



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA
"TOR VERGATA"**

FACOLTA' DI ECONOMIA

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DEL LAVORO, SINDACALE E
DELLA PREVIDENZA

CICLO DEL CORSO DI DOTTORATO

XXII

**I PROCESSI DI ESTERNALIZZAZIONE E DI
DELOCALIZZAZIONE**

LIDIA MOLISSO

A.A. 2009/2010

Docente Guida/Tutor: Prof. SERGIO MAGRINI

Coordinatore: Prof. SERGIO MAGRINI

CAPITOLO II

IL TRASFERIMENTO DI RAMO DI AZIENDA

- 1. Introduzione.....p. 38**
- 2. La nozione di trasferimento di azienda nella elaborazione antecedente
a l l ' a r t . 1 1 d e l r . d . l . n .
1825/1924.....p. 41**
- 3. Il trasferimento d'azienda e di ramo di azienda nel vecchio testo
d e l l ' a r t . 2 1 1 2
c.c.p. 45**
- 4. Il decreto legislativo n. 18/2001p. 51**
- 5. Il nuovo articolo 2112 c.c. : la modifica operata dall'art. 32 del decreto
l e g i s l a t i v o 2 0 0 3 , n .
276.....p. 56**
- 6. Il ramo di azienda : l'articolazione funzionalmente autonoma e
attività economica organizzata e il requisito della preesistenza al**

trasferimento.....	
..p. 58	
7. La nozione di azienda tra diritto interno e diritto comunitario.....	p. 66
8. La <i>fraus legi</i> nei processi di esternalizzazione: il trasferimento d'azienda è nullo se effettuato in frode alla legge.....	p.70
9. Direttive comunitarie e la Corte di Giustizia.....	p.78
9.1 La direttiva 77/187/CEE.....	p. 80
9.2 La direttiva 98/50 CE.....	p.84
10. La giurisprudenza della Corte di Giustizia e la sua influenza sulla n o r m a t i v a comunitaria.....	p.87
11. Nozione dematerializzata di azienda.....	p.92
12. L'irrilevanza del consenso del lavoratore.....	p.94
13. Le ipotesi riconducibili alla fattispecie del trasferimento di azienda: le vicende societarie, la successione nell'appalto ed il c.d outsourcing di nuova generazione.....	
..p. 97	

CAPITOLO III

LE IPOTESI DI DISSOCIAZIONE DATORIALE: DIVIETO DI INTERPOSIZIONE DI MANODOPERA E DISTACCO

1.	Il divieto di interposizione e l'appalto lecito.....	p. 105
2.	I processi di materializzazione	p. 110
3.	Outsourcing e disciplina dell'appalto.....	p. 114

4. **Le ipotesi di dissociazione tra titolarità del contratto ed esercizio dei poteri di organizzazione.....p. 116**
5. **Il distacco dei lavoratori: la nuova disciplina ed i nuovi orientamenti giurisprudenziali.....p. 124**
6. **Distacco nei gruppi di imprese.....p. 135**
7. **Il distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionali : la direttiva n. 96/71.....p. 137**
8. **IL rapporto tra la nozione comunitaria di distacco del lavoratore, quale emergente dall'art. 30 D.Lgs n. 276 del 2003.....p. 143**
9. **La libertà di prestazione dei servizi e la collocazione che le politiche sociali e le tutele del lavoro hanno assunto nell'ordinamento giuridico della Comunità Europea: orientamenti della Corte di Giustizia.....p.145**
10. **I casi Laval, Ruffert e Commissione c/lussemburgo e l'applicazione della direttiva n. 96/71.....p. 148**
11. **L'anomalo limite dell'ordine pubblico nell'articolo 3.10 della Direttiva n. 96/71.....p. 154**

CAPITOLO IV

LA TUTELA DI LAVORATORI NEI PROCESSI DI ESTERNALIZZAZIONE

- 1. La successione nel contratto di lavoro, il licenziamento e le dimissioni.....
.....p. 157**
 - 2. Le altre garanzie previste dall'art. 2112 c.c. e tutela della prestazione del
lavoratore.....p. 166**
 - 3. La posizione del lavoratore coinvolto nei processi di esternalizzazione: l'equilibrio tra flessibilità e tutela.....p. 172**
 - 4. I limiti al controllo sindacale sui processi di esternalizzazione all'autonomia privata
dell'imprenditore.....p. 174**
 - 5. La tutela convenzionale dei lavoratorip. 177**
 - 6. I diritti di informazione e consultazione sindacale e la nuova disciplina del DLgs n. 25 del
2007.....p. 183**
 - 7. La dimensione internazionale dell'impresa nella valutazione del legislatore comunitario: i diritti di informazione e consultazione sindacale nella società
europea.....p.
185**
- CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.....p.189**
- BIBLIOGRAFIA.....p. 194**

CAPITOLO I

IL FENOMENO ESTERNALIZZAZIONE E LA DELOCALIZZAZIONE: IMPRESA TRASNAZIONALE NELL'ECONOMIA GLOBALE

1. Il processo di esternalizzazione: flessibilità tra precarietà e stabilità del posto di lavoro

Il fenomeno dell'outsourcing ha suscitato un grandissimo interesse, ed ha corroborato gli accesi dibattiti sul ruolo stesso del diritto del lavoro e su di una sua presunta crisi di identità¹.

Lo studio di un tale fenomeno ha caldeggiato la necessità di una comprensione degli stretti legami esistenti tra l'economia ed il diritto², due scienze in dialettica

¹ R:De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessioni di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in AA.VV. *I processi di esternalizzazioni. Opportunità e vincoli giuridici*, a cura di R. De Luca Tamajo, Napoli, 2002, 14 ss.

² R. Del Punta, *Mercato o Gerarchia? Il disagio del diritto del lavoro nell'area delle esternalizzazioni*, DML, 2000, I, 50 ss.

continua tra loro³, in particolare la scienza dell'esser socio-economico e quella del dover esser giuridico⁴. In tal guisa dopo aver sottolineato la tendenza del mercato ad imporsi come una realtà pervasiva dell'intera società, si rileva che il buon diritto non è quello che si pone all'esclusivo servizio delle ragioni economiche, ma quello che sa contrapporsi ad esse, impedendo la mercatizzazione della società e l'identificazione dei diritti civili e dei diritti umani naturali con quelli economici, indicando limiti e correttivi⁵.

Obiettivo per la politica, del diritto è la realizzazione di una economia sociale di mercato, e si cerca di armonizzare le ragioni dell'economia con quelle dell'equità e della giustizia⁶.

³ R. Del punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, DLRI, 2001, 2001, 311, A. Fumagalli, *flessibilità e gerarchie nel mercato del lavