*

L'equiparazione - operata nella citata sentenza - dell'attività di pulizia effettuata da una sola dipendente alla "parte di stabilimento", aveva suscitato una ondata di critiche, provenienti non solo da parte del Governo tedesco ed inglese, preoccupati dal dilagare del fenomeno del "*contracting out*", ma anche dalla dottrina⁹¹.

Sebbene la nozione di entità richiami un complesso organizzato di persone e di elementi che consentono l'esercizio di un'attività economica finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo, i Giudici del Lussemburgo in più pronunce avevano affermato che ai fini del trasferimento d'impresa non doveva considerarsi necessaria la presenza di elementi patrimoniali significativi, materiali o immateriali, soprattutto con riferimento a quelle attività fondate essenzialmente - come è il caso delle pulizie - sulla manodopera.⁹²

Amalgamated Construction Co. Ltd., Racc., 1999, 8643). Adita in merito ad una controversia tra i dipendenti di una società mineraria britannica e la società stessa, a seguito di licenziamento dovuto alla concessione di un subappalto ad un'altra società appartenente al medesimo gruppo della prima, dalla quale i lavoratori licenziati erano stati riassunti subendo tuttavia le condizioni di impiego meno favorevoli da questa praticate, la Corte ha giustificato la propria interpretazione - che si discosta peraltro da quella accolta in materia di diritto della concorrenza, ove gli stessi giudici hanno considerato società di questo genere alla stregua di una impresa unica - avvalendosi dell'argomento fondato sulla separazione formale tra tali società aventi personalità giuridiche distinte e in ragione dello scopo di salvaguardia dei diritti dei lavoratori in caso di cambiamento di imprenditore. A ciò si aggiunga che la Corte non ha ritenuto determinanti al fine di escludere il trasferimento elementi quali l'assenza di cessione di elementi patrimoniali necessari all'esercizio dell'attività in questione - ribadendo la propria giurisprudenza sul punto, ove tuttavia l'attività ceduta era costituita esclusivamente da manodopera - e la mancanza di simultaneità tra l'inizio dell'esecuzione dei lavori subappaltati e la riassunzione dei dipendenti; così pure il permanere dello stesso personale dirigente per entrambe le società, nonché il fatto che i lavoratori licenziati dalla prima e riassunti dalla seconda abbiano successivamente lavorato per l'una e l'altra a seconda delle esigenze della direzione comune. Neppure la circostanza che la società aggiudicatrice dell'appalto sia sempre rimasta l'unico contraente dell'appalto stesso e abbia subappaltato i lavori alla consociata non è stato ritenuto per sé atto ad escludere l'esistenza di un trasferimento ai sensi della direttiva.

⁹¹ SIMITIS, *Fine e rinascita del diritto del lavoro. Il caso della Corte di giustizia europea*, *GD&LRI*, 1992, 521 ss.; JEAMMAUD e LE FRIANT, *Corte di giustizia europea, corti nazionali, trasferimento d'azienda. L'esperienza francese*, *ivi*, 1997, 91; KOENER, *Corte di Giustizia europea, corti nazionali, trasferimento d'aziende. L'esperienza tedesca*, *ivi*, 1997, 117 ss.

⁹² La direttiva era stata ritenuta applicabile anche all'operazione con cui un'impresa, che affidava le pulizie dei suoi locali ad un'altra impresa, aveva posto fine al contratto che la vincolava a quest'ultima, stabilendo di provvedere direttamente all'attività di pulizia in

Inoltre, con la sentenza da ultimo citata la Corte di Giustizia raggiunge la punta dell'*iceberg* di un orientamento espansivo, teleologicamente orientato a massimizzare la potenzialità garantista della direttiva, mediante la pressoché totale identificazione del concetto "impresa/entità economica", con quello di "azienda". Ponendo sullo stesso piano trasferimento d'azienda e trasferimento di attività, la Corte dimostrava di aver compreso come i processi di terzizzazione manifestassero un diverso modo di strutturazione dei fattori produttivi, in cui la funzione organizzativa non si dipanava più attraverso canali in senso lato "proprietari", fondati cioè sulla proprietà dei mezzi di produzione. In determinati casi, attività svolte internamente al ciclo produttivo con l'ausilio di mezzi propri, venivano appaltate a terzi attraverso la conclusione di appositi contratti, per cui la Corte arrivava a sostenere che, dal punto di vista economico, il

questione, previa assunzione di parte del personale già precedentemente impiegato a tale compito, non rilevando ai fini della qualificazione dell'operazione ai sensi della normativa comunitaria il carattere esclusivamente accessorio di tale attività rispetto all'oggetto sociale dell'impresa stessa (C.G.C.E. 10 dicembre 1998, C 127/96, *Hernandez Vidal s.a. v. Goemz Perez e altri*, NGL, 1999, 132.). Alla luce delle indicazioni giurisprudenziali sembra potersi affermare che fine della direttiva è la salvaguardia del diritto dei lavoratori in caso di sostituzione, a qualsiasi titolo, - anche a seguito di liquidazione (C.G.C.E. 12 novembre 1998, c. 399/96, *Europieces SA c. Wilfried Sanders*, NGL, 1998, 800) - non essendo necessario che il mutamento della persona, fisica o giuridica, responsabile dell'esercizio dell'impresa, sia determinato da un cambiamento della proprietà della stessa. Si è così applicata la disciplina comunitaria in caso di affitto della gestione di un ristorante (C.G.C.E. 10 febbraio 1988, C 324/86, *Tellerup v. Daddy's Dance Hall A/S*, Racc., 1988, 739), come pure in caso di locazione di una discoteca e di successiva ripresa dell'attività da parte del proprietario a seguito della restituzione del locale per decisione giudiziale (C.G.C.E. 5 maggio 1988, c 144 e 145/1987, *Berg e Busscher c. Besselsen*, Racc., 1988). La Corte di Giustizia ha altresì ricondotto alla nozione di trasferimento anche ipotesi ben più ampie di quelle che ricorrono nel caso di risoluzione dell'affitto d'azienda e di immediata prosecuzione dell'esercizio dell'impresa da parte del proprietario al quale l'azienda sia restituita, non attribuendo rilievo alla sospensione temporanea dell'impresa e alla realizzazione in più fasi del trasferimento. L'oggettiva identità dell'azienda è stata così ritenuta sufficiente per configurare il trasferimento anche nell'ipotesi in cui, a seguito della disdetta o della risoluzione di un affitto, il proprietario sia rientrato in possesso dell'azienda per poi rivenderla ad un terzo, che abbia ripreso l'esercizio dell'attività svolta in precedenza - sospesa sin dalla cessazione del contratto d'affitto - impiegando poco più della metà del personale precedentemente occupato dal conduttore dell'azienda (C.G.C.E. 15 giugno 1988, C 324/1987, *Bork International A/S v Foreninger af Arbejdsledere i Danmark e Junkers Industrier A/S*, Racc., 1988).

trasferimento dell'attività equivaleva ad un trasferimento di una parte, o meglio, di una funzione dell'impresa⁹³.

I Giudici del Lussemburgo, forse sollecitati dalla pletora di critiche mosse da più parti all'indomani della pronuncia *Schmidt*, modificavano l'orientamento che stava ormai trovando consolidamento nella successione di sentenze di identica matrice, ritornando sull'oggetto del trasferimento⁹⁴.

⁹³ Una posizione più sfumata, ma sempre orientata ad avvallare una concezione di trasferimento non solo dematerializzata, ma che ha come oggetto la mera attività, emerge anche nella sentenza *Merckx* (C.G.C.E. 7 marzo 1996, C 171/94, *Merckx v. Neuhuys*, NGL, 1996, 462). *Sub iudice* è il caso di un trasferimento avente ad oggetto la concessione di vendita ad altra impresa, che ha rilevato una parte minoritaria del personale e ha beneficiato di una promozione presso la clientela, senza però acquistare alcun bene patrimoniale. La pronuncia della Corte, anche in questo caso, consolida la linea interpretativa emersa in precedenza, affermando che viene integrata la fattispecie del trasferimento qualora “*l'entità economica conservi la propria identità*”, non essendo perciò decisivo il trasferimento di elementi patrimoniali, ma essendo sufficiente che l'attività dell'impresa cedente venisse continuata dal cessionario, anche se “*svolta sotto altro nome, in locali diversi e ricorrendo all'utilizzo di altre attrezzature*” e anche in assenza di rapporti diretti tra le due imprese succedutesi l'una all'altra. La semplice analogia tra attività del cedente e quella del cessionario è dunque sufficiente, rimanendo esclusa la rilevanza del trasferimento di beni patrimoniali. A fronte di questa affermazione di principio, i Giudici di Lussemburgo comunque ripercorrono il novero degli indici determinativi affinché venga integrata la fattispecie del trasferimento, attraverso un esplicito richiamo ai criteri di accertamento indicati nella sentenza *Spjikers*. Quasi con un ripensamento, viene inoltre posto l'accento sull'esistenza di un minimo di autonomia organizzativa dell'oggetto della cessione, cercando di arrestare la progressiva equiparazione tra cessione di ramo d'azienda e appalto a terzi di attività ausiliarie.

⁹⁴ Nello stesso senso C.G.C.E. 15 dicembre 2005, C 232/04 e 233/04, *Nurten Guney – Gorres, Gul Demir*, NGL, 2006, 260, la quale afferma che nell'esame della sussistenza di un trasferimento d'impresa ai sensi della direttiva 98/50/CE, in caso di nuova aggiudicazione di un appalto e nell'ambito di una valutazione d'insieme, l'accertamento del trasferimento dei mezzi di produzione ai fini di una gestione economica autonoma non costituisce requisito necessario per l'accertamento di un trasferimento dei mezzi medesimi dall'appaltatore originario al nuovo appaltatore. Del resto già in una precedente occasione, la Corte – insistendo sempre sulla necessità di procedere ad una valutazione complessiva delle circostanze di fatto caratterizzanti l'operazione – aveva mostrato, se non l'intenzione di fare un passo indietro, quanto meno la propensione per l'affievolimento della categoricità dell'insegnamento espresso nella pronuncia *Schmidt*, richiedendo che il trasferimento avesse ad oggetto “*un'entità organizzata in modo stabile, la cui attività si limitava all'esecuzione di un'opera determinata*”. In particolare, escluderebbe da questa ipotesi il caso di un'impresa edile che aveva trasferito ad un'altra l'esecuzione di opere di cui era stata incaricata del completamento (C.G.C.E. 19 settembre 1995, C 48/94, *FI, Rep.*, IV, 1268). Il giudice comunitario si era nell'occasione espresso in modo da escludere che il trasferimento di un cantiere per il completamento di determinati lavori, circoscritti entro periodi determinati, potesse rientrare nell'ambito di operatività della direttiva, in quanto il trasferimento non aveva ad oggetto una “*entità economica organizzata in modo stabile*”, trattandosi di una struttura la cui attività poteva essere ridotta all'esecuzione di un'opera

Una inversione di tendenza rispetto alle prime sentenze che avevano dato avvio ad un orientamento consolidato, emerse con il caso sottoposto al vaglio della Corte di Giustizia nella nota sentenza *Suzen*⁹⁵. Prendendo le distanze dalle conclusioni cui era pervenuta in precedenza, la Corte affermava che l'entità non può essere ridotta all'attività che è stata affidata all'impresa, in quanto deve essere caratterizzata da un'attività economica stabile, adeguatamente strutturata e autonoma. Il criterio decisivo per stabilire se si configuri la fattispecie del trasferimento consiste nella circostanza che l'entità in questione conservi la propria identità; ciò risulta in particolare dal fatto che la sua gestione sia stata effettivamente ripresa o proseguita. La similarità dell'attività ceduta non costituisce peraltro una spia sufficiente per il giudice comunitario, in quanto l'identità dell'entità economica trasferita dovrebbe emergere da un complesso di circostanze di fatto, che caratterizzano l'operazione, quali la cessione di elementi materiali, la determinazione del valore degli elementi immateriali al momento della cessione, la riassunzione o meno della maggior parte del personale, la cessione dell'avviamento, il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione, considerando l'organizzazione del lavoro e i metodi di gestione. Ma a prescindere dal recupero della serie di indici rivelatori della sussistenza della fattispecie, per il resto la Corte di Lussemburgo si colloca con la sentenza *Suzen* nella stessa linea già tracciata dalla precedente giurisprudenza. Infatti, nella pronuncia si specifica che il trasferimento di elementi patrimoniali costituisce uno dei criteri che il giudice nazionale deve prendere in considerazione al fine di valutare l'effettiva presenza di un trasferimento d'azienda, l'assenza di tali elementi non escludendo necessariamente l'esistenza della fattispecie. Infatti, il giudice comunitario è

determinata. È con questa pronuncia che viene posto l'accento sulla rilevanza del connotato della stabilità dell'entità economica in questione.

⁹⁵ C.G.C.E. 11 marzo 1998, C 13/95, *Suzen v. Zehnacker*, FI, IV, 437. *Sub iudice* era il caso di una dipendente di una impresa di pulizie che lamentava di esser stata licenziata a seguito della risoluzione del contratto tra l'impresa appaltatrice presso cui lavorava e l'istituto di istruzione che usufruiva del servizio e che aveva successivamente stipulato un nuovo contratto di appalto con altra diversa impresa.

sicuro nel ritenere che quando una entità economica è in grado di operare in alcuni settori senza elementi patrimoniali, la conservazione della sua identità non può dipendere dalla cessione di tali elementi. Ne consegue che l'importanza da attribuire ai singoli criteri attinenti alla sussistenza di un trasferimento ai sensi della direttiva, varia necessariamente in funzione dell'attività esercitata, o, addirittura, in funzione dei metodi di produzione o di gestione utilizzati nell'impresa, nello stabilimento o nella parte di stabilimento in questione. Orbene, in determinati settori in cui l'attività si fonda essenzialmente sulla mano d'opera, un gruppo di lavoratori che assolva stabilmente un'attività comune, può corrispondere ad una entità economica. Si deve inoltre ammettere che una siffatta entità possa conservare la propria identità, al di là del trasferimento, qualora il nuovo imprenditore non si limiti a proseguire l'attività stessa, ma riassuma anche parte essenziale, in termini di numero e di competenza, del personale specificamente destinato dal cedente a tali compiti⁹⁶.

Un elemento di grande novità nella citata sentenza risiede proprio nella esplicita riconduzione dei lavoratori nella nozione di entità economica.

Contrariamente a quanto da alcuni sostenuto, la sentenza *Suzen* non si era spinta sino ad escludere che i mezzi volti all'esercizio dell'impresa debbano essere solo di natura patrimoniale, né sino a sostenere che la sola cessione dei mezzi organizzati, a prescindere dalla cessione dell'attività, integri il trasferimento di azienda⁹⁷. Se quindi sotto tale profilo poteva propendersi

⁹⁶ La pronuncia conclude escludendo l'applicazione della direttiva al caso di specie, in quanto tra i due appaltatori succedutisi nell'esecuzione dell'appalto di pulizie, non interveniva alcuna operazione accompagnata dalla cessione, tra l'uno e l'altro imprenditore, di elementi patrimoniali, materiali o immateriali, significativi, né dall'assunzione, ad opera del nuovo imprenditore, di una parte essenziale, in termini di numero o di competenza, del personale già destinato dal cedente all'esecuzione del contratto.

⁹⁷ Che l'orientamento della Corte di Giustizia si sia consolidato sulle conclusioni delineate nella sentenza *Suzen* è stato confermato anche nelle sentenze *Oy Liikenne Abe* (C.G.C.E. 25 gennaio 2001, C 172/99, *Oy Liikenne ab c. Pekka Liskojarvi, Pentti Juntunen*, ROCELLA, AIMO, IZZI, *Diritto comunitario del lavoro, casi e materiali*, Torino, Giappichelli editore, 2005) e *Hidalgo* (C.G.C.E. 10 dicembre 1998, C 173/96, *Hidalgo v. Association de Servicios Aser, Sociedad Cooperativa Minerva, MGL*, 1999, 98), in cui viene ribadita la necessità di valutare globalmente il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano

per un avvicinamento alla nozione “materialistica” di azienda trasferita, il richiamo operato dalla sentenza all’entità da intendersi come comprensiva anche del “complesso di lavoratori”, induce ad identificare il trasferimento d’azienda anche nell’ipotesi in cui il nuovo datore di lavoro non si sia limitato a proseguire l’attività precedentemente svolta dal cedente, ma abbia anche riassunto una “*parte essenziale in termini di numero e di competenze del personale specificamente destinato a tali compiti*”. Così, mentre nei settori ad alta densità tecnologica e di capitalizzazione non si potrà prescindere dal trasferimento di elementi materiali e/o immateriali significativi, nei settori *labour intensive*, prevalentemente coinvolti dalle esternalizzazioni, l’identità dell’attività economica può essere identificata proprio nell’elemento personale che la compone e la sostanzia, accanto alla successione nella medesima o analoga attività. Esempificando, difficilmente nel caso di un’attività di consulenza la medesima entità economica potrebbe proseguire in assenza del fattore umano. La ricchezza

l’operazione di cessione, relativizzando l’indagine del giudice in quanto l’importanza da attribuire ai singoli criteri varia in funzione dell’attività esercitata o addirittura dei metodi di gestione e produzione utilizzati dall’impresa. Lo stesso principio affermato nella pronuncia da ultimo citata viene anche ribadito nella sentenza del 20 novembre 2003, *Carlito Abeler e a. c. Sodexho MM Catering Gesellschaft*, C 340/01, RIDL, 2004, II, 463, in cui i Giudici di Lussemburgo avevano affermato che la direttiva 77/187 si applica anche alla situazione in cui un committente che aveva affidato con un contratto la completa gestione della ristorazione collettiva di un ospedale ad un primo imprenditore, pone fine a tale contratto e conclude, per l’esecuzione della stessa prestazione, un nuovo contratto con un secondo imprenditore, quando il secondo imprenditore utilizza rilevanti elementi patrimoniali materiali di cui si è servito precedentemente il primo imprenditore e messi successivamente a loro disposizione dal committente, anche qualora il secondo imprenditore abbia manifestato l’intenzione di non riassumere i dipendenti del primo imprenditore. Nello stesso senso C.G.C.E. 24 gennaio 2000, C 51/00, *Temco service Industries SA c Samir Imizilyen e a.*, ROCELLA, AIMO, IZZI, *Diritto comunitario del lavoro, casi e materiali*, Torino, Giappichelli editore, 2005, in cui viene ribadito l’orientamento della sentenza Suzen. I giudici di Lussemburgo affermano infatti la direttiva 77/187/CE trova applicazione anche al caso in cui un committente, che aveva affidato per contratto la pulizia dei suoi locali ad un altro imprenditore, il quale faceva eseguire questi lavori da un subappaltatore, ponga fine a questo contratto e concluda, al fine dell’esecuzione degli stessi lavori, un nuovo contratto con un secondo imprenditore, allorché l’operazione non è accompagnata da alcuna cessione di elementi dell’attivo, materiali o immateriali, tra il primo imprenditore o il subappaltatore ed il nuovo imprenditore, ma il nuovo imprenditore riassuma, in forza di contratto collettivo di lavoro, una parte del personale del subappaltatore, a condizione che la riassunzione del personale riguardi una parte essenziale dei dipendenti del subappaltatore, in termini di numero e di competenze.

della specifica attività economica è infatti ravvisabile proprio nell'organizzazione del lavoro del patrimonio umano e nel possesso e sfruttamento del *know – how* che lo assicura⁹⁸.

L'eventuale sostituzione dell'organizzazione e la perdita del bagaglio di esperienza e professionalità, renderebbero l'operazione di cessione degli elementi strutturali una mera vendita di una pluralità di beni, suscettibile di sfruttamento in attività analoghe, ma non tale da assicurare la continuazione della medesima attività svolta dal cedente. Questo non significa tuttavia che i rapporti di lavoro siano trattati alla stregua di una merce, quanto piuttosto che essi vengono rivalutati quale elemento personale che risulta essere inscindibile dall'entità organizzata dell'attività di impresa, in quanto ad essa inerente ai fini dell'esercizio della stessa⁹⁹.

In realtà, e tornando alle argomentazioni cui si è pervenuti nel precedente capitolo, non si può negare che il mantenimento dei rapporti di lavoro in capo all'imprenditore subentrante rappresenti un effetto anziché un presupposto, ragion per cui parte integrante del complesso aziendale sarebbe

⁹⁸ Per la identificazione del *know – how* del prestatore di lavoro quale bene autonomamente valutabile, si veda Cass. SS UU 19 ottobre 1990, n. 10183, *FI*, 1992, I, 523, che, in caso di appalto di manodopera, ha ritenuto che “nella società post industriale quale è quella attuale, occupa sempre maggiore spazio il settore dei servizi e, nell'ambito degli stessi, quelli che apportano conoscenze, (normalmente destinate a rimanere segrete), attinenti a tecniche industriali richieste per produrre un bene, per attuare un processo produttivo e per il corretto impiego di una tecnologia ovvero attinenti alle regole di condotta, studi ed esperienza di gestione imprenditoriale, nel campo delle tecnica mercantile e con inerenza al settore organizzativo o commerciale in senso stretto”. In particolare sul punto v. SCARPELLI, *Interposizione ed appalto nel settore dei servizi informatici*, in (a cura di) MAZZOTTA, *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, Milano, 1990, 43 ss.; MARAZZA, *Organizzazione e impresa*, Cedam, Padova, 2002; MARTONE, *Contratto di lavoro e “beni immateriali”*, Cedam, Padova, 2002. Le operazioni di *contracting out*, ove non connotate dalla cessione almeno significativa delle risorse e mezzi che caratterizzano l'attività esternalizzata, fuoriescono, contrariamente a quanto concluso nella sentenza *Schmidt*, dal campo di applicazione della direttiva. Non può però sfuggire, secondo taluni autori, che nell'individuare un indice nell'assunzione, ad opera del nuovo imprenditore, di una parte essenziale, per numero e per competenza, di personale prima alle dipendenze del cedente, sarebbe riscontrabile un vizio “originario” della sentenza *Suzen*, la quale avrebbe confusamente identificato presupposti ed effetti, ben evidenti nella conclusione che per eludere l'applicazione della normativa, sarebbe sufficiente che l'appaltatore evitasse di riassumere la parte essenziale dei lavoratori impiegati presso il cedente.

⁹⁹ PELLISSERO, *L'entità economica come oggetti del trasferimento d'azienda: sviluppi recenti della giurisprudenza comunitaria e possibili riflessi sugli ordinamenti nazionali*, *RIDL*, 1998, 428.

costituita anche dalle posizioni occupate dalle prestazioni di lavoro. A parere della scrivente, se la presenza di personale particolarmente specializzato o comunque portatore di uno specifico *know – how* rende più eclatante la inerenza del rapporto di lavoro all'esercizio di un settore determinato di un'azienda, andando perciò a costituire un elemento che pesa per propria rilevanza nell'ambito dei processi di circolazione del complesso aziendale, ciò non toglie che sia d'obbligo generalizzare il principio secondo cui la prestazione, in qualunque forma essa si sostanzia e qualunque sia la rilevanza del concreto contributo nel complesso aziendale, va a costituire un elemento presupposto nel trasferimento d'azienda.

E questo assunto non può essere scalfito dalla circostanza che si tratti di manodopera che in ragione della scarsa specializzazione e dunque del peso rivestito nel complesso aziendale, costituisce un elemento fungibile e perciò facilmente sostituibile.

L'impatto della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di trasferimento d'azienda sulla giurisprudenza italiana non è stato privo di disarmonie e di momenti critici.

L'assenza di una formula definitoria¹⁰⁰ aveva fatto registrare nella giurisprudenza interna un orientamento cauto, piuttosto aderente al dettato normativo di fondo, costituito dalla nozione di azienda di matrice commerciale.

¹⁰⁰ L'affermazione dell'assenza di una nozione giuslavoristica dell'oggetto del trasferimento è dovuta con ogni probabilità ad un triplice ordine di problemi. Ovvero l'identità del termine utilizzato nell'art. 2112 c.c. per individuare l'oggetto del negozio traslativo con quello dell'art. 2555 c.c.; l'assenza di una formula definitoria dell'azienda in seno al Libro V del Codice Civile e nella congerie delle leggi, impropriamente definite, "del lavoro"; l'esigenza di offrire una ricostruzione sistematica degli istituti, legandoli attraverso un vincolo come di genere a specie, in modo da poterli relazionare nelle varie fasi della loro esistenza.

La Suprema Corte¹⁰¹, dimostrandosi impermeabile alle influenze dei Giudici del Lussemburgo¹⁰², si era prevalentemente orientata nella direzione di richiedere, come condizione imprescindibile per la configurazione della fattispecie del trasferimento, la cessione di un complesso organizzato di beni (materiali o immateriali), potenzialmente idoneo all'esercizio dell'impresa, anche se riguardante parte autonoma o singole unità produttive¹⁰³. Per queste ultime, condizione indispensabile era costituita dall'acquisto di un'autonomia organizzativa, operativa e finanziaria, purché non si trattasse di alienazione di singoli beni privi di siffatta unificazione funzionale. Si precisa, inoltre, che la sola circostanza della continuità delle prestazioni lavorative, ancorché svolte nei medesimi locali e con le stesse modalità operative, non era ritenuta sufficiente, “*potendo rappresentare una semplice*

¹⁰¹ Con una breve incursione negli orientamenti giurisprudenziali nazionali degli Stati membri, si nota che all'interno della Cassazione francese, specie dopo il caso *Schmidt*, si è creato un aperto contrasto con la Corte di Giustizia: le attività di servizio, in via di principio, non sono escluse dal campo di applicazione dell'art. 122 – 12 c.c., ma non è mai stata ammessa l'esistenza di un trasferimento di azienda in assenza di un qualunque trasferimento di mezzi di produzione. Una sentenza del 7 luglio 1998 (*Droit Social*, 1998, 948), definisce l'entità economica “un insieme organizzato di persone e di elementi materiali o immateriali che consentono l'esercizio di una attività economica in vista di un obiettivo proprio. In sostanza, le due componenti dell'entità economica sono complementari per la Cassazione francese, mentre per la Corte di Giustizia sono semplicemente alternative. Anche i Tribunali spagnoli sono restii a ritenere che il semplice trasferimento di attività possa costituire trasferimento d'azienda. Quanto alla Corte federale tedesca, dopo la sentenza *Suzen*, sembra prevalere l'indirizzo secondo cui anche se una entità economica è costituita, di regola, da beni materiali e da persone, la semplice riassunzione dello stesso personale da parte di altre imprenditore può rivelare l'esistenza di una entità economica autonoma.

¹⁰² L'approccio dei Giudici Italiani risultava invece conforme alla posizione della Corte Comunitaria laddove riteneva applicabile la direttiva 77/187/CE all'ipotesi di ritorno dell'azienda al proprietario, come pure nel caso di cessazione di un contratto di affitto, di successione di contratti di affitto con diversi soggetti, nonché in tutte le ipotesi in cui si abbia sostituzione di un titolare, al di là del mezzo giuridico attraverso la quale la medesima sia attuata.

¹⁰³ Cass. 24 gennaio 1991, n. 671, *RIDL*, 1991, II, p. 678; Cass. 8 gennaio 1991, n. 67, *D&L*, 1991, II, p. 344; Cass. 17 marzo 1993, n. 3148, *RIDL*, 1994, II, p. 314; Cass. 5 maggio 1995, n. 4873, *NGL*, 1995, 905. Anche nella dottrina commercialista troviamo un'assonanza con le istanze lavoristiche, affermando che è ben possibile che il trasferimento sia soltanto parziale, purché resti salva la funzionalità del minor complesso trasferito. In tal senso v. PETTITI, *Il trasferimento volontario d'azienda. Notazioni esegetiche e sistematiche*, Napoli, 1970,

successione cronologica di rapporti di lavoro non collegati da un nesso riconducibile al concetto di trasferimento d'azienda"¹⁰⁴.

Poiché, dunque, il trasferimento d'azienda presupponeva il passaggio di un complesso organizzato di beni materiali o immateriali, la fattispecie stessa veniva esclusa in caso di successione cronologica di due soggetti nello svolgimento della medesima attività e, in particolare, secondo la giurisprudenza assolutamente prevalente, di mero subingresso di un'impresa nella qualità di appaltatrice di servizi prima forniti da un diverso imprenditore e di concessione di un appalto di servizi in precedenza svolti all'interno dell'impresa¹⁰⁵.

Questa interpretazione statica del concetto di azienda tralasciava di valutare un dato immateriale, ovvero l'organizzazione dei beni stessi, tra i quali rientravano, come qualche autore ha sottolineato¹⁰⁶, anche le persone e il *know-how*, ossia le competenze necessarie per la realizzazione del prodotto o del servizio.

2.2. La definizione di impresa del legislatore comunitario

A questo punto la riscrittura della normativa del 1977 attraverso la direttiva 98/50¹⁰⁷ non poteva che avvenire mediante un'interpretazione autentica

¹⁰⁴ Cass. 4 aprile 1981, n. 2223, *Giust. Civ.mass.*, 1980, fasc. 4.

¹⁰⁵ Cass. 24 febbraio 1992 n. 2285, *MGL*, 1996, 760. In senso più aderente alle linee disegnate dalla Corte di giustizia in ordine alla nozione di "entità economica" si sono espresse Cass. 8 febbraio 1993, n. 1518, *RIDL*, 1993, 834, Cass. 1 marzo 1996 n. 2254, *RIDL*, 1997, 395, con nota di ROMEI. Quest'ultima sentenza ha peraltro espressamente escluso che al subingresso nell'appalto sia applicabile la direttiva 77/187, richiamando in motivazione la sentenza *Spijkers*, ma non anche la sentenza *Rask e Schmidt*, la prima della quali, come ricordato, ha ritenuto rientrante nell'ambito di operatività della direttiva l'ipotesi di successione nell'appalto di un servizio.

¹⁰⁶ PIZZOFERRATO, *I riflessi della direttiva 98/50/CE sull'ordinamento italiano*, *GD&LRI*, 1999, n. 82, 463 ss.

¹⁰⁷ La direttiva comunitaria si fonda sull'art. 100 del Trattato CEE, disposizione che "*mira a proteggere i lavoratori in caso di cambiamento di imprenditore, in particolare per assicurare il mantenimento dei loro diritti*". Occorre ricordare che la Direttiva 98/50/CE è stata abrogata e sostituita dalla nuova Direttiva 01/23/CE, che ha "codificato" il testo coordinato delle due direttive precedenti. La nuova direttiva non ha introdotto sostanziali novità nella disciplina del trasferimento d'azienda, limitandosi a ribadire gli intenti del

della nozione giuridica di trasferimento d'azienda, la quale ha infatti avuto la finalità di *“operare un chiarimento alla luce della giurisprudenza comunitaria”*, come recita il IV *“considerando”* della direttiva, al fine di una *“maggior sicurezza e trasparenza giuridica”*.

Riprendendo, infatti, il linguaggio già invalso nella giurisprudenza comunitaria, la direttiva arriva ad identificare l'impresa oggetto di trasferimento in quello di *“un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria”*.

C'è da chiedersi, a questo punto, quale sia la valenza del termine *“impresa”* utilizzato dal legislatore anche in relazione all'accezione dello stesso all'interno dell'ordinamento comunitario.

L'impresa, infatti, viene intesa come strumento determinante per l'esercizio delle libertà comunitarie ed è pertanto oggetto di disposizioni normative che la considerano sia per l'attività esercitata che per il modo in cui può essere organizzata.

Sotto il profilo dell'attività emerge una nozione di impresa ampia, che prescinde dai limiti posti da alcune normative nazionali tra cui quella italiana, offrendo un valido contributo alla disciplina in materia di libertà di concorrenza.

Numerose disposizioni comunitarie concernono l'impresa nell'esercizio di attività rilevanti per la realizzazione del mercato unico. In tale accezione, il dato di partenza per l'individuazione di che cosa sia l'impresa per il diritto comunitario sono, o dovrebbero essere, le numerose disposizioni che citano l'impresa nei Trattati istitutivi della CECA, della CE¹⁰⁸, della CEEA e nelle norme per l'attuazione degli stessi emanate dagli organi comunitari.

legislatore comunitario, non mutando né la definizione comunitaria di azienda e neppure le disposizioni relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori trasferiti.

¹⁰⁸ Anche il Trattato istitutivo della CE fa riferimento in numerose norme all'impresa, ad esempio in materia di concorrenza (artt. 81 e 85). A differenza dell'orientamento emerso in relazione al Trattato CECA in materia di contributi, la Corte di Giustizia ha ritenuto che nel contesto del diritto della concorrenza del Trattato CE, la nozione di impresa non sia

Nessuna di tali disposizioni fornisce, peraltro, i tratti caratteristici di una fattispecie unica e con valenza generale. Tale impostazione può essere il riflesso della mancanza di un modello comune di impresa negli ordinamenti degli Stati membri. Anche quando si rinviene, come nei Trattati CECA¹⁰⁹ ed EURATOM¹¹⁰ e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, una definizione di impresa, si tratta di nozioni incomplete, finalizzate ad uno specifico settore e pertanto non idonee a divenire paradigma di una categoria generale. L'accezione di impresa viene di volta in volta determinata sulla base delle singole disposizioni dell'ordinamento comunitario in relazione alle finalità e al contesto di ciascuna di esse.

L'unico elemento comune a tutte le fattispecie in cui le norme comunitarie fanno riferimento all'impresa è di natura economica, piuttosto che giuridica e consiste nel compimento di un atto o di un insieme di atti che incidono sul settore del mercato comune, di volta in volta preso in considerazione dalle singole disposizioni.

ancorata al dato formale del soggetto di diritto, bensì a quello sostanziale dell'unità economica che pone in essere atti che incidono sul mercato.

¹⁰⁹Un'indicazione espressa di che cosa sia l'impresa nell'ordinamento comunitario si rinviene nelle disposizioni generali del Trattato CECA, all'art. 80. E' opinione comune che i risultati di una definizione che sia per il contenuto (imprese che esercitano attività di distribuzione o di produzione abituale nel campo del carbone e dell'acciaio), sia per espressa dichiarazione della norma stessa, trova applicazione allo specifico settore di attività che deve essere svolta affinché le imprese siano soggette al Trattato, ma che non richiede ulteriori requisiti. Si tratta di una definizione che si limita ad indicare il tipo di attività che deve essere svolta affinché le imprese siano soggette al Trattato, ma che non richiede ulteriori requisiti. La CECA ha poi affrontato il problema della definizione del concetto di impresa in alcune pronunce in materia di contributi che ciascuna impresa era tenuta a versare alla Cassa di perequazione del rottame importato dai Paesi terzi. A riguardo la Corte di Giustizia ha affermato che l'impresa consiste in un complesso unitario di elementi personali, materiali ed immateriali, facente capo ad un soggetto giuridico autonomo e diretto in modo durevole al perseguimento di un determinato scopo economico. Dal momento che la creazione in campo economico di un nuovo soggetto giuridico implica sempre il sorgere di un'impresa autonoma, il concetto di impresa del Trattato si identifica con quello di persona giuridica.

¹¹⁰ Il Trattato EURATOM, firmato a Roma il 25 marzo 1957, indirizza numerose disposizioni a "Stati membri, persone ed imprese". L'art. 196 delle disposizioni generali del Trattato prevede che "ai fini dell'applicazione del presente Trattato e salvo contrarie disposizioni di questo [...] il termine impresa sta a designare ogni impresa o istituzione che svolge interamente o in parte le sue attività alle stesse condizioni, quale che sia il suo statuto giuridico, pubblico o privato".

Nell'ordinamento comunitario, che non si preoccupa di organizzare in modo sistematico le materie oggetto dei propri interventi normativi, la nozione di impresa appare pertanto relativa, con una varietà di significati, in alcuni casi anche molto ampi.

L'esame della materia deve pertanto prescindere da astrazioni e generalizzazioni e procedere per settori. Anche nello studio del diritto comunitario, crogiolo e punto d'incontro di tradizioni giuridiche anche assai diverse, il giurista del continente europeo deve operare da *western lawyer*.

I differenti approcci nazionali all'impresa hanno certamente influenzato l'ordinamento comunitario, che tuttavia ha assunto vieppiù al riguardo caratteristiche proprie, destinate indirettamente ad omologare le diversità esistenti in ciascun ordinamento nazionale¹¹¹.

Risulta a questo proposito di particolare interesse rivolgere uno sommario sguardo di natura comparatistica, agli ordinamenti di alcuni degli Stati membri, con la finalità di cogliere le diverse modalità attuative della direttiva in materia di trasferimento d'azienda e, ancor più nello specifico, il particolare approccio alla stessa, in special modo in relazione ai contenuti di ciascun ordinamento interno.

Le dottrine più attente ai problemi dell'impresa, sia nazionale che comunitaria, sono quelle italiana e tedesca, che tuttavia sul fronte dell'impresa, non approdano a risultati comuni. In Italia l'esigenza di approntare uno schema normativo organico per l'impresa, volto ad eliminare le disarmonie e la frammentarietà di interventi settoriali (nel diritto del lavoro, delle procedure concorsuali, nel settore tributario) ha trovato espressione in una serie di iniziative e di proposte, tra le quali il "Progetto Ferri" sullo Statuto dell'impresa, che rappresenta il risultato più significativo, rimasto peraltro senza esito. L'art. 1 dello Statuto specificava la definizione unitaria e generale dell'impresa contenuta nel codice civile,

¹¹¹ Sul punto v. PERULLI, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive*, RIDL, I, 2007, 37 ss.

stabilendo che l'impresa privata è ispirata da criteri di economicità (autosufficienza economica), qualunque fosse la natura del soggetto che la esercita (privata o pubblica). La libertà di iniziativa economica riconosciuta dall'art. 41 Cost. riguardava non solo l'azione economica in sé, ma anche la sua organizzazione, in cui le relative scelte erano dirette essenzialmente al perseguimento di utili da destinarsi alla remunerazione del capitale di rischio.

Nel diritto tedesco manca, invece, una definizione unitaria di impresa, sia nelle leggi che nell'elaborazione della dottrina e della giurisprudenza. Mentre infatti, secondo lo *Handelsgesetzbuch* (HGB), lo *Handelsgewerbe* e lo *Handelsunternehmen im engeren Sinn*, hanno i caratteri dell'effettività, durata ed intento di lucro e produzione per il mercato, nei diversi settori in cui si fa ricorso all'*Unternehmen* (ovverosia nel diritto commerciale, tributario, del lavoro, pubblico impiego, delle società e della concorrenza), questa nozione si caratterizza per l'ampiezza e per la pluralità di significati, nonché per la coesistenza di elementi contraddittori (soggettivi ed oggettivi, per l'irrilevanza dello scopo di lucro, della durata e dell'organizzazione, per l'adattabilità ad esigenze di economia pubblica o para – pubblica, per la posizione secondaria rispetto ai diversi criteri di commerciabilità). Sulla base di questi presupposti, la dottrina tedesca ravvisa un *unternehmen* in qualunque organizzazione economica, a prescindere dal concorso di ulteriori elementi di qualificazione. L'ampia nozione di impresa, l'assenza di separazione concettuale tra impresa ed azienda, concetto che viene ricostruito solo in via giurisprudenziale e per designare il quale viene utilizzato il termine *betrieb*, sono indizi che testimoniano l'influsso dell'ordinamento tedesco su quello comunitario. La direttiva comunitaria in materia di trasferimento d'impresa, ha trovato attuazione nell'ordinamento tedesco attraverso la "Legge per la parità di trattamento tra uomo e donna sul luogo di lavoro e per il mantenimento dei diritti in caso di successione d'impresa" del 1980, al paragrafo 613 a) del BGB, intitolato "*Diritti e*

obblighi in caso di trasferimento d'impresa", in cui il concetto di impresa di cui alla legislazione comunitaria, viene trasposto con il termine "betrieb".

Il § 613 a) BGB è del seguente tenore: "1) qualora un'impresa o una parte d'impresa venga trasferita mediante negozio giuridico ad un altro proprietario, questi subentra nei diritti e negli obblighi derivanti dai rapporti di lavoro esistenti al momento della cessione. Se tali diritti ed obblighi sono disciplinati dalle clausole di un contratto collettivo o di un contratto aziendale, essi costituiscono il contenuto del rapporto di lavoro tra il nuovo titolare e il lavoratore e non possono essere modificati a danno del lavoratore prima che sia decorso un periodo di un anno a partire dalla data del trasferimento. La norma contenuta nel secondo periodo non si applica quando i diritti e gli obblighi del nuovo proprietario sono disciplinati dalle clausole di un altro contratto collettivo o di un altro contratto aziendale. Prima della scadenza del termine di cui alla seconda frase, i diritti e gli obblighi possono essere modificati ove il contratto collettivo o il contratto aziendale non siano più applicabili, ovvero, qualora le parti non siano vincolate dal contratto collettivo, nell'ambito di un altro contratto collettivo la cui applicazione sia stata pattuita tra il nuovo proprietario e il lavoratore. 2) l'ex datore di lavoro è responsabile in solido con il nuovo proprietario per gli obblighi di cui al paragrafo 1, laddove tali obblighi siano sorti prima della data del trasferimento e siano scaduti entro il termine di un anno a partire da tale data. Tuttavia, qualora tali obblighi giungano a scadenza successivamente alla data del trasferimento, l'ex datore di lavoro è responsabile soltanto pro rata temporis per il periodo di tempo antecedente alla data del trasferimento. 3) il secondo paragrafo non si applica in caso di estinzione di una persona giuridica o di una società di persone per trasformazione. 4) la risoluzione del rapporto di lavoro di un lavoratore da parte dell'ex datore di lavoro o del nuovo proprietario per motivi dovuti al trasferimento di un'impresa o di una parte di un'impresa è nulla e non produce effetto. Resta salvo il diritto di risolvere il rapporto di

lavoro per altri motivi". La norma si chiude con gli obblighi di informazione e la disciplina di un espresso diritto di opposizione in capo al lavoratore ceduto, in forma scritta, entro un mese dalle informazioni previste al comma 5°. Si è voluto opportunamente proporre il testo integrale della norma tedesca al fine di far risultare la assoluta mancanza di un riscontro alla definizione comunitaria di trasferimento d'azienda. Non si tratta di una lacuna conseguente ad una infrazione nell'attuazione del diritto comunitario, ma di un vuoto che rimanda opportunamente ad una soluzione giurisprudenziale. La giurisprudenza tedesca considerava l'impresa come unità economica organizzata all'interno della quale l'imprenditore perseguiva da solo o insieme a dei collaboratori, con l'aiuto di beni immateriali e materiali, certi scopi aziendali specifici. Questa definizione non era però sufficiente ad assecondare le intenzioni perseguite dal legislatore europeo tramite la direttiva 77/187. Per questo la Corte federale del lavoro tedesca (BAG) si è mossa velocemente, sancendo che la nozione d'impresa non poteva essere definita unicamente sulla base di quanto disposto dal § 613 a) BGB e sviluppando perciò in sede giurisprudenziale una nozione assai coerente con quella comunitaria, onde l'impresa è intesa come complesso organizzato di persone e mezzi finalizzata all'esercizio di un'attività economica con fini propri. Secondo la BAG, le leggi nazionali che si basano sul diritto comunitario, devono essere sempre interpretate in maniera tale da risultare conformi alle esigenze comunitarie. Per questo, nella determinazione della nozione di impresa, la Corte federale tedesca ha accolto la nozione propria della Corte di giustizia, qualificando l'impresa come una entità economica stabile nel tempo. Si tratterebbe di un insieme di persone e mezzi per l'esercizio di un'attività economica dotata di uno scopo predeterminato, la cui identità risulta dalle attività svolte, dal personale, dai dirigenti, dall'organizzazione del lavoro. A tali criteri bisogna dare maggiore o minore peso a seconda dell'organizzazione. Secondo la giurisprudenza della BAG, un ramo d'azienda è costituito da una

articolazione funzionalmente autonoma di un'azienda che svolge attività economica, sia essa essenziale o accessoria. Vengono in tal modo ribaditi i principi contenuti nella sentenza *Suzen*, laddove viene escluso che la mera successione di funzioni aziendali rientri nella fattispecie disciplinata dalla norma lavoristica¹¹².

Nel diritto francese per definire l'impresa viene utilizzato il termine *entreprise*. In Francia, sistema tradizionalmente basato sull'elemento oggettivo dell'atto di commercio, non vi è una disciplina organica dell'*entreprise*, in quanto la dottrina che si è occupata della materia non ha elaborato una teoria giuridica dell'istituto, avendo ad essa attribuito un significato prevalentemente economico. Né è derivata un'elaborazione scarsa e frammentaria, da cui non poteva emergere una nozione unitaria di impresa. La resistenza ad una autonoma rilevanza giuridica dell'impresa è stata determinata anche dal dogma dell'unitarietà del patrimonio, che ha per lungo tempo imposto l'equivalenza tra impresa e responsabilità illimitata dell'imprenditore, facendo al tempo stesso coincidere l'interesse dell'impresa con quello del suo titolare. Un tentativo, peraltro, di dissociare l'impresa dall'imprenditore si rinviene nella normativa fiscale, del lavoro, del fallimento e della società, nonché nella tendenza della dottrina e della giurisprudenza a configurare l'interesse sociale come interesse dell'impresa alla propria vita e al proprio sviluppo, indipendentemente dalla sorte del titolare. Si precisa che nel diritto francese la direttiva 77/187 ha trovato ingresso nel *Code du travail* all'art. 122 – 12, applicabile in presenza di un'entità economica caratterizzata da un insieme organizzato di persone e di elementi materiali o immateriali che consentono l'esercizio di un'attività economica avente un obiettivo proprio, sia esso principale o accessorio. L'elasticità nell'interpretazione di questi criteri consente alla giurisprudenza

¹¹² Sul punto v. FUCHS, *La disciplina del trasferimento d'azienda nel diritto tedesco*, AA. VV., *Il trasferimento d'azienda*, (diretto da) CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, Utet, Torino, 2004.

di ampliare o di restringere il campo di applicazione a seconda dei casi di specie, tendendo a limitare l'effetto automatico del trasferimento sui rapporti di lavoro laddove questo riguardi una parte dell'impresa e non l'impresa nel suo complesso¹¹³.

In materia di concorrenza nel diritto comunitario sono state introdotte soluzioni caratteristiche del primo e più evoluto sistema di norme in materia, l'ordinamento statunitense, che invece tradizionalmente non si sofferma a considerare i problemi della rilevanza giuridica dell'impresa. Nel diritto nord americano il concetto di azienda trova riscontro in termini come *business, undertaking, enterprise, establishment, firm*, che rappresentano degli equipollenti sul piano economico, mentre sul piano tecnico – giuridico il termine appare privo di esatta corrispondenza. L'impresa fa ingresso nel diritto inglese con la Convenzione contro le doppie imposizioni tra Italia ed Inghilterra del 4 luglio 1960, che all'art. 2, lett. J), ne fornisce una definizione. Tuttavia, nel diritto inglese, l'impresa non è mai stata oggetto di attenzione fino all'entrata in vigore, nel 1965, della disciplina della concorrenza del *Monopolies and Mergers Act*. L'interesse per una definizione della materia si è poi accresciuto nel 1973, con l'ingresso del Regno Unito nella Comunità Europea e con l'emanazione del *Fair Trading Act*, che tutela i consumatori. Ed è infatti proprio in questo atto che si rinviene un primo riferimento espresso alla *enterprises*, definite dalla sez. 73 come “*activities or part of the activities of a business*”. Peraltro, anche dopo questa svolta, la dottrina britannica non indaga sulla definizione della qualificazione ed, in particolare, sulla natura dell'impresa, denominandola indifferentemente *enterprise, business, undertaking, activity*, sempre considerata dando prevalenza all'ampio significato economico della stessa come presupposto di applicabilità della disciplina contenuta nei testi legislativi che ad essa rinviano. La direttiva in materia di tutela dei

¹¹³ Sul punto BLANC, *L'unità economica et sociale et la notion d'entreprise*, *Droit Social*, 2005, 68.

lavoratori in caso di trasferimento di imprese, ha trovato recepimento nel diritto inglese attraverso i *Transfer of Undertakings (Protection of employment) Regulation* 1981 (successivamente modificato nel 1993 dal *Trade Union Reform and Employment Rights Act*, ovvero la legge sulla riforma dei sindacati e sui diritti dei lavoratori), laddove, il legislatore ha scelto per tradurre il concetto di “impresa” il termine “*undertaking*”. L’ordinamento inglese valorizza anch’esso il dato della stabilità dell’organizzazione dell’entità ceduta, riferendosi esplicitamente al trasferimento di un’entità economica “*which retains its identity*”. Nel 2006 il *TUPE* è stata oggetto di numerose modifiche, estendendosi ora la *Regulation* in materia di trasferimento d’impresa anche a nuove fattispecie collegate ai fenomeni di esternalizzazione, qualificate come “*service provision change*”¹¹⁴. In questa fattispecie complessa, ciò che rileva ai fini dell’applicazione è la nozione di *economic activity*, la quale, al fine di delimitare la fattispecie di un trasferimento legittimo d’impresa da altre forme di esternalizzazione sottratte al campo di disciplina del trasferimento, viene individuata nella “*organised grouping of resources which has the objective of pursuing an economic activity, whether or not that activity is central or ancillary*”.

Il panorama sopra tracciato evidenzia sinteticamente la disomogeneità di contenuti, prima ancora che di linguaggio, esistente tra gli ordinamenti di ciascuno Stato membro.

A ciò si aggiunge l’opinione comune secondo cui ogni settore del diritto comunitario ha proprie finalità cui si adatta la polimorfa nozione di impresa, termine che viene utilizzato in maniera fungibile rispetto a quello di azienda, a differenza di quanto avviene nell’ordinamento giuridico italiano.

¹¹⁴ In questa ostruzione, l’*activities* prima gestite da un soggetto (*client*) nel proprio interesse, sono gestite da un altro soggetto (*contractor*) nell’interesse del primo, ovvero *activities* gestite in precedenza da un *contractor* nell’interesse di un *client* vengono cedute ad un altro soggetto (*subsequent contractor*) che le gestisce nell’interesse del *client*.

E pare che neppure nel disciplinare il trasferimento d'impresa, il legislatore comunitario abbia colto l'occasione per tentare di fornire una definizione con valenza generale, mantenendo invece un atteggiamento cautelativo volto a tratteggiare una nozione circostanziata.

Questo emerge sotto un duplice profilo: in primo luogo non si è proceduto a delineare una definizione di azienda, quanto piuttosto di "trasferimento d'impresa".

In secondo luogo il legislatore, per evitare di avventurarsi nell'opera di definizione dell'istituto dell'impresa che trova una collocazione e disciplina differente non solo nei singoli ordinamenti ma, come visto dinanzi nello stesso ordinamento comunitario, si è limitato a specificare che la valenza del concetto di impresa doveva ritenersi circoscritta allo specifico caso di successione nell'impresa con esclusivo riferimento al passaggio dei rapporti di lavoro.

Coerentemente con i risultati cui è giunta da ultimo la giurisprudenza comunitaria, la direttiva 23/01/CE, riproponendo quanto già contenuto nella direttiva 98/50, dopo aver identificato l'impresa in una entità economica¹¹⁵, ne specifica il contenuto costitutivo qualificandola come composta di "mezzi di produzione", e non di "beni", termine che invece ricorre nella disciplina nazionale in materia di azienda (art. 2555 c.c.).

Con ogni probabilità, accogliendo le istanze di cui alla sentenza *Suzen* e alle successive pronunce ad essa conformi, il legislatore comunitario ha voluto fare ricorso ad una locuzione in grado di offrire una definizione che permetta di potervi includere anche il gruppo di lavoratori che assolve stabilmente un'attività comune.

In questo senso, pur nell'ambito di una nozione che ha voluto recuperare il profilo oggettivo dei mezzi organizzati, si è ritenuto di sottolineare l'aspetto

¹¹⁵ Anche AULETTA voce *Azienda*, in *Enciclopedia del diritto*, IV volume, Treccani, Milano, 1958, ha definito l'azienda utilizzando la locuzione "unità economica", che molto si avvicina per terminologia utilizzata dal legislatore comunitario, ma anche nei contenuti al concetto di "articolazione funzionalmente autonoma" cui fa invece ricorso il legislatore nazionale nel determinare la nozione di parte di azienda.

soggettivo, accentuando “*quel valore economico che trascende la pura materialità (strumenti, attrezzature, capitali) e che si spiega meglio ove si considerino i contributi, spesso decisivi – in termini di conoscenze, capacità, professionalità – derivanti dai rapporti di lavoro*”¹¹⁶.

La definizione comunitaria di impresa è dunque sia una nozione “ibrida”, in quanto porta con sé i caratteri della nozione di impresa e di azienda, sia sintetica, nel senso che indica tanto l’impresa/azienda intesa nel suo complesso, che lo “stabilimento”, ovverosia la parte dell’impresa/azienda, situazioni per individuare le quali l’ordinamento nazionale ricorre invece a distinti istituti.

2.3. Traguardi definatori del diritto nazionale: azienda o impresa?

Il legislatore italiano, ottemperando all’obbligo di dare attuazione al diritto comunitario ed in particolare alla direttiva 98/50/CE¹¹⁷, sembra aver optato per una soluzione di compromesso, da un lato lasciando nella rubrica delle norme di attuazione il riferimento all’azienda, ma dall’altro lato, forte dell’assonanza tra il termine francese che ricorre nella direttiva e quello rinvenibile nell’ordinamento italiano, è giunto a trasporre la “*trasfert du enterprise*” della normativa comunitaria inserendo nell’art. 2112 c.c. la definizione di impresa, così come dedotta dall’art. 2082 c.c.

Non vi è dubbio che non sia sempre agevole dare attuazione ad una normativa comunitaria, e ciò specialmente nella materia in esame, posto che nell’ordinamento europeo non è rinvenibile una nozione di impresa di valore generale, ma la stessa viene di volta in volta disegnata sulla base

¹¹⁶ CESTER, *Trasferimenti d’azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, LG, 2001, 507.

¹¹⁷ Anche rispetto al trasferimento di azienda il legislatore italiano è intervenuto con ritardo rispetto al termine prescritto dalla direttiva 77/187 e solo dopo una sentenza di condanna della Corte di Giustizia del 10 luglio 1986, n. 235/84, D&L, 1986, 462.

Per una ricostruzione della nuova disciplina LAMBERTUCCI, *Profili ricostruttivi della nuova disciplina in materia di trasferimento d’azienda*, RIDL, 1992, I, 159; MARESCA, *Gli obblighi di informazione e consultazione sindacale nel trasferimento d’azienda*, DRI, 1992, 7; FOGLIA, *Trasferimento d’azienda ed effetti sul rapporto di lavoro*, MGL, 1991, 330 ss.

delle finalità particolari alla cui realizzazione è tesa la normativa, nel caso di specie improntata a costituire un sistema garantistico per i lavoratori nel passaggio da una azienda ad un'altra.

Il legislatore italiano, nel conformarsi a detti obiettivi, doveva in ogni caso fare i conti con il sostrato rappresentato dal proprio ordinamento, già dotato di una nozione autonoma di impresa, non coincidente per contenuto con la definizione di cui alla direttiva 98/50.

Ulteriore difficoltà era inoltre rappresentata dalla circostanza che nell'ordinamento nazionale la stessa nozione di impresa trova coordinamento con l'istituto dell'azienda, del quale non vi è invece traccia né nell'ordinamento comunitario né in quasi nessun altro dei sistemi giuridici dei singoli Stati membri.

Il legislatore italiano, nel novellare l'art. 2112 c.c., si è discostato dalla definizione comunitaria di "*entità economica*", che è stata invece tradotta con "*attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, al fine della produzione e dello scambio di beni o di servizi*", connotata dai requisiti della preesistenza e del mantenimento dell'identità nel trasferimento.

Quanto sopra detto, si dissente da quella dottrina commercialistica critica nei confronti del legislatore italiano¹¹⁸, che, confrontando il testo della

¹¹⁸ La Cassazione, in una sua pronuncia (3 febbraio 1995, n. 1271, *MGL*, 196), è giunta ad affermare che "*il potere-dovere del giudice nazionale di disapplicare la norma dell'ordinamento interno per incompatibilità con il diritto comunitario, deve essere riconosciuto, anche alla stregua di principi fissati dalla Corte Costituzionale (sent. 11 luglio 1989, n. 389) tanto nel caso in cui il conflitto insorga con una disciplina prodotta dagli organi della Comunità Europea mediante regolamento, tanto nel caso in cui la norma interna si ponga in contrasto con regole generali dell'ordinamento comunitario, ricavate in sede di interpretazione dell'ordinamento stesso dalla Corte di Giustizia nell'esercizio dei compiti istituzionali attribuiti dagli artt. 169 e 177 del Trattato [...]. La giurisprudenza della Corte Costituzionale ha poi precisato che le direttive sono immediatamente applicabili nei limiti indicati dalla Corte di Giustizia, limiti costituiti dalla sussistenza delle condizioni che le disposizioni di una direttiva siano, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise*". Nella stessa sentenza, la Corte era giunta all'affermazione che l'applicabilità diretta delle direttive precise e incondizionate, se da un lato non comporta l'abrogazione della norma interna incompatibile, dall'altro impone al giudice nazionale di giudicare come se la norma interna non esistesse, cioè gli impone di disapplicarla.

direttiva 98/50/CE con quello novellato dell'art. 2112 c. 5° c.c., considera compiuta in modo “*concettualmente maldestro*” l'opera di “*traduzione – recepimento*” della direttiva¹¹⁹. In questo senso è anche orientata una parte minoritaria della dottrina giuslavoristica¹²⁰, la quale reputa che il D. Lgs. 18/2001, non si fermi al limite posto dalla direttiva 98/50/CE, bensì si spinga oltre, approdando al primo degli orientamenti espressi dalla giurisprudenza comunitaria, in quanto nell'art. 2112 c.c., mancherebbe il riferimento “all'entità economica” e ai mezzi organizzati che la costituiscono, riferimento in cui si poteva rilevare una certa assonanza tra l'art. 2555 c.c. e la definizione comunitaria. La nozione di trasferimento d'azienda risulterebbe essere incentrata solo sul passaggio di “un'attività economica organizzata”, perdendo completamente di rilievo i beni e gli strumenti materiali costituenti il complesso aziendale¹²¹. Secondo tale impostazione ermeneutica, si potrebbe quindi asserire che nella direttiva e nella più recente giurisprudenza comunitaria la nozione di entità economica sia ben distinta da quella di attività. Tale frattura pone subito l'interprete dell'art. 2112 c.c. di fronte all'interrogativo per quale motivo il legislatore nazionale abbia voluto far ricorso ad una terminologia differente rispetto al piano comunitario. Gli stessi autori non mettono in dubbio che il riferimento “all'attività” sarebbe finalizzato ad escludere proprio la rilevanza di ciò che invece caratterizza la nozione di entità, vale a dire la sussistenza di un “*insieme di mezzi*”. Questo anche perché l'utilizzo della definizione comunitaria, avrebbe sortito l'effetto, ancorché indiretto, di reintrodurre nel nostro ordinamento la nozione di azienda inverata nell’“insieme di mezzi”¹²².

¹¹⁹ BUONOCORE, *Il nuovo testo dell'art. 2112 c.c. ed il trasferimento di un ramo d'azienda*, *GComm*, 2003, 318.

¹²⁰ MENEGATTI, *I riflessi del D.Lgs. 18/2001 sulla nozione di trasferimento d'azienda*, *LG*, 2001, 9, p.724.

¹²¹ MENEGATTI, *op. cit.*, 724.

¹²² MARESCA, *Le novità del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, *ADL*, 2001, p. 593.

L'allusione all'attività avrebbe quindi consentito di allentare ogni vincolo con il testo dell'art. 2555 c.c. e con il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore, con tutto il "carico di materialità"¹²³ evocato da quest'ultima norma. La nozione di ramo di azienda avrebbe spostato il proprio baricentro verso una definizione più lavoristica e meno commercialistica, di valorizzazione dell'elemento dell'organizzazione del lavoro che della coesistenza dei beni implicati nel trasferimento.

Non concorde sul punto è invece quella parte di dottrina¹²⁴ che evidenzia come nella nuova definizione di trasferimento d'azienda riemerge a tutto tondo l'art. 2082 c.c., che è appunto l'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi. Dunque non sembra che il legislatore abbia fatto propria quella interpretazione - peraltro da ultimo rientrata - della Corte di Giustizia, circa l'estensione della direttiva alla mera successione nell'attività. Infatti, affinché si configuri la fattispecie normativa di cui all'art. 2112 c.c. deve ricorrere il mutamento della titolarità di "un'attività economica organizzata", che per essere tale necessita, quale strumento, di una struttura aziendale. L'azienda è rappresentata infatti da un'unità strumentale qualificata, nel suo contenuto, dai beni, materiali e immateriali, e dai rapporti giuridici costitutivi di un complesso funzionale autonomo dotato dell'attitudine a consentire l'esercizio di una attività imprenditoriale¹²⁵.

¹²³ DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del trasferimento del ramo d'azienda dal codice civile al D.Lgs. n. 276 del 2003, Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, Padova, 2005, 280.

¹²⁴ CESTER, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, LG, 2001, 6, p.508 ss.; nel senso di confermare l'intima connessione tra azienda e impresa anche LEPORE, *Il trasferimento d'azienda tra diritto interno e disciplina comunitaria*, MGL, 2001, I, p. 190 ss.; MARAZZA, *Impresa e organizzazione nella nuova nozione di azienda trasferita*, ADL, 2001, 601. ROMEI, *Azienda, impresa, trasferimento*, GDLRI, 2003, 49 ss.;

¹²⁵ Ben diceva RAVA', *Il sistema del diritto civile di fronte all'azienda. Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, RDC, 1970, 9, che "un'azienda è un'opera che si esercita sui mezzi di produzione e dunque sulle cose, ma anche su altri beni diversi dalle cose. Se non che la teoria delle opere è legata alla teoria delle persone, e né l'una né l'altra sono ancora certe."

È opinione di chi scrive che il legislatore nazionale abbia operato una trasposizione “problematicizzata” dell’intero testo della direttiva, consapevole che “*transfert d’une entreprise*” (*ex plurimis* art. 4 98/50/CE) non poteva che tradursi in “trasferimento d’azienda” a seguito del “mutamento di titolarità” dell’impresa.

Se si muove da questa linea ricostruttiva, non risulta accreditabile nel nostro diritto positivo la riduzione del concetto di trasferimento d’azienda a quello di mera successione dell’impresa. Difficilmente, infatti, avrebbe potuto trovare ingresso nel nostro ordinamento il meccanismo del “trasferimento di impresa”, poiché contraddittorio sul piano logico - giuridico, in quanto l’attività di impresa si esercita sempre a titolo originario e la qualità di imprenditore non è trasmissibile¹²⁶.

Nella prospettiva di una valutazione del comma V dell’art. 2112 c.c. alla luce degli influssi comunitari, autorevole dottrina sostiene¹²⁷ che la nozione di azienda, così come prospettata dal D. Lgs. 18/2001, avrebbe condotto ad avvicinare quella parte dell’ordinamento interno, che aveva colto la connessione tra azienda ed impresa, alla definizione di impresa data in sede comunitaria. Il richiamo viene fatto alla più volte citata sentenza *Suzen*, che considera tale il trasferimento di beni e rapporti giuridici disposto in funzione dell’esercizio dell’impresa, per cui l’esercizio dell’impresa attiene al momento causale del trasferimento. Non sarebbe dunque corretto rilevare uno iato con la nozione comunitaria di subingresso nell’attività di una impresa, come dato rilevante della disciplina del trasferimento, posto che, come già evidenziato, anche il diritto comunitario è approdato ad una

¹²⁶ In dottrina *ex plurimis* ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, Giuffrè editore, Milano, 1962; AULETTA, voce *Azienda*, in *Enciclopedia del diritto*, IV volume, Treccani, Milano, 1958; AULETTA, voce *Azienda*, in *Commentario al Codice Civile Scialoja – Branca*, (a cura di) Scialoja Branca, Zanichelli, Bologna, 1947; COTTINO, *Diritto commerciale*, I, Cedam, Padova, 1993; OPPO, *Diritto dell’Impresa*, in *Scritti giuridici*, Cedam, Padova, I, 1992, il quale afferma che “*mentre l’attività non può durare oltre il soggetto e non può essere oggetto di trasferimento o di successione, tutto ciò è possibile per l’organizzazione nella sua destinazione e idoneità all’esercizio dell’impresa*”.

¹²⁷ SANTORO PASSARELLI, *Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento di azienda e di ramo d’azienda*, RIDL, 2003, I, p. 189 ss.

definizione che costituisce un risultato di sintesi tra due concetti, ovvero l'esercizio di una attività organizzata e l'insieme di mezzi all'uopo necessari¹²⁸.

Nonostante il richiamo all'art. 2082 c.c., sembra perciò che il legislatore nazionale, riprendendo alla lettera il disposto comunitario (evidente nella coincidenza anche letterale dei concetti di "attività economica", "organizzazione" e "conservazione della propria identità") non abbia voluto prescindere dai profili oggettivi legati al complesso aziendale, in quanto proprio la necessità che l'attività organizzata conservi la propria identità e sia preesistente al momento del trasferimento, finisce per evocare la formula per cui si ha trasferimento d'azienda tutte le volte in cui vi sia mutamento nella gestione, ferma restando la struttura e l'unità dell'azienda medesima¹²⁹.

Azienda ed impresa sono dunque nozioni distinte e allo stesso tempo coordinate sul piano delle vicende modificative delle titolarità dei complessi aziendali¹³⁰. Ciò importa che il rapporto di strumentalità intercorrente tra i

¹²⁸ In senso non conforme GRANDI, v. *Trasferimento d'azienda*, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Torino, XXXI, 1995, il quale sostiene che "la discordanza con la disciplina comunitaria sul trasferimento di imprese o di parti di stabilimento è di pressoché impossibile composizione, poiché il diritto interno valorizza ai fini della tutela dei lavoratori interessati da vicende circolatorie dei complessi aziendali il concetto di azienda come organizzazione funzionale di beni e rapporti giuridici, mentre la norma comunitaria si ispira al concetto di cessione d'impresa come entità economica caratterizzata dalla persistenza dell'identica attività".

¹²⁹ La giurisprudenza intervenuta in materia sembra porsi in linea con l'enunciato della Corte di Giustizia laddove già in precedenza aveva affermato che non è di ostacolo alla configurabilità del trasferimento la mancanza di un fine di lucro purché sussista un'organizzazione di mezzi produttivi idonei a fornire un prodotto o un servizio obiettivamente caratterizzati ed economicamente valutabili, quanto meno sotto il profilo dei mezzi di produzione e delle prestazioni lavorative necessari per il loro conseguimento (Cass. 2 agosto 2002 n. 11622, *RIDL*, 2003, 406; Cass. 17 dicembre 2001, n. 15949 e Cass. 12 dicembre 2001, n. 15652, entrambe *MGL*, 2002, n. 375).

¹³⁰ Fiumi di inchiostro sono stati consumati per descrivere le differenti posizioni in merito al rapporto tra impresa ed azienda. Scriveva ASQUINI, *Profili dell'impresa*, *RDComm*, 1943, 1 ss., che "comunque entrato nel codice il nomen iuris d'azienda, per designare il fenomeno economico dell'impresa sotto il profilo oggettivo, questo nomen iuris vincola l'interprete a non usare in senso giuridico la parola "impresa" nel significato che il codice dà alla parola "azienda"; anche perché la titolarità del diritto sull'azienda, per quanto normalmente spettante all'imprenditore, può disgiungersi dall'imprenditore, come nel caso di usufrutto o di affitto d'azienda".

due istituti debba meglio qualificarsi come rapporto di reciproca dipendenza, alla stregua del rilievo che, se da un lato l'azienda è il mezzo attraverso cui si svolge l'attività dell'imprenditore, essa costituisce d'altra parte il risultato dell'attività stessa, venendo non solo costituita, ma continuamente rinnovata attraverso l'attività dell'imprenditore: dal che ne

Si deve dunque dissentire da MOSSA, *Diritto commerciale*, Milano, Sel, s.d., che usa le parole impresa ed azienda come sinonimi, asserendo che i due termini valgono a distinguere solo momenti diversi nell'esistenza e nella vita dell'impresa, senza peraltro contrapporre e disintegrare impresa ed azienda. Distinzioni e momenti sarebbero nel seno stesso dell'impresa, concetto giuridico unitario e sintetico, in cui tutti gli elementi personali e reali, tutti i momenti oggettivi e soggettivi, tutti i valori materiali ed immateriali, si fondono organicamente. L'impresa sarebbe perciò l'organismo vivente di lavoro e di cose materiali ed immateriali destinato, in comunione di uomini e di capi, agli scopi della economia sociale.

Neppure si può seguire SANTORO PASSARELLI F., *Il lavoro nell'impresa, Studi in onore di Alberto Asquini*, IV, Cedam, 1965, p. 1775 ss., che considera l'impresa come una *species* del *genus* azienda, nel senso che l'azienda si riferirebbe a qualsiasi organizzazione economica (azienda domestica, azienda del piccolo imprenditore, azienda professionale del non imprenditore) e l'impresa si riferirebbe invece solo all'organizzazione economica dell'imprenditore ordinario, cioè sarebbe l'azienda del piccolo medio imprenditore. Quanto quindi al rapporto tra impresa ed azienda ed al significato di questo secondo termine, prosegue l'A., è l'incorporamento nell'impresa, attuato dal codice, del lavoro subordinato che ne rappresenta la chiave di risoluzione: il sussistere di un organismo economico caratterizzato dal rischio e dal profitto, quale è l'impresa - secondo l'interpretazione che il Santoro - Passarelli dà delle norme del codice - non sarebbe infatti condizione necessaria del lavoro subordinato, in quanto le finalità proprie dell'organismo non avrebbero rilievo per la valutazione dei rapporti intercorrenti fra coloro che lo costituiscono. E l'ambito particolare in cui si svolge il rapporto di lavoro non sarebbe dunque l'impresa, bensì l'azienda concepita essa pure quindi come "organismo". Ma allora - osserva l'A. - "se l'azienda è l'intero collegamento od organismo economico, nel quale beni e servizi sono interdipendenti e anche l'impresa nel senso del codice è un organismo siffatto, non c'è che da concludere o per l'identità dei due termini o per la determinazione di un rapporto di specie a genere". Per CARNELUTTI, *Lettera a Lorenzo Mossa, RDComm*, 1942, I, 67, "l'impresa è un atto, l'azienda è in atto; l'azienda è un ente, l'impresa in quiete"; per GRECO, *Profilo dell'impresa economica*, Utet, Torino, 1942, l'impresa è "istituzione in quanto organizzazione costitutiva di un nucleo sociale" e l'azienda è "una parte dell'impresa". Per FERRARA, *La teoria giuridica dell'azienda*, Giuffrè editore, II ed., Milano, 1982, è agevole osservare che, a parte i casi in cui il termine "impresa" è adoperato nel senso improprio e traslato di imprenditore e azienda, che va dall'interprete rettificato, "l'unico significato che resta è quello di attività economica organizzata ed il rapporto tra impresa ed azienda resta così precisato: l'azienda è quella organizzazione produttiva che costituisce un capitale; l'impresa è attività professionale dell'imprenditore [...]. Però il concetto dell'impresa non ha in realtà importanza per il diritto: l'attività professionale si risolve infatti in un momento o situazione personale del soggetto e dunque gli effetti dell'impresa non sono altro che effetti a carico del soggetto che l'esercita e vengono pertanto studiati in occasione dell'esame della figura dell'imprenditore e delle relative specie in cui la medesima si distingue. Onde la figura attorno a cui si polarizzano gli effetti giuridici sono rispettivamente quelle dell'imprenditore e dell'azienda".

deriva che l'impresa è inscindibilmente e contemporaneamente esercizio ed attività di organizzazione dell'azienda¹³¹.

Sulla scia degli orientamenti giurisprudenziali comunitari, il legislatore nazionale ha dunque tentato una soluzione di compromesso, ponendo l'accento su alcuni aspetti della disciplina commercialistica, cui dare maggior rilievo al fine di conformarsi agli obiettivi garantisti imposti dalla direttiva, assumendo come paradigma la nozione di "entità economica" e traducendola in "attività economica organizzata", nel rispetto della chiave interpretativa "alleggerita" prospettata dalla giurisprudenza comunitaria.

Né si può sostenere che il diritto del lavoro sia pervenuto ad una definizione autonoma, ma anzi dovrebbe mettersi in dubbio che si possa parlare di vera e propria "definizione" e non invece di un'operazione di mera esplicazione e di adattamento della nozione della stessa azienda¹³². Non va infatti dimenticato l'insegnamento di quella parte della dottrina commercialistica la quale rammenta che si parla di azienda quasi sempre senza distinguere a quali fini ed a quali effetti lo si fa: attratti dalla suggestione della categoria generale, si finisce così per attribuirle una portata universale che essa, limitata dalle sue funzioni, non può invece avere. Invero in materia di azienda il legislatore non ha perseguito – né poteva perseguire – il fine di erigere una categoria, ma quello, più concreto, di disciplinare conflitti di

¹³¹ FERRARI, voce *Azienda*, *Enciclopedia giuridica*, contesta le teorie, tra cui rientrano quelle più sopra citate, che confondono i concetti di azienda ed impresa, posti invece, secondo l'A., su piani assolutamente diversi.

¹³² Il rilievo assunto dagli interessi dei lavoratori soprattutto nel trasferimento di ramo d'azienda, sarebbe in grado, secondo taluni, di dar forma, in modo forse ancora più significativo, anche se con segno diverso, ad una autonoma nozione di azienda. In tal senso CIUCCIOVINO, *La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il D.Lgs. 18/2001*, in (a cura di) DE LUCA TAMAJO, *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Esi, Napoli, 2002, 86 ss.; DELLA ROCCA, *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, MGL, 2001, 588; PIZZOFERRATO, *La nozione "giuslavoristica" di azienda fra diritto interno e diritto comunitario*, RIDL, 1998, I, 429; DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Esi, Napoli, 2002, 86 ss. *Contra* ROMEI, *Azienda, impresa, trasferimento*, GDLRI, 2003, 49 ss. il quale afferma che una prospettiva autonomistica non convince appieno. L'A. sostiene, infatti, che l'ampliamento dell'ambito di applicazione dell'attuale art. 2112 c.c. oltre i confini del trasferimento dell'azienda, non impone affatto la individuazione di una nozione di trasferimento di azienda di marca esclusivamente lavorista.

interessi, a seconda del modo in cui essi, di volta in volta, si prospettano. E, in coerenza con questo atteggiamento, è stata adottata una disciplina variabile da caso a caso, che sfugge quindi ad ogni sforzo di inserirla negli schemi di una struttura concettuale costante: la nozione di azienda è dunque essenzialmente relativa, relatività in ordine ai vari possibili piani sui quali essa rileva.

Ecco perciò che nella consapevolezza di non poter approdare ad una definizione di valenza generale, nella normativa nazionale è stata introdotta una nozione di azienda complessa, di matrice commercialistica, che da un lato riprende la definizione di impresa e, dall'altro, argina possibili equivoci che richiamerebbero l'orientamento comunitario inaugurato con la sentenza *Schmidt*, e ciò è fatto attraverso il richiamo a due requisiti: la preesistenza dell'attività economica ed il mantenimento della identità della stessa successivamente al trasferimento.

È convinzione di chi scrive che la definizione prospettata dal legislatore nazionale nel c. 5° dell'art. 2112 c.c. sia riconducibile alla nozione commercialistica di azienda, dotata di una propria elasticità. Tale assunto è dimostrabile attraverso una lettura sistematica della disposizione in esame. Si ritiene, detto in altri termini, che la disciplina di cui all'art. 2112 c.c. contenga già *in nuce* gli elementi costitutivi dell'azienda, rappresentati appunto, dalla preesistenza, dall'organizzazione e, in minor misura dal mantenimento dell'identità. In altri termini, già nella novella del 2001 la introduzione del requisito della preesistenza non avrebbe dimostrato un carattere innovativo, ma ricognitivo di un attributo essenziale del complesso aziendale.

Peraltro la disamina di ciascun requisito dovrà passare anche attraverso un confronto con l'uso che degli stessi viene fatto nella definizione del trasferimento di ramo di azienda. "Preesistenza" e "mantenimento dell'identità" sono requisiti che infatti concorrono anche a meglio definire "*l'articolazione funzionalmente autonoma*" che integra la fattispecie della

parte di azienda oggetto di trasferimento, o meglio che la connotava dopo le modifiche apportate dal D. Lgs. 18/2001 e prima dell'entrata in vigore del D. Lgs. 276/2003, che ha plasmato la definizione di ramo d'azienda, sopprimendo proprio i due sopra citati requisiti.

Quello che qui ci interessa, riguarda i risultati del confronto della definizione di parte con quello dell'intera azienda, che dovranno confluire nella più ampia indagine della definizione del complesso aziendale.

Sarà inoltre opportuno indagare anche sulle conseguenze delle modifiche da ultimo apportate nel 2003 all'art. 2112 c.c. rispetto alla nozione di azienda - la quale ha visto da un lato, l'aggiunta dell'inciso "*in seguito a cessione contrattuale o fusione*" dirette a specificare le operazioni di cessione e, dall'altro, la soppressione dell'inciso "*al fine della produzione e dello scambio di beni o servizi*" - e di "*ramo d'azienda*".

2.4. Trasferimento d'azienda: trasferimento di una organizzazione produttiva

Tornando al rapporto tra impresa ed azienda, *file rouge* che lega i due istituti e che infatti torna nella definizione che viene data di ciascuno di essi, è costituito "*dall'organizzazione*", aggettivo posto accanto "*all'attività*" per quanto riguarda l'impresa, mentre con riferimento all'azienda vale a meglio qualificare il complesso dei beni.

Come non è concepibile attività senza programmazione della serie di atti in cui essa si sviluppa, così non è postulabile un'attività di impresa senza l'impiego coordinato di fattori produttivi propri o altrui. L'organizzazione si concretizza nella serie di collegamenti funzionali del complesso di beni e di rapporti di lavoro stabili¹³³. Come sottolineato nella stessa sentenza

¹³³ Lo stesso Buonocore, *Il nuovo testo dell'art. 2112 c.c. ed il trasferimento di un ramo d'azienda*, *GComm*, 2003, 313 ss. acutamente osserva che "*l'elemento organizzativo, al di là dell'oggetto dell'organizzazione che resta pur sempre quello dei fattori della produzione, è forse l'unico, fra tutti gli elementi costitutivi dell'impresa, in relazione al*

*Temco*¹³⁴, in relazione al tipo di attività o settore economico o in funzione dei metodi di produzione dell'impresa, anche un insieme di rapporti funzionalmente collegati e destinati alla realizzazione di un'attività, se adeguatamente coordinato, può integrare un ramo di azienda autonomo¹³⁵.

Orbene, il riferimento al concetto di organizzazione rappresenta la costante nelle più importanti norme in tema di impresa ed in particolare delle norme che segnano i momenti qualificanti della disciplina, come, con riguardo all'attività, quelle contenute negli artt. 2082, 2083 e 2270 c. 3° c.c. e, con riferimento ai contratti di impresa, nell'art. 1655 c.c., che definisce l'appalto.

Il ricorrere di questo elemento suggerisce l'idea dell'essenzialità dell'organizzazione per ogni tipo di impresa: per produrre e per scambiare beni e servizi occorrono mezzi patrimoniali da impiegare, persone che lavorino e l'imprenditore che coordini i tradizionali fattori della produzione, ovvero capitale proprio e lavoro altrui.

Non bisogna, tuttavia, lasciarsi suggestionare da formule particolarmente evocative, perché – lo si è accennato nel capitolo I - oggetto del trasferimento non è l'organizzazione in sé considerata, che rappresenta

quale il giurista non è padrone assoluto in argomento e che, dal punto di vista tecnico – giuridico, ha un valore relativo perché indefettibilmente dipendente dall'evolversi di altri comparti disciplinari – basterà pensare al progresso tecnologico in tema di metodi e sistemi di produzione di beni e servizi – ovvero dalla nascita di nuovi comparti merceologici”.

¹³⁴ C.G.C.E. 24 gennaio 2002, C 51/00, *Temco Service Industries v. Samir ed altri, D&L*, 2002, 57 ss.

¹³⁵ Analogamente, v. Cass. 30 dicembre 2003, n. 19842, “*non basta una mera e occasionale aggregazione di persone dipendenti all'interno di diverse e variegate strutture aziendali, ma occorre l'esistenza di un collegamento stabile e funzionale delle loro attività, costituito appunto dall'organizzazione, la quale costituisce perciò un legame, ovvero il valore aggiunto, al punto che, piuttosto che parlare di trasferimento d'azienda, sembra più appropriato parlare di trasferimento d'impresa, rilevando il dato dinamico e funzionale come essenziale*”. Nello stesso senso la Corte si è pronunciata sul caso Alcatel nella sentenza del 23 luglio 2002, n. 10702, *FI*, 2002, I, 2278, affermando che si deve considerare come attività economica suscettibile di figurare come oggetto di trasferimento “*anche i soli lavoratori, che per essere stati addetti ad un ramo dell'impresa e per aver acquisito un complesso di nozioni e di esperienza, siano capaci di svolgere autonomamente, quindi senza il supporto di beni materiali, le proprie funzioni*”.

piuttosto una caratteristica di un complesso di beni o di un'attività, non invece un fattore che si inserisce nel ciclo produttivo¹³⁶.

Si dissente infatti da quella autorevole dottrina che a partire da Ferrara jr sino – così parrebbe di intuire – a Buonocore¹³⁷, aveva iniziato ad attribuire un *plus* valore all'organizzazione, fino a far assumere alla stessa i caratteri di elemento del complesso aziendale, dotata di una propria dimensione, reale ed autonoma, tale da consentirne una esistenza al di fuori del soggetto, per servire successivamente all'attività di soggetti diversi.

Senza voler riproporre le critiche mosse a questa impostazione e per le quali si fa rinvio a quanto detto nel capitolo precedente, ci si limita in questa sede a ricordare che non è possibile oggettivizzare in un autonomo bene ciò che in realtà non è che un rapporto tra oggetti, un tipico concetto di relazione.

Questo non significa peraltro voler sminuire ciò che possiamo qualificare e che d'ora in poi definiremo come un vero e proprio “valore”, tolto il quale i singoli elementi del complesso aziendale verrebbero ridotti ad un mero agglomerato di beni.

L'organizzazione dei fattori produttivi incide non solo nella fase relativa alle modalità di reperimento degli stessi, ma anche nel successivo momento di gestione all'interno del complesso aziendale. Ecco perciò che in relazione alla dinamicità del continuo progresso che interessa entrambi i momenti,

¹³⁶ Con questa precisazione trova conferma quanto sopra si è osservato, ovvero che l'attività economica può essere anche la risultante di un complesso di rapporti di lavoro e non solo di un complesso di beni; ma anche l'attività dei singoli e cioè le singole prestazioni di lavoro, debbono essere tra loro organizzate, cioè funzionalmente collegate tra loro, in modo tale che il loro collegamento rappresenti qualcosa di aggiuntivo rispetto alle singole prestazioni considerate isolatamente, così come, ai sensi dell'art. 2555 c.c., il complesso di beni organizzato rappresenta qualcosa di più rispetto ai beni singolarmente considerati. Il valore del concetto di ‘organizzazione’ viene ben precisato da ROMEI, *Azienda, impresa, stabilimento, RIDL*, 2003, 97, 57.

¹³⁷ Anche OPPO, *Diritto dell'Impresa*, in *Scritti giuridici*, Cedam, Padova, I, 1992, afferma che “*l'organizzazione è una ulteriore componente, certo strutturalmente e funzionalmente collegata alla prima nella realtà giuridica globale dell'impresa, ma essa stessa dotata di una propria realtà e come tale oggetto di propri riferimenti normativi, tanto nell'aspetto di organizzazione patrimoniale quanto in quello di organizzazione personale. L'organizzazione è creata per l'attività e serve all'attività: ma mentre l'attività è identificabile solo come propria di un soggetto o di un centro di imputazione, l'organizzazione, una volta creata, ha esistenza oggettiva fuori del soggetto e può servire successivamente all'attività di soggetti diversi*”.

non è più possibile distinguere ciò che è normale da ciò che è invece essenziale dell'organizzazione. Detto in altri termini, non pare più attuale la distinzione dottrinale tracciata tra l'oggetto normale dell'organizzazione che consiste nella creazione di un apparato produttivo stabile, formato da persone e da beni strumentali, rispetto a ciò che è invece essenziale affinché una data attività produttiva possa dirsi organizzata in forma di impresa. Non è inoltre necessario che l'attività organizzativa dell'imprenditore si concretizzi nella creazione di un apparato strumentale fisicamente percepibile. È ben vero che non vi può essere impresa senza l'impiego di mezzi materiali, ma questi possono ben ridursi al solo impiego di mezzi finanziari propri o altrui. Né si può affermare che in tali casi manchi una organizzazione di tipo imprenditoriale solo perché manca un apparato aziendale composto di beni mobili o immobili. La variabilità dei singoli elementi è compatibile con la persistenza della azienda solo in quanto non faccia venir meno l'idoneità del complesso alla realizzazione della finalità produttiva a cui i beni sono destinati e quindi la stessa organizzazione aziendale.

L'azienda consiste infatti in una pluralità di beni fisicamente distinti, ma funzionalmente coordinati in vista di una destinazione produttiva unitaria tipica (e cioè l'esercizio di una impresa). In questo senso l'organizzazione oltre a qualificare i beni aziendali, rappresenta altresì il criterio di delimitazione o identificazione degli stessi, appartenendo all'azienda solo i beni organizzati.

L'organizzazione non si dissolverebbe nell'attività, ma si collegherebbe ad essa. Dunque è necessario che l'attività economica sia qualificata in termini di organizzazione¹³⁸.

¹³⁸In questo senso anche Trib. di Milano, 27 giugno 2002, laddove si precisa che la scriminante tra cessione d'azienda e di singoli beni aziendali è certamente costituita dall'elemento dell'organizzazione e, quindi, della idoneità del complesso organizzato a costituire utile e compiuto strumento d'impresa, ancorché non sia necessario che il complesso aziendale sia attualmente (al momento della cessione) produttivo. Peraltro, il ramo d'azienda, come complesso organizzativo, è configurabile anche quando manchi o sia

2.5. Una prospettiva esegetica comparata: la nozione di ramo d'azienda

2.5.1. Il profilo della preesistenza: dell'attività economica e dell'articolazione funzionalmente autonoma

Intento della presente ricerca, come più sopra precisato, ai fini della connotazione in termini “aziendalistici” dell'attività economica organizzata, è indagare l'accezione assunta dal concetto di “preesistenza”, unitamente al “mantenimento dell'identità” - per la cui analisi si rinvia al paragrafo successivo – ricorrenti sia nella nozione dell'intera azienda che in una parte. Il legislatore nazionale, nell'introdurre nella definizione normativa il requisito della preesistenza, ha per questa via voluto sinteticamente recuperare il concetto di azienda, che era stata persa proprio privilegiando l'introduzione nell'art. 2112 c.c. della perifrasi che richiama invece il concetto di impresa.

Ancora più che per l'altro dei requisiti (ovverosia il mantenimento dell'identità) la preesistenza dell'attività economica è un connotato che può essere meglio considerato in relazione al trasferimento di parte d'azienda, laddove si richiede che l'articolazione funzionalmente autonoma deve preesistere al trasferimento. I risultati cui si perverrà in questa sede, potranno essere trasposti agevolmente anche all'intera azienda, per quanto è opinione della scrivente che il *discrimen* tra azienda e parte di azienda debba essere solo di carattere quantitativo. Con un'unica doverosa precisazione: difficilmente, infatti, ciascuna unità produttiva in cui si articola l'azienda, può essere dotata, per ragioni logistiche e di contenimento dei costi, di una autonomia tale da renderla globalmente autosufficiente nella sua struttura organizzativa rispetto all'intero comparto produttivo, ovvero in grado di funzionare in modo totalmente autonomo.

ridotto ai minimi termini l'elemento patrimoniale e l'organizzazione abbia ad oggetto quasi esclusivamente la manodopera, come spesso accade nella produzione di servizi.

Sotto questo punto di vista il requisito dell'autonomia si riferirebbe perciò alla produzione in senso stretto del bene o del servizio o della funzione, e non all'assenza di una connessione con la restante parte di organizzazione. Occorre poi riconoscere che non si richiede che il risultato finale di tale articolazione sia lo stesso dell'attività economica organizzata. Ritenendo che i connotati dell'articolazione funzionalmente autonoma siano la coesione funzionale¹³⁹ e organizzativa dei beni e rapporti giuridici e non anche l'autonomia gestionale, amministrativa, commerciale, del risultato produttivo, ne consegue che i servizi, pur non costituenti rami d'azienda, possono essere considerate sue parti, in quanto assolvono funzioni organizzative, idonee a produrre un servizio collocabile sul mercato secondo un suo valore economico¹⁴⁰.

¹³⁹ CESTER, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, LG, 2001, 507; MARESCA, *Le novità del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, ADL, 2001, 587; SANTORO PASSARELLI, *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, AA VV, *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa. Commento al D.Lgs. 18/2001*, (a cura di) SANTORO PASSARELLI – FOGLIA, Milano, Ipsoa, 2002; CESTER, *Le novità in materia di trasferimento di ramo d'azienda*, (a cura di) CARINCI, MISCIONE, *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al disegno di legge delega 2002*, Milano, 2002, 26

¹⁴⁰ MARESCA, *Le novità del legislatore nazionale in tema di trasferimento d'azienda*, ADL, 2001, 593. In tal caso la Cassazione si era pronunciata nel senso di ritenere che l'azienda è il "complesso di beni caratterizzato da un residuo organizzativo che ne dimostri l'attitudine all'esercizio dell'impresa" (Cass. 16 ottobre 1996 n. 9025, OGL, 1997, 1444). Nell'occasione, il trasferimento di una singola unità produttiva, dei mezzi e delle strutture già esistenti, ad una nuova impresa che utilizzava gli stessi locali e lo stesso personale, non è stato ritenuto sufficiente per provare l'esistenza di un complesso di beni, unificato dalla volontà del datore di lavoro in vista dello scopo produttivo organizzato, in quanto si trattava di alienazioni parziali di singoli o più elementi di quel tutto organico, privi di qualsiasi unificazione funzionale. Analogamente la Suprema Corte aveva ravvisato una cessione di meri immobili e non una fattispecie di trasferimento d'azienda, in riferimento a vicende relative al sequestro giudiziario degli stabilimenti di estrazione delle acque minerali delle sorgenti Fiuggi, di cui il Comune di Fiuggi è concessionario perpetuo. La Cassazione (Cass. 17 marzo 1993, n. 3148, RIDL, 1994, 413) ha confermato la sentenza impugnata, la quale aveva ritenuto che il provvedimento di sequestro riguardava non un ramo d'azienda, ma meri immobili, costituiti dalle terme e dallo stabilimento di imbottigliamento. La vicenda di affidamento, con provvedimento giudiziale, della utilizzazione di tali beni prima alla stessa impresa che in forza di un contratto di locazione li aveva inseriti nella sua azienda, poi ad un'altra "azienda speciale" appositamente costituita dal comune di Fiuggi, non era giuridicamente configurabile come trasferimento d'azienda (Cass. 23 agosto 1996, n. 7771).

Si può perciò configurare un trasferimento d'azienda soltanto quando oggetto del trapasso giuridico sia l'azienda, considerata, secondo il disposto dell'art. 2555 c.c., quale complesso di elementi organizzati per l'esercizio dell'impresa. E di organizzazione o complesso organico può parlarsi solo quando non si tratti di una semplice somma di beni destinati all'esercizio dell'impresa, ma di un complesso di beni costituenti un insieme organico e funzionalmente adeguato a conseguire l'intento produttivo per cui la coordinazione di essi è stata posta in essere.

La Suprema Corte di Cassazione, in particolare pronunciandosi sul parziale epilogo delle controversie giudiziarie che hanno coinvolto i processi di esternalizzazione attuati dalla Ansaldo S.p.a. – Energie, ha dato vita a due contrapposti orientamenti inerenti la definizione del ramo oggetto del trasferimento¹⁴¹.

Un primo orientamento¹⁴² identifica il ramo d'azienda nella preesistenza di un nucleo minimo dotato di autonomia operativa e finanziaria, idoneo a giustificare l'unificazione funzionale della parte di azienda ceduta. Dovendo possedere date caratteristiche, il ramo deve, quindi, preesistere alla vicenda traslativa, nel senso che già prima deve essere identificabile ed idoneo a funzionare autonomamente, senza, peraltro, che tale requisito venga a mancare solo perché il ramo viene integrato da altri elementi, una volta inserito nella complessiva azienda dell'acquirente. La Corte, virando a

¹⁴¹ Va fin da subito precisato che i giudici di legittimità, pur non tacendo l'esistenza delle modifiche apportate all'art. 2112 c.c. dal D.Lgs. 18/2001, nel decidere il caso di specie si sono dovuti confrontare con la disciplina previgente e quindi, con la sua lacuna normativa.

¹⁴² Cass. 23 ottobre 2002, n. 14691 e Cass. 25 ottobre 2002 n. 15105, entrambe in *GL*, 2002, 47 e 15; Cass. 14 dicembre 2002 n. 17919, *LG*, 2003, 580; Cass. 13 gennaio 2005, n. 493, *RIDL*, 2005, I, 957; Cass. 4 dicembre 2002, n. 15707, *DML*, 394. Nello stesso senso Cass. 30 dicembre 2003 n. 19842; Cass. 10 gennaio 2004 n. 206, Cass. 22 marzo 2006, n. 8017; Cass. 17 giugno 2005, n. 20012; Cass. 17 ottobre 2005, n. 206; Cass. 16 ottobre 2006, n. 221259, Cass. 6 giugno 2007, n. 13270; Cass. 2 maggio 2006, n. 10108. Cfr. i due opposti orientamenti sulla medesima fattispecie in Pret. di Milano 16 settembre 1998 e Pret. di Genova 22 ottobre 1998, *RIDL*, 1999, 416 e *ADL*, 1998, 1010: la prima sentenza riconosce nella fattispecie una cessione di ramo di azienda, poiché le attività cedute avrebbero conservato un'identità dopo il trasferimento e quindi ritiene applicabile l'art. 2112 c.c.; la seconda, invece, individua nella fattispecie una mera operazione di esternalizzazione, di per sé irrilevante per il diritto del lavoro, né produttiva di effetti sulla manodopera coinvolta.

favore di un chiaro richiamo alla nozione di azienda quale riportata dall'art. 2555 c.c., si oppone ad una assimilazione del concetto di successione dell'impresa - quale desumibile da un maggioritario orientamento della giurisprudenza comunitaria - a quello nazionale di azienda.

Altra dottrina, in disaccordo con le conclusioni cui è pervenuto il giudice di legittimità, pone l'attenzione sulla circostanza che la Suprema Corte, nel pronunciarsi sulla controversia, abbia compiuto un viaggio a ritroso, rifacendosi ad una giurisprudenza che configurava un ramo d'azienda solo nel caso che i beni, materiali e immateriali, fossero unificati e organizzati allo scopo di impresa già presso il cedente. Questo ritorno al passato, se da un lato garantisce i lavoratori dal rischio di eventuali abusi da parte del datore di lavoro, dall'altro offre una soluzione, che pare per altro verso carente se confrontata con le molteplici ipotesi di cessione di una funzione priva di elementi materiali, fenomeni dai quali aveva avuto origine una giurisprudenza, sia interna che comunitaria, tesa a rendere maggiormente elastica la nozione di ramo d'azienda.

In questo senso si è mosso un diverso orientamento della Suprema Corte¹⁴³ che ha accolto una nozione di ramo di azienda dotata di maggiore flessibilità, secondo una impostazione sensibile agli influssi giurisprudenziali comunitari. In tal modo la sentenza non tratta la questione dell'efficacia del diritto comunitario nell'ordinamento interno, ritenendo sussistere una piena coincidenza tra i due sistemi, sia sotto il profilo

¹⁴³ Cass. 22 luglio 2002, n. 10701 e Cass. 23 luglio 2002, n. 10761, entrambe in *MGL*, 2002, p. 770 ss. L'ultima sentenza citata, pur ripercorrendo vicende giudiziarie analoghe a quelle che vedono coinvolta l'Ansaldo Energie, riguarda la società Alcatel. Nella specie, la società Alcatel, nel cedere a un'altra i servizi di manutenzione e calibrazione degli strumenti e ad altra società quello di manutenzione e ristrutturazione degli impianti, configurando queste operazioni come cessioni di ramo d'azienda, aveva trasferito i contratti di lavoro dei dipendenti addetti ai suddetti servizi. Questi ultimi, prospettando nell'intervenuta vicenda un licenziamento, di fatto intimato dalla cedente con la cessione dei rapporti di lavoro avvenuta senza il loro consenso, impugnavano la risoluzione dei rapporti così disposta, chiedendo l'accertamento della prosecuzione dei rapporti medesimi presso la società Alcatel. Con la sopra citata sentenza è stata confermata la sentenza di Appello, che aveva rigettato i ricorsi presentati dai lavoratori, soccombenti già in primo grado. Analogamente v. anche Cass. 7 dicembre 2006, n. 26215, *GL*, 7, 2007, 68; Cass. 2 ottobre 2006, n. 21287, *FI*, 2007, 106, con nota di COSIO.

ermeneutico, che per quanto attiene le finalità garantistiche sottese all'art. 2112 c.c.¹⁴⁴ La Corte pone l'accento su una nozione di ramo d'azienda dotata di una autonomia potenziale¹⁴⁵ e dematerializzata e che cioè, *“in linea con un assetto produttivo diretto a dare sempre maggior rilevanza alla capacità professionale e alle conoscenze tecniche dei lavoratori, consideri l'attività economica suscettibile di figurare come oggetto di detto trasferimento anche i soli lavoratori, che per essere stati addetti ad un ramo d'impresa e per aver acquisito un complesso di nozioni e di esperienza, siano capaci di svolgere autonomamente, quindi anche senza il supporto di beni materiali, le proprie funzioni anche presso il nuovo datore di lavoro”*. È dunque l'organizzazione dei mezzi di produzione, più che il loro spessore materiale, l'elemento decisivo del trasferimento ai sensi dell'art. 2112 c.c. Inoltre la normativa risulta in tal modo più conciliabile con le “ragioni dell'economia”, includendo nel suo ambito di applicazione anche funzioni accessorie rispetto al ciclo produttivo dell'azienda.

2.5.2. La conservazione dell'identità nel momento del trasferimento

Al fine di meglio procedere ad una compiuta analisi del requisito costituito dalla conservazione dell'identità dell'entità oggetto di cessione, è opportuno fornire alcuni chiarimenti utili all'indagine.

¹⁴⁴ Secondo STANCHI, *Trasferimento di ramo d'azienda tra disciplina previgente e novella*, GL, 2002, 47, 15, mentre l'originaria norma dell'art. 2112 c.c. era finalizzata a regolare la circolazione dell'impresa, con applicazione specifica relativa al rapporto di lavoro, la direttiva comunitaria ha il solo scopo di tutelare la continuità dei rapporti di lavoro al fine di evitare la disoccupazione. Scopo che è giudicato, nella normativa europea essere protetto dalla continuità dell'impresa, garantita da una quanto più dilatata nozione di entità economica oggetto di cessione.

¹⁴⁵ Si aggiunga che ciò che nella giurisprudenza e nella dottrina lavorista viene definito come bene potenzialmente idoneo all'esercizio dell'impresa, costituisce una espressione che connota una particolare ipotesi della teoria dell'azienda, ovvero quella “dell'azienda inerte”, cioè di un complesso di beni organizzati per l'esercizio dell'impresa che però non sia ancora stato concretamente utilizzato a questo fine.

In primo luogo il requisito della conservazione dell'identità, prima presente anche nella definizione di parte di azienda, oggi connota invece sola la definizione dell'intera azienda.

In secondo luogo il “*mantenimento dell'identità*” viene riferito al solo momento del trasferimento, mentre nulla è specificato in relazione alla nozione comunitaria, nella quale viene solo precisato che l'entità economica organizzata deve mantenere la propria identità, senz'altro aggiungere per quanto riguarda il momento causale e temporale.

Ciò posto, molteplici sono le questioni che si pongono all'attenzione dell'interprete, la prima delle quali riguarda l'interpretazione di tale indice, laddove si considera che esso rappresenta uno dei “paletti” posti dal legislatore per l'identificazione del ramo oggetto di cessione, tuttavia che identica valenza (ma diversa funzione), viene dallo stesso rivestita nell'ambito della cessione dell'intera azienda.

Sul punto la dottrina si è divisa, da un lato ritenendo che vi può essere trasferimento di azienda, o di un suo ramo, solo nel caso in cui l'imprenditore cessionario prosegua l'esercizio della stessa attività svolta dal cedente, dall'altro considerando irrilevante, ai fini della configurabilità della fattispecie, il modo in cui il cessionario dispone del ramo ceduto¹⁴⁶.

La prima soluzione potrebbe essere percorribile ove venisse accertato che oggetto del trasferimento è l'attività. A ben vedere, peraltro, l'attività - in senso stretto - non è un bene trasferibile negozialmente, in quanto l'impresa può essere esercitata solo a titolo originario. Se infatti con attività s'intende

¹⁴⁶ Sul punto, DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni*, op. cit., 31, il quale, dando rilevanza al momento causale, ritiene che il requisito della conservazione dell'identità debba sussistere “*solo nell'atto del trasferimento*”. Analogamente, MARESCA, *Le “novità” del legislatore nazionale*, cit., p. 612; DELLA ROCCA, *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, cit., p. 591; CIUCCIOVINO, *La disciplina del trasferimento d'azienda*, cit., p. 99; in senso parzialmente contrario, SANTORO PASSARELLI, *Sulla nozione del trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c.*, FI, 2000, I, 1962, secondo il quale “*il cessionario potrà utilizzare il complesso trasferito non per lo svolgimento di qualsiasi attività, ma soltanto per l'esercizio di attività già svolte nell'impresa o nella parte di impresa, o se si preferisce, del ramo ceduto, altrimenti non avrebbe senso affermare che l'oggetto del trasferimento deve consistere in un'entità economica che conserva la propria identità*”.

un insieme coordinato di atti, secondo quella che è l'accezione tecnico - giuridica del termine, deve concludersi che un imprenditore può "succeedere" nell'attività ad un altro solamente nel senso che avvia, magari con la medesima organizzazione che ha acquistato, un'attività analoga a quella svolta dal primo imprenditore, seppur nuova. La Suprema Corte, in alcune isolate pronunce, aveva richiesto che la cessione avesse ad oggetto un'entità economica ancora esistente che, col trasferimento, conservasse la propria identità, il che poteva desumersi, in particolare, dalla circostanza che l'acquirente ne avesse effettivamente proseguito l'esercizio con attività economiche identiche o analoghe a quelle dell'alienante¹⁴⁷. Veniva in tal modo ripreso il principio enunciato dalla giurisprudenza comunitaria, emerso soprattutto nelle sentenze *Schmidt* e *Merckx*, della necessità che la gestione dell'entità economica fosse effettivamente proseguita o ripresa dal nuovo titolare, con l'esercizio delle stesse attività economiche o di altre analoghe, indipendentemente dal passaggio di mezzi organizzati, materiali o immateriali.

In senso opposto e ponendosi in tal modo sulla scia delle conclusioni cui è pervenuta la più recente sentenza *Suzen*, si è pronunciata la Corte di Cassazione¹⁴⁸, in relazione alla fattispecie di cessione di una pluralità di un complesso organizzato di beni tra due aziende di distribuzione cinematografica. Nel caso di specie, i beni materiali e non, erano stati riorganizzati dall'acquirente in modo differente rispetto ai beni e alle attività della cedente. Nel cassare la sentenza del Tribunale di Roma, la Corte d'Appello ha precisato che *"pretendere come elemento della cessione di azienda che la parte ceduta, quando viene inserita, come nel caso di specie, in un più vasto complesso della stessa attività commerciale, conservi la sua autonomia, costituisce un plus non previsto né esplicitato dalla norma (art. 2555 c.c. e art. 2112 c.c.) né implicitamente contenuto in essa; costituisce*

¹⁴⁷ Cass. 20 agosto 1992, n. 9706, *NGL*, 1993, 386; Cass. 16 ottobre 1996, n. 9025, *NGL*, 1997.

¹⁴⁸ Cass. 8 gennaio 1991, n. 67, *MGL*, 1991, 78.

altresì un'anomalia sul piano industriale e commerciale il ritenere che l'imprenditore, dovendo sempre svolgere la medesima attività, tenga separati senza alcuna necessità i beni acquisiti con la cessione"¹⁴⁹.

In altre parole, il mantenimento dell'identità del complesso ceduto viene circoscritto al momento del trasferimento. Il nuovo titolare può, quindi, integrare l'insieme dei beni trasferiti con ulteriori fattori produttivi, ma in tal caso i fattori mancanti non devono essere tali da alterare l'unità economica e funzionale del complesso aziendale. Ciò che rivela il mantenimento dell'identità della struttura produttiva è proprio la conservazione del livello di organizzazione nelle sue possibili diverse manifestazioni, senza la necessità che sia proseguita *tout court* l'attività del cedente.

2.5.3. Art. 32 D.Lgs. 276/2003: sopravvivenza del requisito del mantenimento dell'identità e della preesistenza solo per l'intera azienda?

La definizione dell'oggetto del trasferimento di parte d'azienda, così come plasmata dal legislatore del 2003, è ora individuata in *“un'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del trasferimento”*¹⁵⁰.

¹⁴⁹ In questo senso ed in termini non del tutto convincenti anche Cass. 10108/2006, in cui si afferma che non è considerato illecito ed in frode alla legge il contratto di cessione dell'azienda ad un soggetto che, per le sue caratteristiche imprenditoriali ed in base alle circostanze del caso concreto, renda probabile la cessazione dell'attività produttiva e dei rapporti di lavoro, non essendo la validità della cessione condizionata alla prognosi favorevole della continuazione dell'impresa.

¹⁵⁰ In un primo tempo, nel disegno di legge delega in materia di riforma del mercato del lavoro n. 848 del 2003 (art. 1, comma 2, lett. j), era prevista la drastica eliminazione del requisito dell'autonomia funzionale del ramo di azienda preesistente al trasferimento. Si è poi tornati sui propri passi con il Patto per l'Italia del 5 luglio 2002, facendo tornare in vita l'autonomia funzionale, la quale doveva, però, sussistere limitatamente al momento del trasferimento. In altri termini si è ritenuto che il requisito dell'autonomia del ramo d'azienda dovesse necessariamente ricorrere al momento del trasferimento, senza dovere preesistere: previsione questa contraria a quanto sancito nel testo del D.Lgs. n. 18 del 2001 e confermato dalla legge delega n. 30 del 2003. Sul punto CESTER, *Il trasferimento d'azienda e di parte d'azienda fra garanzia per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione della direttiva comunitaria è conclusa?*, (a cura di) M.T.

Le modifiche apportate riguardano due punti fondamentali, ovvero l'eliminazione del requisito della "preesistenza" e del "mantenimento dell'identità" al momento del trasferimento e l'assegnazione alla concorde volontà del datore di lavoro, cedente e cessionario, del compito di individuare nel momento del trasferimento ciò che deve essere ceduto. I citati requisiti permangono invece quali elementi caratterizzanti l'attività economica organizzata, intesa come azienda nel suo complesso.

Ecco perciò, che in conseguenza del nuovo assetto assunto dall'art. 2112 c.c., oggi viene a mancare ciò che prima risultava utile in una prospettiva di comparazione tra parte ed intera azienda, ai fini della miglior comprensione ed identificazione della nozione dell'azienda stessa.

Si ritiene perciò necessaria una sintetica disamina dei risultati cui è pervenuto il legislatore del 2003, allo scopo di valutare se sia ancora opportuno ed in che misura proseguire nella predetta comparazione.

La norma così come novata, infatti, impone all'interprete di chiedersi preliminarmente se il requisito della preesistenza rappresenti una condizione meramente aggiuntiva della fattispecie e, in quanto tale, sia stata legittimamente eliminata, oppure non ne integri un elemento costitutivo, rispetto al quale la precedente formulazione normativa esercitava una mera funzione confermativa. Questo implica anche considerare, nel contesto più ampio della riforma, quale accezione abbia assunto "l'articolazione funzionalmente autonoma" e quali siano i suoi attributi minimi.

Divergenti sono le opinioni dottrinali a riguardo.

CARINCI, CESTER, *Somministrazione, comando, distacco, appalto, trasferimento d'azienda*, Coordinato da F. CARINCI, Milano, Ipsoa, 2004, 271. In generale, sul rilievo che il meccanismo tipizzato dal legislatore (specie con riferimento alla riforma dell'art. 2112 c.c. per effetto della normativa comunitaria) NAPPI, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, Esi, Napoli, 1999, che incisivamente rimarca quanto già ravvisato in dottrina (specie MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Milano, 1980, 93 ss.) in merito alla *ratio* dell'intervento legislativo, almeno dal momento dell'introduzione della disciplina limitativa dei licenziamenti "individuata nella tutela dei diritti dei lavoratori coinvolti nelle vicende traslative del complesso aziendale, relegando ad un ruolo marginale l'originaria finalità della norma, tralattivamente ricondotta all'esigenza di conservare l'integrità aziendale al fine di facilitarne la circolazione".

L'eliminazione – per il ramo e non anche per l'intera azienda – del requisito della preesistenza, è stata accolta favorevolmente da una parte della dottrina¹⁵¹, pur con diverse sfumature.

L'intento del legislatore del 2001, attraverso la c.d. tecnica del divieto preventivo¹⁵², costituita dalla verifica della sussistenza nel caso concreto dei due requisiti previsti nella previgente normativa, era indirizzato ad impedire che segmenti organizzati tra loro diversi ed eterogenei potessero essere assemblati dall'imprenditore e considerati unitariamente, ovvero come azienda, al fine del trasferimento.

Partendo da detta prospettiva, questa parte della dottrina afferma che l'effetto prodotto sotto la previgente disciplina era stato quello di rendere incerta la legittimità di alcune operazioni di esternalizzazione. Infatti raramente un segmento produttivo di una organizzazione complessa può definirsi autonomo, dal momento che sussistono sempre delle interrelazioni più o meno forti con le funzioni aziendali della restante organizzazione, quali per esempio quelle amministrative e commerciali¹⁵³. Di qui prendeva l'avvio la necessità di modificare la definizione della disciplina ritenuta eccessivamente rigida ed ostativa.

Per questi motivi, secondo tale impostazione, l'autonomia deve essere valutata al di fuori dell'impresa del cedente, ovverosia nel momento del trasferimento, *“al netto dei supporti di tipo amministrativo, commerciale,*

¹⁵¹ CASALE, *Trasferimento d'azienda e appalti tra Corte Comunitaria e legislatore nazionale*, LG, 2004, 27 ss.. Nel senso che *“la versione attuale, rispetto alle precedenti [...] ha perso parte del dirompente effetto che avrebbe potuto produrre”* DI NUNZIO, *Vincoli e opportunità per le imprese nell'accesso alle diverse tipologie contrattuali dopo la Riforma Biagi: una rassegna critica*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro: prime interpretazioni e proposte di lettura del D.Lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, *il diritto transitorio e i tempi della riforma*, Giuffrè, Milano, 2004; RUSSO, *Le modifiche all'art. 2112 del codice civile in materia di trasferimento d'azienda*, in *ibidem*.

¹⁵² RUSSO, *Le modifiche all'art. 2112 del codice civile in materia di trasferimento d'azienda*, in TIRABOSCHI (a cura di), *Commentario al D.Lgs. 276/2003*, Giuffrè, 2004, p. 231.

¹⁵³ AA. VV., *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in DE LUCA TAMAJO (a cura di), *I processi di esternalizzazione: opportunità e vincoli giuridici*, Esi, Napoli, 2002; ROMELI, *Azienda, impresa, trasferimento*, DLRI, 2003, 97.

*logistico preesistenti*¹⁵⁴, quando cioè il ramo, scorporato dal contesto economico produttivo nel quale risultava confuso, venga in rilievo come attività economica autonoma, in grado di essere esercitata anche in mancanza di quelle interdipendenze cui era in precedenza legata. In altri termini, bisogna evitare la semplicistica conclusione secondo cui tutto ciò che inerisce al ciclo produttivo tipico ed originario di un'impresa sia coeso ed inscindibile. Una simile impostazione, trascurerebbe infatti di considerare che l'accezione di ciclo produttivo è del tutto convenzionale, in quanto mutevole e aperta alle più diverse operazioni organizzative.

Quanto detto porterebbe ad escludere la possibilità di distinguere solo sotto il profilo quantitativo il ramo d'azienda dall'azienda considerata nel suo complesso; si tratterebbe piuttosto di interpretare le due fattispecie secondo distinte modalità¹⁵⁵.

Sempre seguendo detta impostazione, il criterio per individuare l'articolazione funzionalmente autonoma di un complesso imprenditoriale, dovrebbe dunque sussistere nella qualificazione di una attività come capace di generare profitto; attributo che può predicarsi sia di un complesso di beni che di un gruppo di lavoratori in possesso di determinate conoscenze, dedicato in modo stabile ad un'attività organizzata destinata al mercato. Peraltro tale orientamento, trova conferma nella tesi prospettata da alcune pronunce della Cassazione¹⁵⁶, che ritiene sufficiente la mera attitudine

¹⁵⁴ MARESCA, *Le novità del legislatore nazionale in tema di trasferimento d'azienda*, *ADL*, 2001, p. 597

¹⁵⁵ Questa interpretazione troverebbe ulteriore avvallo anche normativo, nell'abbandono dell'inciso "*ai sensi del presente comma*", il quale costituiva un nesso di collegamento tra la nozione di parte di azienda rispetto alla definizione prevista nello stesso comma V dell'art. 2112 c.c. per l'intera impresa. L'omissione nella nuova norma del suddetto inciso, potrebbe essere anche interpretata come un alleggerimento della formulazione del dettato legislativo; anche qualora si accogliesse questo orientamento, non si giungerebbe comunque ad una conclusione diversa, in quanto la stessa lettera dell'art. 32, eliminando l'espressione "*al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi*", che prima completava la nozione dell'intera azienda, suggerisce di ritenere applicabile la fattispecie anche quando la parte d'azienda che si vuole cedere non produca lo stesso risultato collocato sul mercato dall'intera azienda.

¹⁵⁶ Cass. 23 luglio 2002, n. 10761, *FI*, I, 2278; Cass. 4 dicembre 2002, n. 17207, *GL*, 2003, 7, 33 ss.

potenziale del ramo ceduto al fine di essere oggetto di autonoma attività imprenditoriale¹⁵⁷.

Inoltre, il requisito della preesistente autonomia funzionale non sarebbe stato comunque di ostacolo a possibili manovre del cedente dirette ad individuare i lavoratori da trattenere a seguito della cessione e al contempo, selezionare quelli da estromettere: tutto questo in virtù dello *ius variandi* di cui è dotato il datore. Questo significa che la vigente disciplina, nella quale tale requisito non compare più, può consentire all'imprenditore di accorpare beni e lavoratori in maniera tale da configurare un ramo che non esisteva prima della cessione; è però necessario che questi elementi siano idonei, nel loro complesso, a svolgere una funzione produttiva sul piano oggettivo¹⁵⁸. Per cui, mentre in alcuni casi il ramo può dirsi preesistente al trasferimento, in altri può risultare “*dalla modificazione di determinati servizi trasferiti al terzo e per i quali vi sia un'effettiva richiesta in tal senso*”¹⁵⁹.

Si potrebbe obiettare, allora, che il risultato, cui mira il legislatore della riforma, meglio sarebbe stato realizzato ove fosse stata prevista l'eliminazione *tout court* dell'autonomia funzionale della parte oggetto di cessione, proponendo quanto era stato prospettato nell'originario disegno

¹⁵⁷ Inoltre, un ampliamento dell'ambito di applicazione della normativa riformata, sarebbe determinato anche dalla lettura della prima parte dello stesso comma V, in cui, tra le tipologie negoziali ai fini della successione della titolarità dell'azienda, sono previste non solo le forme contrattuali, compresa la fusione, ma anche il ricorso a “*qualsiasi provvedimento*” ai fini del trasferimento. La spinta verso un'applicazione onnicomprensiva della fattispecie è palesemente rilevabile anche dall'ulteriore passo in avanti compiuto dal legislatore rispetto alla bozza del decreto legislativo, in cui era omessa la formula “*qualsiasi operazione che in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il cambiamento della titolarità di un'attività economica organizzata*”, poi ricompresa nella versione definitiva. Seguendo la scelta originaria, il legislatore avrebbe sicuramente limitato il campo di applicazione della disciplina. Sul punto v. MENEGATTI, *Il difficile ruolo della nozione di trasferimento di ramo d'azienda*, LG; 2003, 3, 224 ss.; MARAZZA, *Impresa ed organizzazione nella nuova nozione di azienda trasferita*, ADL, 2001, p. 599 ss.; RUSSO, *La revisione della disciplina del trasferimento di azienda*, GL; 2003, 4, p. 80 ss.; DE LUCA TAMAJO, op. cit., 39; CASALE, *Trasferimento d'azienda e appalti tra Corte Comunitaria e legislazione nazionale*, LG; 2004, 1, 37.

¹⁵⁸ ALVINO, *Riforma del mercato del lavoro: possibili ripercussioni sui processi di esternalizzazione*, ADL, 2004, I, p. 265 ss.; GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, RGL, 2003, 350.

¹⁵⁹ ROMEI, *Cessione di ramo d'azienda e appalto*, GDLRI, 1999, 356.

della legge delega; in questo modo si sarebbe potuta garantire una più estesa nozione di parte di azienda ceduta, *“che non avrebbe diminuito la tutela collettiva ed individuale dei lavoratori coinvolti, quanto piuttosto garantito la continuità occupazionale nel modo più ampio possibile”*.

Tuttavia, viene controbattuto che proprio per evitare questioni di costituzionalità della norma, il legislatore delegato avrebbe rinunciato alla totale abolizione del requisito dell'autonomia funzionale del ramo d'azienda. Per poter sottoporre la parte d'impresa alla stessa disciplina della cessione dell'intera azienda, è infatti necessario che la prima costituisca un complesso organizzato di mezzi e persone dotato di una propria identità funzionale, tale da poter essere *“potenzialmente un'azienda in sé, ai sensi dell'art. 2555 c.c.”* Opinando diversamente, ne conseguirebbe l'equiparazione di situazioni tra loro eterogenee: la mancanza dell'autonomia funzionale, anche se solo potenziale, priverebbe l'oggetto della cessione della sua idoneità ad essere un'azienda, secondo la nozione civilistica, e quindi la cessione riguarderebbe singoli beni e rapporti di lavoro, aggregati *ad hoc* e sottoposti alla disciplina ex art. 1406 c.c. L'autonomia funzionale sarebbe dunque un indispensabile ed ineliminabile elemento qualificatorio della fattispecie, non un elemento esterno, previsto in chiave garantista, dal legislatore.

Sempre secondo la chiave di lettura prospettata dalla dottrina in esame, l'interpretazione della perifrasi *“identificata dal cedente e dal cessionario al momento del trasferimento”*, con riferimento al ramo di azienda, non concederebbe un ampio spazio discrezionale all'autonomia privata del datore di lavoro. Il requisito dell'organizzazione non sarebbe, infatti, frutto di un'autonoma deliberazione delle parti, ma costituirebbe un requisito oggettivamente valutabile, imperniato sull'esercizio da parte del cedente di poteri direttivi ed organizzativi del lavoro. In tal modo, al criterio soggettivo di individuazione dell'articolazione funzionalmente autonoma, assistito dalla garanzia costituzionale della libertà di iniziativa economica, verrebbe

ad affiancarsi il criterio oggettivo, determinato dal fatto che il persistere del requisito dell'autonomia del ramo d'azienda trasferito impone che la parte d'impresa trovi pur sempre una qualche oggettività e per così dire, una "misurabilità esterna"¹⁶⁰. Di conseguenza sembra accentuarsi la necessità che il ramo di azienda ceduto presenti una sua consistenza non trascurabile, in termini di organizzazione di mezzi, personali o materiali, lasciando tuttavia insolta la determinazione delle caratteristiche minime dell'entità trasferita; a tal fine, il controllo sulla stessa, benché condotto con una valutazione da rapportare al momento in cui si verifica il trasferimento, potrebbe in ogni caso trarre dalle vicende successive elementi a supporto dell'effettività sull'operazione attuata. I requisiti ontologici necessari per individuare il ramo d'azienda dovranno essere posseduti dall'entità oggetto della cessione, indipendentemente dalla "identificazione al momento della cessione" operata dal cedente e dal cessionario, alla quale non può essere attribuito un valore "costitutivo", piuttosto quanto meramente "ricognitivo" di un segmento funzionale almeno potenziale, sussistente presso il cedente. Così l'attribuzione del potere di identificazione dell'articolazione al cedente e al cessionario non farebbe altro che individuare la fase, da sempre di competenza delle parti imprenditoriali, di mera delimitazione e definizione dell'entità oggetto della cessione. Così pure la stessa espressione "al momento del trasferimento" non comporterebbe altro che la determinazione della collocazione temporale, in prossimità del negozio traslativo, in cui le parti sarebbero chiamate ad esercitare il loro ruolo puramente ricognitivo. Non è peraltro sufficiente che sia individuata una qualsiasi parte dell'azienda, sulla base della pure concorde volontà dei privati, in quanto essa non potrà essere priva dei requisiti di autonomia funzionale e di organizzazione che rappresentano condizioni imprescindibili di

¹⁶⁰ CESTER, *Il trasferimento d'azienda e di parte d'azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione della direttiva comunitaria è conclusa?*, in Carinci (a cura di), *Commento al D.Lgs. 276/2003*, Ipsos, 2004, p. 366.

applicabilità del particolare regime circolatorio¹⁶¹. Il requisito dell'autonomia almeno potenziale al quale è necessario fare riferimento, costituisce un sicuro limite posto al criterio soggettivo di identificazione del ramo aziendale da trasferire, che dovrebbe interpretarsi come possibilità, sulla base del consenso dei soggetti protagonisti del trasferimento di ricomprendere nel concetto di ramo d'azienda anche quelle parti dell'impresa, che pur prive di un autonomo impianto organizzativo, siano suscettibili di identificare settori dell'impresa isolabili individualmente. La norma, così come riformata, sarebbe dunque incline a realizzare un compromesso tra la conservazione dell'elemento oggettivo e il requisito soggettivo, collocando la modifica non sul piano dell'oggetto del trasferimento, ma dell'atto traslativo. Questa interpretazione moderata avrebbe il pregio di rendere applicabile la norma anche a segmenti produttivi dotati di un'autonomia solo potenziale e contemporaneamente di escludere l'attribuzione alle parti della possibilità di determinare *ad arbitrium* il settore da esternalizzare¹⁶².

Parte della dottrina¹⁶³, più critica nei confronti della riforma, si è chiesta, tuttavia, se l'eliminazione di qualsiasi elemento costitutivo della fattispecie della parte di azienda da cedere non sia stato comunque ottenuta nel momento in cui, da un lato, il legislatore ha voluto mantenere nella nozione il concetto di articolazione dotata di una propria autonomia funzionale, eliminando il requisito della preesistenza, ritenuto pleonastico in considerazione del fatto che l'articolazione ceduta non può che preesistere nella sua identità quale elemento logico, prima che giuridico. Dall'altro, stando alla lettera della norma, ha invece voluto che la parte da espellere dal ciclo produttivo debba essere identificata "*come tale*", oltretutto come

¹⁶¹ Quanto detto è confermato anche dall'espressione "*come tale*", riferita all'articolazione funzionale.

¹⁶² In senso contrario, FRANCESCHINIS, *L'art. 2112 c.c. dopo il D.Lgs. 276/2003*, *D&L*, 2003, p. 862.

¹⁶³ ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, *RGLPS*, 2003, 4, 887 ss.; ROCCELLA, *Lavoro: le carte truccate dal governo*, in www.clik.to/dirittolavoro, sezione Articoli, (2004), n. 142.

un'entità già dotata *ab origine* di una propria autosufficienza, “*nel momento del trasferimento*”. È dunque difficile conciliare il fatto che il segmento produttivo debba essere delineato nella sua autonomia nel solo momento del trasferimento con l'utilizzo del concetto di articolazione funzionale, nel quale è ontologicamente immanente la necessità della preesistenza. “*Affermare che l'autonomia funzionale è alcunché di oggettivo e poi aggiungere, nel medesimo periodo, che l'identificazione del ramo d'azienda “come tale” è rimessa alla volontà delle parti imprenditoriali al momento del suo trasferimento, significa negare quanto appena affermato, giacché non può sussistere una nozione oggettiva rimessa alla volontà delle parti*”¹⁶⁴.

Secondo un orientamento più moderato, ma in ogni caso non benevole nei confronti della riforma¹⁶⁵, l'art. 2112 c.c. avrebbe subito una sorta di mutazione, “*giacché da norma invocata dai lavoratori a protezione dei loro diritti in caso di sostituzione del datore di lavoro, tende ora piuttosto a rappresentare un ‘ombrello’ impugnato dall'imprenditore per conferire*

¹⁶⁴ ALLEVA, *Ricerca ed analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, RGLPS; 2003, 4, 900; FRANCESCHINIS, *L'art. 2112 c.c. dopo il D.Lgs. 276/2003*, D&L, 2003, 863, secondo cui se si considera il requisito della preesistenza come ontologicamente compreso nello stesso concetto di articolazione funzionale, in quanto elemento pleonastico, la sua eliminazione non comporterebbe alcuna modifica di sostanza rispetto a quanto disposto dal previgente art. 2112 c.c., fermo restando che per quanto concerne il mantenimento dell'identità, nulla veniva precisato dallo stesso previgente articolo riguardo la sorte del ramo ceduto successivamente al trasferimento, di modo che anche tale requisito poteva essere considerato come un mero completamento di quanto previsto nell'accezione di articolazione funzionalmente autonoma

¹⁶⁵ CESTER, *Il trasferimento d'azienda e di parte d'azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione della direttiva comunitaria è conclusa?*, in CARINCI (a cura di), *Commento al D.Lgs. 276/2003*, Ipsoa, 2004, 346; MENEGATTI, *Il difficile ruolo della nozione di trasferimento di ramo d'azienda*, LG, 2003, 219; ANDREONI, *Impresa modulare e trasferimento d'azienda. Le novità del D.Lgs. 276/2003*, in GHEZZI, *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Ediesse, Roma, 2004; SANTORO PASSARELLI, *Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento di ramo d'azienda*, RIDL, 2003, 189 ss.; l'Autore, dopo aver rilevato che il criterio dell'autonomia funzionale dovrebbe costituire pur sempre un limite alla creazione di articolazioni fittizie e non genuine”, sottolinea che “*tale modifica attenua sensibilmente la portata inderogabile della norma, proprio rispetto ai destinatari passivi della stessa, cioè i datori di lavoro, confermando così l'opinione che l'art. 2112 c.c. stia diventando una stampella utilizzata sempre più spesso dagli imprenditori per effettuare processi di ristrutturazione aziendale*”.

unità alle attività, alle strutture produttive ed alla manodopera esternalizzata”¹⁶⁶.

La questione che si pone preliminarmente è se la preesistenza non rappresenti una condizione necessariamente indispensabile per determinare la fattispecie del trasferimento di ramo d’azienda e, in quanto tale, legittimamente eliminabile in sede di riforma, o se piuttosto essa debba essere considerata ontologicamente integrante la stessa articolazione nella sua autonoma funzionalità. Risulta difficile conciliare l’autonomia di una parte di azienda, che, se non richiede un’autosufficienza complessiva rispetto a taluni servizi, necessita in ogni caso di una stabilità organizzativa e di una propria struttura gestionale. Limitare la preesistenza al momento del trasferimento significherebbe legittimare la sufficienza, al fine di configurare la fattispecie, di un’articolazione solo potenzialmente esistente nell’impresa cedente, in quanto la mancanza di una pregressa operatività dell’articolazione aziendale oggetto di cessione, difficilmente potrebbe rappresentare “*un’impresa in atto, quanto una mera idoneità o attitudine delle attività cedute all’esercizio di un’impresa*”¹⁶⁷. D’altra parte il venir meno del requisito della preesistenza comporta la caducazione del suo corollario: il mantenimento dell’identità all’atto del trasferimento, giacchè in effetti non si può mantenere qualcosa che già non si possiede.¹⁶⁸

La citata dottrina è anche critica nei confronti del ruolo di indubbia preminenza assunto dalle parti, cui il legislatore ha delegato il compito di identificare al momento della cessione la parte di azienda oggetto di trasferimento. Secondo tale prospettiva, il compito di cedente e cessionario non sarebbe meramente ricognitivo, ma si dovrebbe a ragione parlare di “accordo tra le parti” in merito alla disponibilità della fattispecie, che può

¹⁶⁶ ROMEI, *Azienda, impresa, trasferimento*, DLRI, 2003, 97, 49 ss.; analogamente SANTORO PASSARELLI, *Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento di azienda e di ramo di azienda*, RIDL, 2003, 201 ss.

¹⁶⁷ SANTORO PASSARELLI, *La nozione di trasferimento d’azienda tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, ADL, 2001, p. 587.

¹⁶⁸ PASSALACQUA, *Patto per l’Italia: sviluppi e prospettive in tema di trasferimento d’azienda*, D&L, 2002, 221.

prevedere anche meri assemblaggi di beni o rapporti di lavoro, privi di un *plus* valore tale da ricondurli al concetto di “*entità*”.

Viene dunque attribuito alla volontà della parte datoriale, identificata nei soggetti privati, il potere di determinare *ad hoc* l’oggetto da cedere, in tal modo prevedendo per la disciplina dell’art. 2112 c.c., tradizionalmente considerata inderogabile, una deroga che si colloca fuori delle eccezioni consentite per le ipotesi dovute a superiori esigenze di pubblica necessità. La stessa Corte Costituzionale¹⁶⁹ aveva affermato che “*la legge non può autorizzare le parti a escludere, direttamente o indirettamente con le loro dichiarazioni contrattuali, l’applicabilità della disciplina inderogabile prevista a tutela dei lavoratori, a rapporti che abbiano contenuto e modalità di esecuzione propri dei rapporti di lavoro subordinato*”. Se, dunque, è costituzionalmente illegittima una norma che attribuisca alla disponibilità delle parti l’esclusione dell’applicabilità della disciplina inderogabile prevista per i rapporti di lavoro subordinato, a maggior ragione dovrebbe essere considerata viziata per incostituzionalità una norma che attribuisca a una sola delle parti sostanziali, ovvero quella datoriale, la disponibilità dei diritti inderogabili dei lavoratori coinvolti nel trasferimento, violando in tal modo il principio di ragionevolezza¹⁷⁰. A questo proposito è anche stato rilevato che “*l’utilizzazione congiunta di tecniche di protezione alternative*”, ha messo in luce che “*l’inderogabilità non è un attributo naturale della norma lavoristica, né un principio fondamentale di rango costituzionale, bensì una semplice tutela: cosicché il legislatore, nel momento in cui dispone delle garanzie per i lavoratori, ben potrebbe renderle derogabili dalle parti*”¹⁷¹. La questione pare a questo punto concentrarsi sul valore dell’inderogabilità da attribuirsi alle norme

¹⁶⁹Corte Cost. 29 marzo 1993, *FI*, 1993, I, 2434.

¹⁷⁰CESTER, *Il trasferimento d’azienda e di parte d’azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell’impresa: l’attuazione della direttiva comunitaria è conclusa?*, in CARINCI (a cura di), *Commento al D.Lgs. 276/2003*, Ipsoa, 2004, 262.

¹⁷¹ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere ed autonomia nelle recenti riforme di diritto del lavoro*, in atti del convegno AIDLASS, (*Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme*), Padova, 21 – 22 maggio 2004, in www.aidlass.it.

giuslavoristiche. Il complesso della legislazione in materia di lavoro subordinato, di cui fa parte anche l'art. 2112 c.c., ha lo scopo essenziale di realizzare una particolare protezione del prestatore di lavoro come soggetto più debole del rapporto; questo, a ben vedere, è il tratto ineliminabile del diritto del lavoro, la ragione stessa della sua specialità. Ed infatti è possibile che l'ampiezza e l'intensità della normativa garantistica subisca delle variazioni, in relazione a generali esigenze di politica economica, di trasformazioni sociali e dei sistemi produttivi. Se non sussiste una garanzia costituzionale che faccia assumere il ruolo di principio fondamentale dell'ordinamento all'inderogabilità delle norme poste a tutela del lavoratore, non va comunque dimenticato che è la stessa Carta Costituzionale a richiedere il rispetto del principio di uguaglianza sostanziale (comma II art. 3 Cost.), che non può non ritenersi violato nel momento in cui viene attribuito in capo alla parte attiva del negozio traslativo un unilaterale potere discrezionale di individuazione del segmento produttivo oggetto di cessione.

2.5.4. L'esempio della scissione

Posto che la scissione viene pacificamente compresa all'interno delle operazioni che comportano il trasferimento d'azienda¹⁷², anche la dottrina commercialistica si è posta il problema se il trasferimento per scissione abbia necessariamente ad oggetto un complesso organizzato di beni, una pluralità di beni, cioè, collegati ed unificati da una comune destinazione o funzione economica; oppure se le "parti" di patrimonio attribuite per scissione possano consistere altresì in singoli elementi dell'attivo o del

¹⁷² Sul punto per tutti v. NAPPI, *Trasferimento d'azienda e trasformazioni del datore di lavoro*, in *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro, Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza. Quaderni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005.

passivo, isolatamente considerati: ad esempio un immobile della società che si scinde, un debito, un credito, o addirittura una somma di denaro¹⁷³.

Se si opta per il primo dei corni del dilemma, si pone il ben noto problema della identificazione in concreto del complesso organizzato di beni qualificato come azienda o come ramo d'azienda. Qualora invece ci si orienti nella seconda delle direzioni indicate, la questione che principalmente interessa consiste nell'individuazione dei confini minimi della fattispecie: i limiti, cioè, che alla scindibilità di singoli elementi del patrimonio possono o debbono ricavarsi dalla disciplina dei conferimenti nelle società di capitali.

Guardando il fenomeno sotto i possibili contenuti del progetto di scissione, si può affermare che, quando la scissione abbia per oggetto un'azienda o una sua parte, il progetto prevede l'assegnazione dei contratti di lavoro, che a quella ineriscono, alla beneficiaria, alla quale viene attribuita l'azienda o la parte di azienda, e che questa assegnazione è sussumibile nell'ambito della disciplina dell'art. 2112 c.c.

Nell'ipotesi in cui la scissione non abbia ad oggetto aziende o parti di aziende (ipotesi forse economicamente marginale, ma non di certo estranea all'ambito della nozione di scissione rilevante alla stregua del nostro ordinamento) e la società scissa sia titolare di rapporti di lavoro subordinato, è da chiedersi se il progetto possa comunque prevedere l'assegnazione di detti rapporti, o di alcuni di essi, alla beneficiaria; oppure, con riferimento al caso in cui le beneficiarie siano più di una, se sia legittima l'assegnazione dei rapporti di lavoro ad una beneficiaria diversa da quella alla quale viene assegnata l'azienda o l'articolazione dell'azienda a cui detti rapporti

¹⁷³ In materia di crediti del lavoratore al momento della cessione la dottrina maggioritaria ha dichiarato di preferire la soluzione che assegna la prevalenza alla specifica disciplina della scissione in quanto modellata sulle peculiarità che caratterizzano tale operazione nelle sue diverse forme. Basti pensare alla fattispecie della scissione totale, rispetto alla quale non sarebbe evidentemente possibile postulare, invocando l'art. 2112 c.c. una responsabilità della società scissa o trasferente in solido con la società acquirente. AA VV, *Trattato delle società per azioni*, I, COLOMBO, PORTALE, Torino, Utet, 2004.

inerivano “presso” la società scissa: il problema, è appena il caso di ribadire, attiene in questo caso non tanto alla vigenza o no del principio di continuità dei contratti di lavoro nella scissione, bensì piuttosto alla individuazione dei limiti onde è circondata la libertà della società che scinde, di distribuire fra le diverse beneficiarie gli elementi del suo patrimonio, e fra questi, i contratti di lavoro di cui essa è parte, oppure, ancora più latamente, all’individuazione del limite al di là del quale vi è un utilizzo improprio della scissione.

Da una parte della giurisprudenza e della dottrina giuslavoristiche¹⁷⁴ si è sostenuto, in generale con riferimento all’ipotesi in cui l’entità oggetto di trasferimento non integri gli estremi dell’azienda o del ramo di azienda, che non sarebbe in detta ipotesi applicabile la regola (art. 2112 c.c.) della successione immediata ed automatica del nuovo titolare dell’azienda nei rapporti di lavoro e riprenderebbe vigore la disciplina originaria del codice civile in materia di cessione del contratto, con la conseguenza che il passaggio del lavoratore alle dipendenze di un diverso datore di lavoro non sarebbe efficace in mancanza del consenso del primo.

Dunque, il potere del datore di lavoro di trasferire in capo ad altro soggetto i contratti di lavoro subordinato – a prescindere dal consenso dell’altra parte – trova un limite nella contestualità con il trasferimento dell’azienda. Il limite, attraverso l’evoluzione della giurisprudenza pratica e i diversi interventi del legislatore all’art. 2112 c.c., è stato progressivamente spostato in avanti, attraverso il progressivo ampliamento del concetto di parte di azienda, da ultimo nel 2003¹⁷⁵.

In altri termini, fermo il principio per cui l’eventuale subentro dell’avente causa dall’imprenditore nei contratti di lavoro subordinato trova disciplina nell’art. 2112 c.c., il subentro stesso è condizionato all’acquisizione altresì

¹⁷⁴ Pretura di Genova 22 ottobre 1998, *RIDL*, 199, II, 416; MAGNANI SCARPELLI, *Trasferimento d’azienda ed esternalizzazioni*, *GDLRI*, 1999, 485.

¹⁷⁵ AA VV, *Trattato delle società per azioni*, I, COLOMBO, PORTALE, Torino, Utet, 2004, 228.

dell'azienda o dell'articolazione di essa, nell'ambito della quale si svolge la prestazione lavorativa; il potere dell'imprenditore di assegnare o di trasferire i rapporti di lavoro alla stregua di ogni altro elemento del suo patrimonio trova il proprio limite nel concetto di parte dell'azienda, al di là del quale il potere dell'imprenditore viene meno. L'eventuale menzione nel progetto di scissione di eventuali contratti avulsi dal contesto di un trasferimento totale o parziale dell'azienda, allora non dovrebbe poter andare disgiunta dall'indicazione altresì del consenso del lavoratore interessato.

2.6. Gli effetti “dell'operazione di potatura” del 2003 sulla definizione di azienda

Tenendo ben presenti i risultati cui si è giunti nei precedenti paragrafi in merito ai requisiti che “furono” del ramo di azienda, la disamina dell'art. 32 del D. Lgs. 276/2003 non manca di sollevare ulteriori aspetti critici, con riferimento all'intera azienda.

In prima battuta l'attenzione cade sulle modifiche apportate alla definizione di azienda, laddove sono state introdotte ulteriori specificazioni in ordine alle operazioni con cui può attuarsi il trasferimento e rappresentate da “*qualsiasi operazione contrattuale*” o “ *fusione*”. In questo modo viene portato a compimento il recepimento della direttiva nella parte in cui la stessa aveva previsto tra le operazioni che comportavano il trasferimento anche la fattispecie della fusione.

La esplicita richiesta di un rapporto contrattuale tra cedente e cessionario sembra porre l'accento sulla necessità di un rapporto negoziale tra le parti, quasi che il legislatore volesse rammentarci quanto poi andrà ad enunciare espressamente all'art. 29 c. 3° del D. Lgs. 276/2003, ovvero sia che la successione nell'appalto non importa trasferimento d'azienda, qualora non intervenga una cessione contrattuale tra il vecchio ed il nuovo titolare

dell'attività¹⁷⁶. Né questo può essere messo in dubbio in forza di una interpretazione del dato letterale contenuto nell'ultima parte della norma, laddove si precisa che il trasferimento viene attuato “*a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base dei quali il trasferimento è attuato*”, con l'intento di elidere il richiamo alla necessità di un legame contrattuale diretto cui sembra far riferimento la prima parte della norma citata. Si tratterebbe, infatti, di una lettura che travisa il dato testuale, in quanto la lettera della norma richiede pur sempre un rapporto negoziale tra cedente e cessionario, pur con un ventaglio di forme cui è possibile fare ricorso¹⁷⁷.

In secondo luogo, viene soppresso l'inciso riguardante le finalità di scambio e di produzione di beni o servizi cui è tesa l'attività economica. Si tratta di una modifica che si presta ad una duplice interpretazione: da un lato, infatti, la eliminazione dell'inciso potrebbe sembrare di non rilevante momento, atteso che la specificazione dello scambio e della produzione di beni e servizi rappresenta un corollario necessario di qualsiasi attività economica, ai sensi dell'art. 2082 c.c.

¹⁷⁶ Tuttavia, a rimettere in dubbio i termini della questione, è intervenuta una pronuncia del Giudice di Legittimità (Corte di Cassazione 13 gennaio 2005, n. 493), che ha nuovamente prospettato “*la configurabilità del trasferimento d'azienda anche in ipotesi di successione nell'appalto di un servizio, purché vi sia un passaggio di beni, di non trascurabile entità*”, senza che sia più richiesta la sussistenza di rapporti contrattuali diretti tra cedente e cessionario.

¹⁷⁷ I termini della questione, ancora al centro di un vivo dibattito, riguardano soprattutto la successione tra due appalti, alla quale taluni vorrebbero trovasse applicazione l'art. 2112 c.c. Mi pare che la questione trovi una felice e condivisa soluzione nelle parole di GRAGNOLI, *Contratti di appalto e trasferimento d'azienda*, AA. VV., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, in *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza. Quaderni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005, il quale afferma che “*è irragionevole addossare le conseguenze del trasferimento d'azienda a chi si limita ad esercitare una funzione imprenditoriale già esplicita da altri [...]. Quindi occorre un negozio traslativo perché si possa applicare l'art. 2112 c.c. e non si può diventare proprietari di una azienda a titolo originario. L'oggetto dell'art. 2112 c.c. resta un complesso organizzato di beni, anche nell'attuale stesura della disposizione*”. In senso contrario Cass. 13 gennaio 2005, n. 493, *DRI*, III, 2005, 828, in cui viene affermato che si configura trasferimento d'azienda in tutti i casi in cui muti il titolare dell'impresa, indipendentemente dalla sussistenza di rapporti contrattuali diretti tra cedente e cessionario.

Per chi, invece, come la scrivente, voglia ricavare una lettura sistematica della recente “attività di potatura” operata dal legislatore che tenga in considerazione anche la formulazione contenuta nella normativa comunitaria ed i principi da essa espressi, è chiaro che la modifica in parola assume diversa pregnanza¹⁷⁸. Anche solo a voler indagare la volontà del legislatore leggendo i lavori preparatori alla riforma, la nozione di azienda oggetto di trasferimento, così come plasmata dal D. Lgs. 276/2003, pare allinearsi alla disciplina comunitaria, dove, come più sopra visto, assume un carattere di assoluta prevalenza l’accento posto sull’entità economica organizzata, ovverosia, sul complesso di beni organizzato e funzionalmente autonomo¹⁷⁹.

Si deve dunque ammettere che l’eliminazione dell’inciso “*al fine della produzione e dello scambio di beni e servizi*”, operato all’interno della nozione dell’intera azienda, potrebbe far intendere una volontà del legislatore di spogliare la definizione previgente di elementi strettamente collegati alla definizione di impresa, per proiettare la nozione contenuta nell’art. 2112 c.c. verso un completo avvicinamento al concetto di azienda e, dunque, in ultima analisi, all’entità economica organizzata, quale, appunto, complesso di beni materiali ed immateriali funzionalmente collegati dall’organizzazione al fine dell’esercizio, questo sì certo, di un’attività economica.

¹⁷⁸ Autorevole dottrina assegna alla soppressione dell’inciso un valore precettivo, ovverosia quello di “*includere nell’ambito di applicazione della norma anche la fattispecie del subentro nella gestione da parte di un soggetto non imprenditoriale*”. In tal senso CESTER, *La fattispecie: nozione di azienda, di ramo di azienda e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie*, in *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, Padova, 2005, 192.

¹⁷⁹ In senso non conforme la recente pronuncia del Tribunale di Roma del 3 novembre 2005, inedita, laddove in primo luogo l’art. 2112 c.c., così come modificato, “*evidenzia un concetto di azienda identificata ai fini del suo trasferimento a garanzia dei diritti dei prestatori di lavoro sicuramente diverso dalla nozione commercialistica dell’azienda di cui all’art. 2555 c.c.*”. Viene poi precisato che “*l’eliminazione dell’inciso “al fine della produzione e dello scambio di beni o di servizi” riferito all’attività economica organizzata con o senza scopo di lucro, consente di ritenere che l’azienda identificata dall’art. 2112 c.c. possa essere un’entità economica diversa dall’azienda definita dall’art. 2555 c.c.*”

Seguendo il percorso tracciato nei paragrafi precedenti, la nozione di azienda viene allora meglio compresa laddove analizzata alla luce del significato che gli elementi che la compongono vengono ad assumere nelle dinamiche che coinvolgono il ramo di azienda, nel regime previgente la riforma del 2003.

Nel momento in cui si è affrontato il lavoro di costruzione esegetica del concetto di azienda, ben si aveva chiaro che la parte di azienda si distingueva dal complesso aziendale solo sotto il profilo quantitativo.

Ecco perciò che, a seguito della formulazione da ultimo assunta dal ramo di azienda oggetto di trasferimento, attraverso l'eliminazione dei due requisiti della preesistenza e dell'autonomia funzionale, pare essere venuta meno anche la simmetria tra azienda e parte di essa e perciò dunque anche la possibilità che la prima possa attingere alle valenze assunte nella seconda in merito ai requisiti comuni ad entrambe.

Non si nega, infatti, che il ramo d'azienda possa essere configurato come tale anche se privo di una complessiva autonomia rispetto all'azienda in cui viene inserito. E non deve essere confuso il concetto di potenzialità cui si è più volte fatto riferimento, con quello di "impresa inerte", invalsa nel diritto commerciale, perché l'azienda, anche quando non è attualmente esercitata, in quanto l'attività viene momentaneamente sospesa, come nelle procedure concorsuali, è comunque individualizzabile nel e per il suo complesso.

Se è vero, peraltro, che il requisito della preesistenza è assolutamente essenziale ai fini della identificazione dell'azienda o, comunque, di una sua parte, lo stesso non può affermarsi con riguardo al "mantenimento dell'identità al momento del trasferimento". Pare infatti che il predetto elemento possa ritenersi superfluo sotto un duplice profilo: se è da intendersi che lo stesso debba sussistere solo nel momento del trasferimento - come è anche nel tenore della legge - esso viene assorbito nel concetto stesso di "preesistenza" dell'entità economica, in quanto non può mantenere la propria identità se non un complesso organizzato già esistente presso il

cedente prima del trasferimento. Se invece si deve interpretare il dato temporale espresso dalla lettera della legge nel senso che l'identità dell'attività economica debba essere mantenuta anche presso il cessionario, si obietta che ciò verrebbe a porsi in contrasto con la libertà di iniziativa economica del cessionario, il quale volesse riorganizzare il complesso aziendale successivamente al trasferimento¹⁸⁰. Quanto detto trova una sua ulteriore conferma con l'introduzione nella nuova formulazione dell'art. 2112 c.c. dell'operazione di "fusione" tra le possibili ai fini dell'applicazione della normativa relativa al trasferimento d'azienda. Infatti attraverso la fusione si determina la compenetrazione di elementi organizzativi e patrimoniali, venendo così meno la distinzione tra cedente e cessionario e, soprattutto, il rispetto della prerogativa al mantenimento dell'organizzazione funzionale dell'azienda stessa. Di talché, a ragione si potrebbe affermare che in tale ipotesi verrebbe meno anche quell'organizzazione funzionale strutturata nel complesso aziendale, che rappresenterebbe il nucleo stabile anche presso il cessionario.

Pare perciò opportuno concludere che con l'inserimento del requisito del mantenimento dell'identità nella definizione di azienda, il legislatore interno abbia meramente voluto allinearsi alla direttiva comunitaria.

Non pare chiaro invece, come la parte di azienda non sia connotata dagli elementi della preesistenza e della conservazione dell'identità, che sono

¹⁸⁰ Scriveva PETTITI, *Il trasferimento volontario d'azienda. Notazioni esegetiche e sistematiche*, Napoli, 1970, 196, a proposito del mantenimento dell'identità dell'azienda trasferita che "l'imputazione all'acquirente dei rapporti contrattuali riferibili all'alienante si realizza in base alla semplice circolazione dell'azienda, senza che occorra la continuazione dell'impresa. Potrebbe infatti accadere che l'acquirente dell'azienda non prosegua l'impresa del precedente titolare, ma la propria, tutt'altro diversa; oppure che acquisti l'azienda e la affitti subito dopo [...]. In tutti questi casi, non pare dubbio che l'acquirente risponda pur sempre dei rapporti contrattuali e dei debiti facenti capo all'alienante [...]. Né vale ad obiettare che la non continuazione dell'impresa sarebbe posteriore ai trasferimenti se questa cessa col trasferimento, vuol dire che non è mai stata proseguita dall'acquirente e che le norme degli artt. 2558 ss. prescindono dalla successione o prosecuzione nell'attività". In senso contrario COTTINO, *Diritto commerciale*, I, Cedam, Padova, 1993; GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*, Napoli, 1962, 81 ss., il quale valorizza il profilo dell'effettività nell'esercizio dell'impresa anche successivamente alla cessione.

invece presenti per definire l'azienda nella sua interezza. Si dovrebbe perciò affermare che, interpretando la *ratio legis* dell'art. 2112 c.c. così come riformato, non sarebbe più possibile distinguere l'azienda da una sua parte solo sotto l'aspetto quantitativo, essendo invece il ramo distinto anche sotto l'aspetto qualitativo dall'intero complesso. Si potrebbe forse arrivare anche a ipotizzare una divergenza di *ratio* tra le due fattispecie, l'una delle quali continua a preservare la continuità e la conservazione del complesso aziendale nel trasferimento, l'altra prestandosi a realizzare gli obiettivi propri di un'economia imprenditoriale, sempre più rivolti ad una flessibilità organizzativa. In questa prospettiva dovrebbe essere letto anche l'abrogazione dell'inciso "*ai sensi e agli effetti del presente comma*" quale *incipit* nell'art. 2112 c.c. della definizione di ramo d'azienda, il quale poteva essere considerato alla stregua di un collegamento tra la prima e la seconda parte del c. 5°.

Fermo quanto sin qui detto, pare però opportuno recuperare la simmetria tra azienda ed una sua parte per altra via, sulla base di una pluralità di argomentazioni afferenti a profili differenti. Certo, si tratta di un'operazione di salvataggio, nella consapevolezza, come diceva bene Ascarelli, che "*nell'attuale crisi di valori, il mondo chiede ai giuristi piuttosto nuove idee che sottili interpretazioni*".

Si badi bene che si resta fermi nella convinzione che la *voluntas legis* quale traspare dalle modifiche del testo di legge in materia di ramo d'azienda si discosti dalle intenzioni del legislatore del 2001 e che non possa ignorarsi la valenza delle modifiche intervenute. Ciononostante, ma purtroppo l'interprete (quindi *in primis* l'autorità giudiziaria), deve certamente sì rispettare l'opera del legislatore, ma prima ancora rileggerla sistematicamente nel superiore rispetto dei principi comunitari e, prima ancora, costituzionali.

a) Interpretazione adeguatrice della normativa nazionale alle direttive comunitarie e alla giurisprudenza della Corte di Giustizia

La questione del rapporto tra normativa interna e quella comunitaria aveva già animato in passato numerosi dibattiti dottrinali, in cui si era pervenuti alla conclusione dell'impossibilità di riscontrare una completa coincidenza tra la definizione comunitaria e quella nazionale di azienda o di una sua parte, mancando nella prima il requisito della preesistenza, presente invece nella seconda.

È evidente che spesso ad uno stesso istituto i vari ordinamenti nazionali attribuiscono un'accezione differente, dovuta anche al fatto che i diversi concetti necessitano di una lettura che consideri i loro collegamenti con il complessivo ordinamento giuridico interno. Ma occorre ricordare come sia compito del giudice interpretare il diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva (ancorché non attuata ma direttamente efficace) “*per quanto possibile*”¹⁸¹. In sostanza il giudice nazionale dovrà applicare la norma interna in conformità alla direttiva comunitaria in presenza di testi legislativi ambigui.

Ed infatti questo aveva fatto il legislatore italiano, nel richiedere, oltre al requisito della preesistenza, anche quello del mantenimento dell'identità, nell'ambito della definizione dell'intera azienda, così come di una sua parte. Per quanto riguarda invece la parte di azienda oggetto del trasferimento, la normativa comunitaria aveva dettato un'unica disciplina valevole sia per l'azienda che per un suo ramo, limitandosi solo ad introdurre con la direttiva

¹⁸¹ Quanto detto viene ben sottolineato da CESTER, *La fattispecie: nozione di azienda, di ramo di azienda e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie*, in *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, Padova, 2005, p. 185 ss. Sul punto vedi anche TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario*, Milano, 1998, 2000, 207. È necessario a tal proposito ricordare che sono dotate di efficacia diretta, nell'ambito dei singoli ordinamenti nazionali, quelle direttive che prevedono obblighi aventi un contenuto chiaro, preciso ed incondizionato (sul tema C.G.C.E., 4 marzo 1999, C 258/97, FI, 1999, IV, 175). Tali condizioni sembrano, peraltro, presenti nella norma contenuta nell'art. 1 della direttiva 2001/23 (che disciplina l'ambito di applicazione della direttiva). La giurisprudenza comunitaria e nazionale esclude, tuttavia, l'efficacia orizzontale della direttiva non attuata, ovvero la possibilità per il singolo di far valere la direttiva, azionando i diritti dalla stessa attribuiti, nei confronti degli altri soggetti privati. In questo senso anche Cass. 19842 del 2003).

98/50/CE la specificazione di “parte di impresa”, definita anch’essa come entità economica organizzata.

Questo avvalorata la tesi, già sopra evidenziata ed avallata anche dall’obbligo imposto al legislatore italiano di uniformarsi ai principi contenuti nelle normative comunitarie, dell’inesistenza di una distinzione sotto il profilo qualitativo tra azienda ed una sua parte. Se fosse vero il contrario, certamente il legislatore comunitario non avrebbe lesinato sulla duplicazione di due distinte definizioni¹⁸².

Il requisito della preesistenza, presente sia nella nozione di parte dell’azienda, nella previgente formulazione, sia in quella dell’intera azienda, postulando la necessità dell’esistenza di un complesso organizzato di beni già prima del trasferimento stesso, rappresentava ad uno stesso tempo un elemento rafforzativo ed una conferma rispetto alla disciplina di cui alla normativa comunitaria, rispetto alla quale sono vietati solo i discostamenti *in pejus*.

¹⁸² Si è osservato, però, che anche a livello comunitario è possibile dimostrare che la conservazione dell’autonomia del ramo ceduto anche in capo al nuovo imprenditore, non rappresenta un requisito necessario. Questo troverebbe esplicita conferma nella direttiva 98/50/CE, laddove l’art. 5, comma I, prevede che “*qualora l’impresa, lo stabilimento o parte di impresa o di stabilimento non conservi la propria autonomia*”, sia comunque garantita un’adeguata rappresentanza dei lavoratori trasferiti per il periodo necessario a provvedere ad una nuova costituzione o designazione della rappresentanza medesima. Se si afferma che il cessionario possa utilizzare il complesso trasferito non per lo svolgimento di qualsiasi attività, ma soltanto per l’esercizio di quelle già svolte nell’impresa - altrimenti non avrebbe senso affermare che l’oggetto del trasferimento deve consistere in un’entità economica che conserva la propria identità - si sarebbe indotti a chiedersi se non esiste una contraddizione, o comunque una ambiguità terminologica interna alla direttiva, dato che dalla lettera dell’art. 5, comma I, la conservazione dell’autonomia risulta un *plus* qualitativo. Questa interpretazione, tuttavia, creerebbe non pochi contrasti con la giurisprudenza comunitaria, che individua nella stabilità organizzativa del segmento oggetto del trasferimento, seppur integrato nel complesso produttivo del cessionario, un requisito identificativo della fattispecie. Se si considera la necessità e l’opportunità di adottare un’interpretazione conforme alla disciplina comunitaria, pare quindi più opportuno leggere il termine “autonomia”, contenuto nell’art. 5 della direttiva, come riferito non al mantenimento di una certa stabilità organizzativa della parte di azienda ceduta, prevista dalla conservazione dell’identità, quanto piuttosto al fatto che il segmento trasferito mantenga presso il complesso produttivo del cessionario una propria separata individualità.

La soppressione del requisito della “*preesistenza*” e del “*mantenimento dell’identità*”¹⁸³ dell’autonomia funzionale¹⁸⁴ a seguito delle modifiche apportate alla definizione ad opera dell’art. 32 del D. Lgs. 276/2003, sembra porsi in contrasto con la direttiva comunitaria, oltre che con le affermazioni della Corte di Giustizia, le quali richiedono che oggetto del trasferimento debba essere “*un’entità economica organizzata in modo stabile, la cui attività non si limiti all’esecuzione di un’opera determinata, ma sia finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo*” e che “*tale entità deve essere sufficientemente strutturata ed autonoma*”¹⁸⁵. E ciò ha fatto il legislatore, ignorando di fatto i richiami alla direttiva comunitaria contenuti nello stesso art. 32, laddove si precisa che “*fermi i diritti dei prestatori di lavoro in caso di trasferimento d’azienda di cui alla normativa di recepimento delle direttive europee in materia*”, formula che chiaramente costituisce un criterio interpretativo quale clausola di non regresso nella ricostruzione della fattispecie.

È quindi compito del giudice nazionale interpretare la norma interna in conformità alla quella comunitaria in presenza di testi legislativi ambigui,

¹⁸³ Per quanto riguarda il secondo dei due requisiti di cui alla definizione nazionale di azienda, si osserva che nella direttiva comunitaria l’entità economica ceduta deve mantenere la propria identità, senza peraltro precisare il momento temporale fino al quale tale requisito deve permanere. Come è infatti solito fare il legislatore comunitario, è stata lasciata aperta la possibilità a ciascuno Stato membro di recepire tale aspetto nel modo più opportuno anche rispetto all’ordinamento interno. Pare, in ogni caso, che ciò che la direttiva abbia voluto garantire è il pieno diritto del datore di lavoro di integrare la parte trasferita con le proprie strutture, a condizione che essa sia ancora effettivamente riconoscibile nella sua identità originale e quindi mantenga le caratteristiche di un polo di interessi distinto. Diverso sarebbe se il nuovo datore di lavoro, in modo immediato, procedesse ad una riorganizzazione complessiva della propria azienda, o di parte di essa, con conseguente immediata totale confusione delle due realtà precedentemente distinte, con la costituzione di un *unicum*. Orbene, nella definizione dell’oggetto del trasferimento, così come prospettata dalla direttiva, emerge che l’entità economica deve conservare la propria identità anche in un momento successivo alla cessione. Dato che non può essere conservato ciò che già prima non esiste, ma è invece artatamente costituito *ad hoc* proprio in occasione del trasferimento, se ne desume che il ramo deve preesistere presso il cedente in un momento anteriore alla conclusione del negozio traslativo.

¹⁸⁴ MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002.

¹⁸⁵ C.G.C.E.24 gennaio 2002, C 51/00, *Temco Service Industries v. Samir e altri*, *Foro It.*, 2002, IV, 142.

ripristinando la convergenza tra i principi della direttiva e art. 2112 c.c., così nella previgente formulazione, e di conseguenza anche la simmetria prima presente nel diritto interno tra azienda ed una sua parte.

b) L'operazione di adeguamento della giurisprudenza di merito

Orbene, si potrebbe continuare a distinguere azienda e una sua parte solo sotto il profilo quantitativo recuperando la simmetria tra le due fattispecie anche per altra via, ovvero rifacendoci all'orientamento della giurisprudenza di merito, confermato in più pronunce all'indomani dell'entrata in vigore della Riforma del 2003 e, dunque, formatasi su fattispecie assoggettate alla disciplina del D. Lgs. 276/2003.

I giudici di merito¹⁸⁶, pur nella consapevolezza della valenza delle modifiche da ultimo apportate all'art. 2112 c.c. e dunque della *voluntas legis* in esse espresse, optano per un orientamento di *revirement*, ovvero conforme alla disciplina previgente ed ai principi in essa espressi.

Due sono i punti cardine espressi nelle pronunce: resta confermato il principio giurisprudenziale dell'assimilazione tra azienda e parte di azienda, differenziate solo sotto il profilo quantitativo; il ramo d'azienda, per essere tale, deve avere una propria autonomia funzionale, nel senso che deve presentarsi come una articolazione funzionalmente autonoma di una entità organizzata e preesistente. Il ramo di azienda deve perciò preesistere alla

¹⁸⁶ Trib. di Milano 8 luglio 2005, *DL*, 2005, 779; Trib. di Roma 3 novembre 2005, inedita, in cui il Giudice si è trovato a giudicare sulla legittimità, ai sensi dell'art. 2112 c.c. di un'operazione di esternalizzazione, in cui la società alienante, attiva nel settore dei trasporti, aveva ceduto non l'intero segmento dell'attività imprenditoriale avente ad oggetto l'attività di trasporto di prodotti petroliferi ed individuato su base territoriale, come era nelle intenzioni, ma singole funzioni aziendali individuate nelle attività di programmazione, attuazione di piani di distribuzione, di trasporto e consegna dei prodotti petroliferi, nonché della gestione amministrativa degli incassi. In questo senso anche Tribunale di Napoli, 15 febbraio 2007, Tribunale di Trieste, 10 novembre 2006, Tribunale di Venezia 9 novembre 2006 (tutte inedite), in cui si richiamano le pronunce 6292 del 22 marzo 2006 e 8017 dell'aprile 2006. In dette pronunce, anche se *ratione temporis* non riguardanti fattispecie posteriori alla Riforma del 2003, si afferma che il requisito dell'autonomia organizzativa del ramo ceduto, oltre che risultare antecedente alla cessione, deve presentarsi come idoneo al perseguimento dei fini dell'impresa. Qualche spunto sarebbe potuto giungere da pronunce su analoghe vicende, in cui la trattazione non arriva al merito, in conseguenza della dichiarazione di improcedibilità per carenza di interesse ad agire: Tribunale di Bologna 17 ottobre 2005; Tribunale di Torino 8 febbraio 2006, entrambe in *RIDL*, 2007, II, 289 ss.

vicenda traslativa, nel senso che già prima esso deve essere identificabile ed idoneo a funzionare *autonomamente* e deve mantenere con il trasferimento la propria identità.

Vero è che se l'interpretazione letterale della vigente norma consentirebbe di ritenere *“in una visione soggettivistica del requisito della organizzazione, che l'articolazione dell'azienda possa essere appositamente individuata, ai fini della cessione”*, è anche vero che *“occorre verificare in concreto se i risultati ai quali era approdata la giurisprudenza di legittimità possano ritenersi ancora applicabili sotto la vigenza della nuova disciplina, oppure se il legislatore abbia voluto consentire, attraverso la disciplina del trasferimento di ramo d'azienda, fenomeni di estromissione di masse di lavoratori, individuati esclusivamente con riferimento a porzioni di attività funzionalmente autonome, ma non preesistenti”*¹⁸⁷.

Due sono gli argomenti addotti a sostegno dell'inapplicabilità dell'art. 2112 c.c. al trasferimento di qualsiasi articolazione funzionalmente autonoma di una attività economica organizzata, anche se non preesistente ed identificata come tale dalle parti solo al momento del trasferimento.

Il primo è di carattere letterale e sistematico insieme: al fine dell'applicazione dell'art. 2112 c.c. se il trasferimento dell'intera azienda ha ad oggetto una entità economica preesistente ed idonea a mantenere con il trasferimento la propria identità, a maggior ragione ciò deve ritenersi necessaria nel caso di trasferimento del ramo di azienda, che non è altro che una parte di azienda.

Inoltre viene richiamata la teoria moderata costruita attorno ad una concezione ricognitiva del termine “identificare”, che viene ad indicare il riconoscimento di una realtà economica già esistente. La possibilità concessa a cedente e cessionario di “identificare” l'articolazione funzionalmente autonoma dell'attività economica organizzata al momento del suo trasferimento ed in esclusiva funzione di esso, non può consentire,

¹⁸⁷ Trib. di Roma 3 novembre 2005, inedita.

pertanto, la creazione di un ramo di azienda mediante unificazione di elementi non riconducibili alla nozione di parte di azienda priva di una preesistente autonomia organizzativa ed economica.

Il secondo argomento, volto a far rivivere i principi consolidati prima del 2003, si fonda invece su ragioni di ordine sistematico: *“nel nostro ordinamento, in virtù del principio di supremazia del diritto comunitario su quello nazionale, sussiste un preciso obbligo per il giudice di interpretare il diritto interno alla luce della lettera e della ratio della disciplina comunitaria tenendo conto anche dei risultati cui è pervenuta la giurisprudenza comunitaria nell’opera di armonizzazione della legislazione statale dei diversi paesi membri dell’Unione Europea”*. La conservazione dell’identità economica costituisce quindi l’elemento imprescindibile nell’interpretazione della Corte di Giustizia della direttiva comunitaria 187/77 ai trasferimenti di articolazioni o parti dell’impresa (in tal senso da ultimo sentenza 26 maggio 2005, C 478/03). Questo perciò significa che l’ordinamento interno, quanto meno in via di interpretazione, deve adeguarsi alla nozione restrittiva di ramo d’azienda, così come prospettata dal diritto comunitario, secondo il quale il ramo d’azienda deve avere una sua autonomia funzionale, nel senso che deve presentarsi come un’articolazione funzionalmente autonoma di una entità organizzata e preesistente.

c) profilo di incostituzionalità

Si aggiunga, da ultimo, che la conclusione cui sono giunti i risultati del legislatore, in merito ad una asimmetria qualitativa tra azienda ed una sua parte, potrebbe far sorgere delicati e difficilmente superabili problemi di costituzionalità della norma, per irragionevolezza data dal contrasto con l’art. 3 della Costituzione, relativamente alla soppressione del requisito della preesistenza per il solo ramo d’azienda e inoltre porterebbe a contraddire il generale principio giurisprudenziale relativo all’assimilazione tra azienda e parte di azienda, in quanto differenziate solo sotto il profilo quantitativo.

Osservazioni conclusive

Alla fine di un questo lungo percorso che ha portato la scrivente ad esplorare l'azienda attraversando il concetto sia cronologicamente, nella sua evoluzione, che avventurandosi doverosamente in campi diversi ma attigui a quello giuslavoristico, ci si accorge di non avere in mano risultati, ma di avere di fronte a sé uno scenario, spesso – purtroppo - dipinto con tratti poco chiari.

Si è voluto di proposito partire da lontano, per fare *tabula rasa* di costruzioni recenti ed artefatte, che lasciavano nel buio molti problemi e tacevano molte risposte.

Ecco perciò che la prima domanda che mi sono posta nell'affrontare l'enorme panorama che mi si profilava dinanzi, era capire che cosa si intendesse per azienda e quale posizione rivestisse la prestazione di lavoro rispetto allo stesso concetto ed, in secondo luogo, perché di un unico istituto, quale è l'azienda, si era arrivati a soluzioni normative differenti nel campo commercialistico e giuslavoristico.

Il modo migliore per porsi dinanzi ad un fenomeno è osservarlo nella sua fase dinamica e di crisi ed ecco perciò che nella mia esplorazione ho voluto dedicare ampio spazio all'azienda nella fase di trasferimento, una operazione ad un tempo unica e allo stesso tempo caratterizzata da una complessità, tale quale un prisma che scinde l'unità in una molteplicità di operazioni.

E proprio partendo da una posizione unitaria ho proceduto a sovrapporre l'operazione del trasferimento d'azienda così come disciplinato nel diritto commerciale, alla norma giuslavoristica, nella sua struttura originaria, osservando come nelle due discipline fosse rilevabile una *ratio* unica, ovverosia il mantenimento della funzionalità del complesso aziendale. Il *quid pluris* riscontrabile nell'art. 2112 c.c. trovava ragione nella necessità di regolare i rapporti di lavoro, nella loro complessità, nell'ambito di una cessione aziendale.

Sulla disciplina giuslavoristica, peraltro, ad un certo punto veniva ad innestarsi la normativa comunitaria, portatrice di istanze con diversa aspirazione rispetto alla omologa normativa interna. E ciò particolarmente allorché faceva capolino una nozione di trasferimento di azienda/impresa di matrice comunitaria.

Il legislatore italiano si è trovato a questo punto nella scomoda posizione di dover recepire una direttiva comunitaria contenente una definizione di “trasferimento di impresa”, dovendo d’altro canto fare i conti con un ordinamento nazionale che conosce invece l’istituto del “trasferimento d’azienda” e provvisto, per di più, di una espressa definizione sia di azienda che di impresa.

Si trattava, insomma, di una posizione niente affatto comoda.

Questa operazione non poteva che confluire in una soluzione di compromesso - come ho cercato di dimostrare - non del tutto innovativa, in quanto ricalcante sempre la matrice di una definizione commercialistica. Ed è ciò che ho cercato di dimostrare asservendo a tale ricerca anche il concetto di trasferimento di parte di azienda, divenuto qui non oggetto centrale, ma accessorio alla trattazione.

Il panorama che ho tracciato rende visibile che più il diritto del lavoro cerca di realizzare le proprie istanze autonomistiche, più sono evidenti i tratti che, forse a causa delle pressioni della realtà economica, manifestano qualche prestito dal diritto commerciale.

Ciò che rileva nella presente trattazione non ritengo sia costituito dai risultati, ma dall’itinerario percorso, che prendeva le mosse da un angolo visuale forse lontano dalla materia giuslavoristica, ma punto di partenza imprescindibile al fine di tracciare una differente prospettiva.

Bibliografia

AA. VV., *Il nuovo diritto delle società, Scioglimento – Profili generali – costituzioni – conferimenti – azioni – obbligazioni – patrimoni destinati*, P. Abbadessa G. B. Portale (diretto da), vol. I, Utet, Torino, 2006

AA. VV., *Il nuovo diritto delle società, Scioglimento – Trasformazione – fusione. Scissione e società cooperative*, P. Abbadessa G. B. Portale (diretto da), vol. IV, Utet, Torino, 2006

AA. VV., *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa. Commento al D. Lgs. 18/2001*, Santoro Passarelli (a cura di) – Foglia, Milano, Ipsoa, 2002

AA. VV., *Trasformazione, fusione, scissione art. 2498 – 2506 – quater c.c.*, L. A. Bianchi (a cura di), P. Marchetti (diretto da), L. A. Bianchi, F. Grezzi, M. Notari, Egea, Milano, 2006

AA. VV., *Trattato delle società per azioni*, I. Colombo, Portale, Torino, Utet, 2004

AA. VV. *Black's Law Dictionary*, Brian A. Garner Editore in Chief, St. Paul, Minn., 1999

AA. VV., *Commentario alla legge fallimentare*, Maffei (a cura di), Padova, Cedam, 2005

AA. VV., *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, De Luca Tamajo R. (a cura di), ESI, Napoli, 2002

AA. VV., *Il trasferimento d'azienda*, Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu (diretto da), *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, Utet, Torino, 2004

AA. VV., *Impresa e società*, in *Scritti in onore di Alessandro Graziani*, Morano editore, Napoli, 1968

AA. VV., *L'azienda ed il mercato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Galgano F. (diretto da), Cedam, Padova, III, 1979

AA. VV., *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa. Commento al D. Lgs. 2 febbraio 2001 n. 18*, Foglia, Santoro Passarelli (a cura di), Ipsoa, Milano, 2002

AA. VV., *Lavoro*, in *Scritti in onore di Gustavo Minervini*, Buonocore V, (a cura di), Morano Editore, Napoli, V, 1996

AA. VV., *Manuale di diritto commerciale*, Buonocore (a cura di), Giappichelli, Torino, 2006

AA. VV., *Somministrazione, appalto, distacco, trasferimento d'azienda*, Russo C. (a cura di), Giappichelli editore, Torino, 2006

AA. VV., *Studi in onore di Alberto Asquini*, Cedam, Padova, 1965

AA. VV., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, in *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza. Quaderni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005

AA. VV., *Verso un diritto del lavoro europeo: la disciplina dei trasferimenti d'azienda e dei licenziamenti collettivi: atti del Convegno di Catania – 25 – 26 ottobre 1991*, Pagano S. (a cura di), Giuffrè, Milano, 1993

AIMO, *Le garanzie individuali di lavoratori*, RGL, 1999, 389

ALLEVA, *La nuova disciplina degli appalti di lavoro*, in Grezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al D. Lgs. n. 276/2003*, Ediesse, 2004, 168

ALLEVA, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, RGLPS, 2003, 4, 887 ss.

ALVINO, *Il confine tra appalto e interposizione nel d.lgs 10 settembre 2003, n. 276*, LG, 11/2005, 1037

ALVINO, *Riforma del mercato del lavoro: possibili ripercussioni sui processi di esternalizzazione*, ADL, 2004, I, p. 265 ss.

ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Giappichelli editore, Torino, 2006

ANGIELLO, *L'appalto di servizi – Commento all'art. 29*, Galantino (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro. Commento al D. Lgs. 276/2003 (artt. 1- 32)*, Torino, 2004, 321 ss.

ANTONMATTEI, *La saga de la directive n. 77/187 du fevrier 1977: l'episode du reflux*, Dr.Soc., 1997, 728

ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, Giuffrè editore, Milano, 1962

ASCARELLI, *Lezioni di diritto commerciale*, Milano, 1955, 225 ss.

ASQUINI, *Profili dell'impresa*, RDComm, 1943, 1 ss.

ASQUINI, *Sulle nuove posizioni del diritto commerciale*, RDComm, 1942, 65 ss.

ASSANTI, *Scritti di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 14 ss.

AULETTA, voce *Azienda*, in *Commentario al Codice Civile Scialoja – Branca*, Scialoja Branca (a cura di), Zanichelli, Bologna, 1947

AULETTA, voce *Azienda*, in *Enciclopedia del diritto*, IV volume, Treccani, Milano, 1958

BALLESTRERO, *Il trattamento economico e normativo dei lavoratori nella nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, LD, 2002, 206

BARASSI, *Il diritto del lavoro*, Milano, 1949

BARBERO, *La universalità patrimoniali*, Milano, 1936

BONARDI, *La distinzione tra appalto e somministrazione di lavoro prima e dopo la riforma* in *Giust.civ.* 2004, 1011

BONARDI, *La somministrazione di lavoro*, in Grezzi (a cura di) *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma, 118

BORTOLUZZI A., *L'impresa, l'azienda e il suo trasferimento*, Giappichelli editore, Torino, 1996

BUCELLATO, *Note sulle relazioni tra la proprietà dei mezzi di produzione e l'esercizio dell'attività d'impresa*, *GComm.* 1984, II, 909

BUONOCORE, *Il nuovo testo dell'art. 2112 c.c. ed il trasferimento di un ramo d'azienda*, *GComm.* 2003, 313 ss.

CAIAFA, *Il contratto di lavoro*, in AA. VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, Alberto Jorio (diretto da), Massimo Fabiani (coordinato da), Bologna, Zanichelli Editore, 2006

CAIAFA, *Mantenimento dei diritti dei lavoratori (in caso di trasferimento di imprese, di stabilimento o di parti di stabilimento)*, *NCLL*, 1992, 493 ss.

CAIAFA, *Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti – D. Lgs. 2 febbraio 2001 n. 18*, *NLCC*, 563 ss.

CAIAFA, *Vicende economiche dell'impresa: diritto del lavoro comunitario, insolvenza e tutela del lavoratore*, *DML*, 2005, 5 ss.

CALCATERRA, *La tutela del lavoro negli appalti*, in De Luca Tamajo, Rusciano, Zoppoli (coordinato da), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2004, 135

CAMPOBASSO G. F., *Diritto commerciale I. Diritto d'impresa*, V edizione, Utet, Torino, 2006

CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, I, Diritto dell'impresa*, Utet, Torino, 2003, 135 ss.

CANDIAN, *Unione e commistione di aziende*, in *Temi*, 1965, 60 ss.

CARABELLI, *Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nel trasferimento d'azienda*, *RIDL*, 1995, 42 ss.

CARINCI L., *Sul passaggio del lavoratore da azienda ad altra*, *CassPen.*, 1982, 2103 ss.

CARINCI M.T., *Art. 20 Commentario al dlgs 276/2003, La somministrazione di lavoro altrui*, in M.T. Carinci-Cester (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, in Carinci (a cura di), *Commentario al D.lgs 10 settembre 2003*, 276, IPSOA, Milano, 2004, 12

CARINCI M.T., *Il divieto generale di frode alla legge nel sistema delineato dal D. Lgs. 276/2003 in materia di esternalizzazioni*, *LG*, 2005, 1113

CARINCI M.T., IMBERTI, *La tutela dei lavoratori negli appalti dopo il D. Lgs. 251/2004*, in F. Carinci (coordinato da), *Il correttivo alla legge di riforma del mercato del lavoro*, Milano, Ipsoa, 2005, 86

CARINCI M.T., *La tutela dei lavoratori negli appalti di servizi*, in Carinci M. T., *Somministrazione, comando, distacco, trasferimento d'azienda*, Ipsoa, Milano, 2004, 198 ss.

CARINCI, *Contratto collettivo dei metalmeccanici. Commento al contratto collettivo nazionale 1 maggio 1976 per i lavoratori addetti all'industria metalmeccanica privata*, Zanichelli, Bologna, 1976

CARNELUTTI, *Sulle nuove posizioni del diritto commerciale*, *RDComm*, 1942, 67 ss.

CARNELUTTI, *Usucapione della proprietà industriale*, Milano, 1938

CARO, *Attualità del diritto individuale alla conservazione del posto in caso di trasferimento dell'azienda*, *FI*, 2001, I, 1259

CASALE, *Trasferimento d'azienda e appalti tra Corte Comunitaria e legislatore nazionale*, *LG*, 2004, 27 ss.

CASANOVA, *Le imprese commerciali*, Torino, 1955, 280

CASANOVA, voce *Azienda* in *Novissimo digesto Italiano*, Utet, Torino, II, 1957, 1 ss.

CASANOVA, voce *Impresa*, *Novissimo Digesto Italiano*, VIII, Utet, Torino, 1968, 348 ss.

CASCIOLI, *Il trasferimento d'azienda e la rilevanza del consenso del lavoratore alla cessione del contratto*, DL, 2001, 563 ss.

CASILLO, *Trasferimento di ramo d'azienda, diritto al dissenso e questioni di legittimità*, DML, 2005, 307 ss.

CESTER C., *Unità produttiva e rapporti di lavoro*, Cedam, Padova, 1983

CESTER, *Il trasferimento d'azienda e di parte d'azienda fra garanzia per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione della direttiva comunitaria è conclusa?*, M.T. Carinci (a cura di),

CESTER, *Somministrazione, comando, distacco, appalto, trasferimento d'azienda*, Coordinato da F. Carinci, Milano, Ipsoa, 2004, 271

CESTER, *La fattispecie: nozione di azienda, di ramo di azienda e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie*, in *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, Padova, 2005, p. 185 ss.

CESTER, *Le novità in materia di trasferimento di ramo d'azienda*, Carinci (a cura di), Miscione, *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al disegno di legge delega 2002*, Milano, 2002, 26

CESTER, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, LG, 2001, 507

CHIECO, *Delocalizzazione della subordinazione e somministrazione di lavoro: gli effetti, i rimedi*, RIDL, 2005, 338

CHIECO, *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007*, LG, 5, 467

CHIECO, *Somministrazione, comando, distacco, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il D. Lgs. 276/2003*, Bari, Cacucci, 2004, 91 ss.

CIAN G. - TRABUCCHI A., *Commentario breve al codice civile*, Cedam, Padova, 2006

CINELLI, NICOLINI, "L'avvio della XV Legislatura. Il DPEF 2007 – 2013 e il 'Decreto Bersani'", RIDL, 2006, III, 214

CIUCCIOVINO, *La disciplina dei rapporti di lavoro*, in M.T. Carinci-Cester (a cura di) *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, Milano, 2004, 73

CIUCCIOVINO, *La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il d. lgs. 18/2001*, in De Luca Tamajo (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Esi, Napoli, 2002, 86 ss.

CIUCCIOVINO, *La nozione di “azienda trasferita” alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza interna e della disciplina comunitaria*, ADL, 1998, 893 ss.

CIUCCIOVINO, *La nozione di azienda trasferita alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza interna e della disciplina comunitaria*, ADL, 1998, 895

COLOMBO, *Il trasferimento dell’azienda e il passaggio dei crediti e dei debiti*, Cedam, Padova, 1972

COLOMBO, *L’azienda e il suo trasferimento*, in *L’azienda ed il mercato, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1979, 1 ss.

CORAZZA, *Contractual integration, impresa e azienda*, GDLRI, 1999, 385 ss.

CORRADO, *Commento al contratto collettivo di lavoro per l’industria metalmeccanica 19 aprile 1973*, Angeli, Milano, 1974, 152

COSIO R., *Disciplina del trasferimento d’azienda*, F. Angeli editore, Milano, 1995

COSTI, *La titolarità di più imprese*, Arc. Giur., 1964, 87 ss.

COTTINO G. E., *L’azienda ed il suo trasferimento*, in *L’azienda ed il mercato*, in Caselli, Colombo, Corati, Libertini, Mastragostino, Minervini, Ottaviano (a cura di), in Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, vol. III, Cedam, Padova, 1979, p. 1 ss

COTTINO, *Diritto commerciale*, I, Cedam, Padova, 1993

COTTINO, *L’impresa nel pensiero dei Maestri degli anni Quaranta*, in *GComm*, I, 2005, 5 ss.

DE ACUTIS MAURIZIO, *L’associazione in partecipazione*, Cedam, Padova, 1999

DE ANDREIS – FRANCIOSO, *Nelle cessioni parziali d’azienda è sempre rilevante il consenso dei singoli lavoratori addetti ai rami oggetto di cessione*, DL, 2001, 557 ss.

DE CRISTOFARO, *Trasferimento d’azienda e successive dimissioni del lavoratore*, in *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, Padova, 2005, p. 263 ss.

DE FERRA, *L’interesse dell’impresa: variazioni sul tema*, *Scritti in onore di Graziani*, I, Martorano editore, Napoli, 1968, 443 ss.

DE FRANCHIS, *Law Dictionary*, Milano, Giuffrè, 1996

DE LUCA TAMAJO, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, RIDL, I, 2007, 3 ss.

DE LUCA TAMAJO, *I processi di terziarizzazione intra moenia ovvero la fabbrica multisocietaria*, DML, 1999, 66

DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del trasferimento del ramo d'azienda dal codice civile al d. lgs. n. 276 del 2003*, in *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, Padova, 2005, p. 277 ss.

DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in De Luca Tamajo (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Esi, Napoli, 2002, 86 ss.

DE LUCA TAMAJO, *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione*, RIDL, 2003, 167 ss.

DE MARTINO, *L'usufrutto d'azienda*, Milano, 1950

DE RETTIS, *Quali sono i contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda che non hanno carattere personale?*, GC, 2003, 1617 ss.

DEL PUNTA, *la Nuova disciplina degli appalti e delle somministrazioni di lavoro*, AA. VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Giappichelli, Milano, 2004, 161 ss.

DEL PUNTA, *La nuova disciplina dell'appalto e della somministrazione di lavoro*, in AAVV *Come cambia il mercato del lavoro*, Milano, 2004, 161

DEL PUNTA, *Ragioni economiche, tutela dei lavori e libertà del soggetto*, RIDL, 2002, 401 ss.

DELLA ROCCA, *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, MGL, 2001, 588

DI NUNZIO, *Vincoli e opportunità per le imprese nell'accesso alle diverse tipologie contrattuali dopo la Riforma Biagi: una rassegna critica*, in M. Tiraboschi (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro: prime interpretazioni e proposte di lettura del d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276, il diritto transitorio e i tempi della riforma*, Giuffrè, Milano, 2004

DI STASI A., *Diritto d'impresa e diritto del lavoro*, Ediesse, Milano, 2005

ESPOSITO, *Profili evolutivi dell'appalto di manodopera*, GDLRI, 1999, 411 ss.

FALASCA, *Con la Finanziaria cambia ancora la disciplina degli appalti*, GL, 4, 39

FANTOZZI, *Impresa ed imprenditore*, *Enciclopedia del diritto*, Treccani, Roma, 1989

FERRARA JR, *La teoria giuridica dell'azienda*, Giuffrè editore, II ed., Milano, 1982

FERRARI, voce *Azienda*, in *Enciclopedia giuridica*, 1979, 411 ss.

FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torno, 1955, 100 ss.

FICARI L., *Tutela del lavoro e nuovi schemi organizzativi nell'impresa*, Giuffrè editore, Milano, 2005

FOGLIA, *L'attuazione giurisprudenziale del diritto comunitario del lavoro*, Padova, Cedam, 2002, 177 ss.

FOGLIA, *Trasferimento d'azienda ed effetti sul rapporto di lavoro*, MGL, 1991, 330 ss.

FONTANA, *Fusione di società, trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro*, DL, 1982, 48 ss.

FONTANA, *La successione dell'imprenditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1970, 1 ss.

FRANCESCHINIS, *L'art. 2112 c.c. dopo il d. lgs. 276/2003*, D&L, 2003, 863

FRANCESCHINIS, *Le recenti modifiche legislative in materia di trasferimento di azienda*, D&L, 2001, 341

FRANCESCHINIS, *Le recenti modifiche legislative in materia di trasferimento di azienda*, D&L, 2001, 341

GALAGANO, *Diritto commerciale. L'imprenditore*, Zanichelli, Bologna, 1991, 66 ss.

GALLEANO, *Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di iprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti – D. Lgs.. 2 febbraio 2001 n. 18*, NLCC, 2002, 1263 ss.

GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, RGL, 2003, 350

GHINI, *Contemperamento degli interessi coinvolti nel conferimento d'azienda o di ramo d'azienda*, *Le società: Riv.dir.prat.comm.fis.soc.*, 2005, 869 ss.

GHIRONI, *L'imprenditore, l'impresa e l'azienda*, Torino, s.d., 259

GIANNATTASIO, *Impresa e azienda*, RDC, 1976, 358 ss.

GIANNATTASIO, *Impresa e azienda*, RDC, 1977, 14 ss.

- GIANNATTASIO, *Impresa e azienda*, RDC, 1977, 238 ss.
- GIUBBONI, *L'outsourcing alla luce della direttiva 98/50/CE*, GDLRI, 1999, 423 ss.
- GIUSTI, *Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti – D. Lgs.. 2 febbraio 2001 n. 18*, NLCC, 2002, 1263 ss.
- GRAGNOLI, *Contratti di appalto e trasferimento d'azienda*, AA. VV., *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, in *Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza. Quaderni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005
- GRANDI M., *Rapporto di lavoro*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVIII, Milano, 1987, 351 ss.
- GRANDI, *La modificazione del rapporto di lavoro. I. Le modificazioni soggettive*, Milano, Giuffrè, 1972
- GRANDI, *Lavoro e valori: note sulla prospettiva assiologia di Luigi Mengoni*, ADL, 2006, 697
- GRANDI, v. *Trasferimento d'azienda*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Torino, XXXI, 1995
- GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*, Napoli, 1962, 81 ss.
- GRECO, *Profilo dell'impresa economica*, Utet, Torino, 1942, 115 ss.
- GUARINO, *Dell'impresa e del metodo nel diritto*, GComm., 1978, 185 ss.
- GUATRI BINI, *Nuovo trattato sulla valutazione delle aziende*, Egea, Milano, 2005
- ICHINO P., *Lezioni di diritto del lavoro. Un approccio di labour law and economics*, Giuffrè editore, Milano, 2004
- ICHINO, *Il rapporto di lavoro nell'appalto di servizi. Commento sub art. 29*, in Pedrazzoli (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, 2004, 323 ss.
- JEAMMAUD e LE FRIANT, *Corte di giustizia europea, corti nazionali, trasferimento d'azienda. L'esperienza francese*, *ivi*, 1997, 91
- JUNIOR ECIO PERIN, *L'impatto sul diritto del lavoro della riforma del diritto commerciale: tutela dei lavoratori nelle vicende circolatorie dell'azienda e patto di non concorrenza*, DRI, 2006, 1231 ss.
- KOENER, *Corte di Giustizia europea, corti nazionali, trasferimento d'azienda. L'esperienza tedesca*, *ivi*, 1997, 117 ss.

- LA LUMIA, *Teoria giuridica dell'azienda commerciale*, RDComm., 1940, I, 413
- LAMBERTUCCI, *Area contrattuale e autonomia collettiva*, AA VV; *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro – Trento, 4 – 5 giugno 1999*, Giuffrè, Milano, 2000
- LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Torino, 1999
- LAMBERTUCCI, *Profili ricostruttivi della nuova disciplina in materia di trasferimento d'azienda*, RIDL, 1992, I, 159
- LEPORE, *Trasferimento d'azienda e diritto di opposizione del lavoratore alla sua cessione*, RGLPS, 2001, 356
- LIEBMAN S., *Trasferimento d'azienda, continuità del rapporto di lavoro e trattamento applicabile ai lavoratori*, DRI, 1992, 21 ss.
- LIEBMAN, *Trasferimento d'azienda e responsabilità dell'acquirente nel passaggio dalla vecchia alla nuova disciplina*, RIDL, 1993, II, 840
- LUNARDON, *Avvicendamento delle discipline collettive e continuità del rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, MGL, 199, 199
- LUNARDON, *Contrattazione collettiva e governo del decentramento*, in Atti del Convegno CSDN – *L'impresa tra esternalizzazione e processi di materializzazione: le ricadute nel rapporto di lavoro* – Verona 31 gennaio, I febbraio 2004, in www.csdn.it
- LUNARDON, *Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti – D. Lgs. 2 febbraio 2001 n. 18*, NLCC, 2001, 428
- MAGNANI – SCARPELLI, *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazione*, GDLRI, 1999, 486 ss.
- MAGNANI M., GUAGLIANONE L., TINTI A. R., Villani G., *Disposizioni in tema di trasferimento d'azienda*, in NLCC, 1992, 627 ss.
- MAGNANI, *Le esternalizzazioni e il nuovo diritto del lavoro*, in Magnani-Varesi (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali, Commentario ai decreti legislativi n. 276/03 e n. 251/04*, Torino, 2005, 283
- MAGNO, *Licenziamento in occasione di trasferimento d'azienda e riassunzione da parte dell'acquirente*, DL, 1979, 136 ss.
- MAGNO, *Quali mezzi di tutela del lavoratore in caso di scissione e fusione di società?*, DL, 1992, 435 ss.

MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Milano, Franco Angeli, 1980, 93 ss.

MANACCIA G., *Il trasferimento d'impresa o di azienda? Innovazione e continuità dell'art. 2112 c.c.*, atti del convegno CSDN, Genova 15 marzo 2002, in www.diritto-lavoro.it

MANGINI, *L'azienda, Diritto Commerciale*, Zanichelli, Bologna, 1995, 3

MARAZZA M., *Impresa ed organizzazione nella nuova nozione di azienda trasferita*, ADL, 2001, p. 599 ss.

MARAZZA M., *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Cedam, Padova, 2002

MARESCA A., *Le "novità" del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, ADL, 2001, p. 588 ss.

MARESCA, *Gli obblighi di informazione e consultazione sindacale nel trasferimento d'azienda*, DRI, 1992, 7

MARESCA, *Le novità del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, ADL, 2001, 587

MARINELLI, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Giappichelli, Torino, 2002

MARINELLI, *Il trasferimento di ramo d'azienda e i suoi effetti sui rapporti di lavoro*, RIDL, 2001, II, 522 ss.

MARTONE, *Contratto di lavoro e "beni immateriali"*, Cedam, Padova, 2002

MASSA, *Sulle nuove posizioni del diritto commerciale*, RDComm, 1942, 68 ss.

MATTIUZZO, *Le nuove responsabilità del committente, appaltatore e subappaltatore*, GL, 6, 2007, 559

MAZZOTTA, *Diritto di intermediazione di manodopera*, AA VV, *Lavoro decentrato. Interessi dei lavoratori. Organizzazione delle imprese*, CSDN, Cacucci editore, Bari, 1996

MAZZOTTA, *Le nuove norme in materia di somministrazione di lavoro*, Relazione Convegno Paradigma, Milano novembre 2003, 1

MENEGATTI, *Il difficile ruolo della nozione di trasferimento di ramo d'azienda*, LG, 2003, 219

MENGONI L., *Diritto e valori*, Il Mulino, Bologna, 1985

- MINERVINI A., *Imprese, cooperative e trasferimento d'azienda*, Giuffrè, Milano, 1994
- MINERVINI A., *La professionalità del lavoratore nell'impresa*, Cedam, Padova, 1986
- MINERVINI G., *Nuove riflessioni sulla crisi d'impresa*, *GComm.*, I, 1977, 689 ss.
- MINERVINI, *Le vicende del rapporto di lavoro nella fase del trasferimento d'azienda*, *DL*, 1992, 321 ss.
- MISCIONE, *Il correttivo 2004 del D. Lgs. 276/2003*, *LG*, 2004, 7, 621
- MISCIONE, *Libertà di appalti dopo il D. Lgs. n. 276/2003: l'abrogazione del divieto di interposizione (ricadute sul piano sistematico e sanzionatorio)*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, II, Cedam, Padova, 2005, 1175
- MOSSA, *Diritto commerciale*, Milano, Sel, s.d.
- NAPOLI M., *Il diritto del lavoro tra conferme e sviluppi (2001 – 2005)*, Giappichelli editore, Torino, 2006
- NAPOLI M., *Lavoro, diritto, mutamento sociale (1997 – 2001)*, Giappichelli editore, Torino, 2002
- NAPPI, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, Esi, Napoli, 1999
- NAPPI, *Trasferimento d'azienda e trasformazioni del datore di lavoro*, in *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro, Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza. Quaderni di diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005
- NASI, *Osservazioni su una recente teoria dell'impresa*, *RDComm.*, 1960, 383 ss.
- NICOLOSI, *Autonomia privata e trasferimento d'azienda. Rinunce tacite e facoltà di opposizione alla prosecuzione del rapporto di lavoro con il cessionario tra disciplina interna e diritto comunitario*, *DML*, 2005, 763 ss.
- NOVELLA – VALLAURI, *Il nuovo art. 2112 ed i vincoli di diritto europeo*, *GDLRI*, 2005, 177 ss.
- NOVELLA, *Analisi economica e interpretazione nel diritto del lavoro*, *RIDL*, 2002, 311
- NUZZO, *Trasferimento di azienda e rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 2002
- OPPO, *Diritto dell'Impresa*, in *Scritti giuridici*, Cedam, Padova, I, 1992
- OPPO, *Principi*, in *Trattato di diritto commerciale, V. Buonocore* (a cura di), Giappichelli, Torino, 2001

PACCHIANA PALLAVICINI, *Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti – D. Lgs. 2 febbraio 2001 n. 18, NLCC, 2002, 1283 ss.*

PANCINI, *La nozione del trasferimento d'azienda nel diritto del lavoro, NGCC, 1999, II, 101 ss.*

PASSALACQUA, *Patto per l'Italia: sviluppi e prospettive in tema di trasferimento d'azienda, DL, 2002, 221*

PELAGGI, *Le procedure sindacali per il trasferimento d'azienda, a cinque anni dall'entrata in vigore dell'art. 47, l. 29 dicembre 1990, n. 428, MGL, 1995, 789*

PERLINGERI, *Organizzazione dell'impresa e rapporti di lavoro, DML, 2005, 516 ss.*

PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione, 1966, Padova, Cedam*

PERULLI, *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: problemi e prospettive, RIDL, I, 2007, 30 ss.*

PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione, ADL, 2003, 413 ss.*

PESSI, *Economia e diritto, GDLRI, 2006, 433 ss.*

PETTITI, *Il trasferimento volontario d'azienda. Notazioni esegetiche e sistematiche, Napoli, 1970, 7 ss.*

PICCININO, *Trasferimento d'azienda, recesso ed autonomia privata, DL, 1979, 386 ss.*

PINTO V., *I gruppi societari nel sistema giuridico del lavoro, Cedam, Padova, 2006*

PIRAS, *Nuove forme di organizzazione dell'attività d'impresa, GComm, I, 70 ss.*

PIZZOFERRATO, *I riflessi della direttiva 98/50/CE sull'ordinamento italiano, GDLRI, 1999, 463*

PIZZOFERRATO, *La nozione "giuslavoristica" di azienda fra diritto interno e diritto comunitario, RIDL, 1998, I, 429*

PIZZOFERRATO, *Trasferimenti d'azienda e contratto collettivo applicabile: qualcosa è cambiato?, GI, 1993, 1519*

PORCHIA, *L'incidenza del diritto comunitario all'interno dell'interpretazione dell'art. 2112 c.c.: rilevanza della manifestazione della volontà del lavoratore*, RGDL, 1999, 389

PRATI, *Il trasferimento d'azienda*, Giappichelli, Torino, 2005

PRESTI - RESCIGNO, *Impresa – contratti – titoli di credito*, in *Corso di diritto commerciale*, vol. I, Zanichelli editore, Bologna, 2005

PROSPERETTI, *La posizione dell'impresa nell'evoluzione del diritto del lavoro*, *Scritti in onore di Alessandro Graziani*, IV, Morano editore, Napoli, 1968

RAFFI, *Tutela del lavoratore nel trasferimento di azienda tra normativa nazionale e normativa comunitaria*, Giuffrè, Milano, 2004

RAVA', *Il sistema del diritto civile di fronte all'azienda. Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, RDC, 1970, 1 ss.

RIVA - SANSEVERINO, *art. 2112 c.c., Commentario al codice civile Scialoja Branca*, Scialoja Branca (diretto da), Zanichelli, Bologna, 1974

RIVA - SANSEVERINO, voce *Imprenditore*, *Commentario al codice civile Scialoja Branca*, Scialoja Branca (diretto da), Zanichelli, Bologna, 1974

RIVOLTA, *Il trasferimento volontario d'azienda nell'ultimo libro di Domenico Pettiti*, RDC, 1973, 13 ss.

ROCELLA, AIMO, IZZI, *Diritto comunitario del lavoro, casi e materiali*, Torino, Giappichelli editore, 2005

ROMAGNOLI, *Le prestazioni ed il contratto di società*, Cedam, Padova, 1967

ROMEI, *Azienda, impresa, trasferimento*, GDLRI, 2003, 49 ss.

ROMEI, *Cessione di ramo di azienda e appalto*, GDLRI, 1999, 525 ss.

ROMEI, *Il contratto di somministrazione di lavoro*, RIDL, 2006, 403 ss.

ROMEI., *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda: art. 2112. Commentario al Codice Civile diretto da Piero Schlesinger*, Milano, 1993, 5 ss.

ROMEO, *Lo "sdoppiamento" del datore di lavoro con particolare riferimento al potere disciplinare*, AA. VV., *Tutele del lavoro e nuovi schemi organizzativi nell'impresa*, Ficari (a cura di), Giuffrè editore, Milano, 2005

ROTONDI, *Trattato di diritto industriale*, Cedam, Padova, 1929

RUNGGALDIER, *Trasferimento d'azienda e consenso del lavoratore alla cessione del contratto*, GDLRI, 1999, 523 ss.

RUSSO, *Il diritto di opposizione del lavoratore al trasferimento di azienda: arma a doppio taglio*, DRI, 2005, 510 ss.

RUSSO, *Le modifiche all'art. 2112 del codice civile in materia di trasferimento d'azienda*

SALENTO, *Somministrazione, appalto, organizzazione: politiche del diritto, interpretazioni, teorie organizzative*, DLRI, 2006, 441

SANSEVERINO, voce *Imprenditore*, *Commentario al codice civile Scialoja Branca*, Scialoja Branca (diretto da), Zanichelli, Bologna, 1974

SANTINI, *Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti – D. Lgs. 2 febbraio 2001 n. 18*, NLCC, 2002, 1294 ss.

SANTORO PASSARELLI F., *Il lavoro nell'impresa, Studi in onore di Alberto Asquini*, IV, Cedam, 1965, p. 1775 ss.

SANTORO PASSARELLI F., *L'impresa nel sistema del diritto civile*, RDCComm, I, 1942, 376 ss.

SANTORO PASSARELLI G., *Ancora in tema di trasferimento d'azienda*, DL, 1994, I, 145

SANTORO PASSARELLI G., *Fattispecie ed interessi tutelati nel trasferimento di azienda e di ramo d'azienda*, RIDL, 2003, 189 ss.

SANTORO PASSARELLI G., *Il trasferimento d'azienda rivisitato*, MGL, 1991, 464 ss.

SANTORO PASSARELLI G., *Il trasferimento d'azienda*, in *Trattato Rescigno*, XV, 1, Torino, 1985, 559 ss.

SANTORO PASSARELLI G., *Trasferimento d'impresa: un delicato compromesso tra tutela individuale, mercato del lavoro e sviluppo economico*, ADL, 2005, 711 ss.

SANTORO PASSARELLI G., *Il trasferimento d'azienda rivisitato*, RIDL, 1991, 469

SARALE M., *Dal gruppo all'impresa a rete: i processi di outsourcing*, in *Diritto Commerciale, Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, Giuffrè editore, Milano, II 2005, 1665 ss.

SCARPELLI, *Interposizione ed appalto nel settore dei servizi informatici*, in Mazzotta (a cura di), *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, Milano, 1990, 43 ss.

SCARPELLI, *Nozione di trasferimento di ramo d'azienda e rilevanza del consenso del lavoratore*, RIDL, 2003, 150 ss.

SIMITIS, *Fine e rinascita del diritto del lavoro. Il caso della Corte di giustizia europea*, GDLRI, 1992, 521 ss.

SORDI, *La Corte Costituzionale riconduce a razionalità l'apparato sanzionatorio in tema di lavoro temporaneo*, NLCC, 2006, 883 ss.

SPADA, *Lezioni sull'azienda*, in AA. VV., *L'impresa*, Milano, 1985, 55

SPEZIALE, *Art. 20 Somministrazione*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Perulli-Gragnoles (a cura di), Cedam, Padova, 2004, 275

SPEZIALE, *La struttura del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, DLRI, 1998, 300

SPOLIDORO, *Conferimento di ramo d'azienda, considerazione su fattispecie e disciplina applicabile*, GComm., 1992, 692 ss.

SPOLIDORO., *Sul capitale delle società di persone*, Riv. Soc., 2001, II, 790 ss.

STRAMBACI, MARIANI, *Worterbuch*, Milano, Giuffrè, 1996

TINTI, *La nozione di trasferimento d'azienda ed il nuovo art. 2112 c.c.*, NCLL, 1002, 647

TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in Tiraboschi (a cura di), *La riforma Biagi. Il decreto correttivo*, in Tiraboschi (a cura di), *Riforma Biagi. Il decreto correttivo*, GL, 2004, 37, II

TIRABOSCHI, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*. Atti del Seminario CSDN, Pordenone 15 dicembre 2006

TIRABOSCHI, *Somministrazione, appalto di servizi, distacco. La riforma Biagi, Commentario allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro*, Supplemento Gdlav. 4/2003, 66

TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario*, Milano, 1998, 2000, p. 207

TOSI A., *Brevi osservazioni in merito alla derogabilità dell'art. 2112 c.c.*, GI, 1982, 1559 ss.

TOSI A., *Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti – D. Lgs. 2 febbraio 2001 n. 18*, NLCC, 2002, 1231 ss.

VACCARO, *Impresa e azienda*, RDC, 1977, 358 ss.

VALERI, *Manuela di diritto commerciale*, Firenze, 1948 vol. II

VALLEBONA, *La disciplina dei rapporti di lavoro in caso di fusione e di scissione di società*, DL, 1992, 435 ss.

VANZETTI, *Osservazioni sui contratti relativi all'azienda ceduta*, in *Impresa e società. Scritti in memoria di Alessandro Graziani*, Morano editore, Napoli, 1968

VANZETTI, *Trent'anni di studi sull'azienda*, Riv. Dir. Comm., I, 1958, 32 ss.

VANZETTI, *Trent'anni di studi sull'azienda*, Riv. Dir. Comm., II, 1958, 105 ss.

VILLANI, *Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese+ , di stabilimenti o di parti di stabilimenti – D. Lgs.. 2 febbraio 2001 n. 18, NLCC, 2002, 1233 SS.*

ZILIO GRANDI, *Commento all'art. 2112*, in *Codice della vendita*, Buonocore, Luminoso (a cura di), Milano, 2005, 834 ss.

ZILIO GRANDI, *I fenomeni di esternalizzazione e decentramento produttivo dopo la riforma del mercato del lavoro*, LD, II – III, 2006, 427 ss.

ZILIO GRANDI, *La nozione di trasferimento d'azienda nella giurisprudenza e nel "nuovo" art. 2112 c.c.*, GI, 1992, VI, 1151, 1158

ZOLI, *Contratto e rapporto tra potere ed autonomia nelle recenti riforme di diritto del lavoro*, in *Atti del Convegno Nazionale di Studi AIDLASS – Autonomia individuale e autonomia collettiva alla luce delle più recenti riforme – Padova, 21 e 22 maggio 2004*, in www.aidlass.it

ZOLI, *Passaggio diretto del lavoratore da un'azienda ad un'altra*, GC, 1982, 3018 ss.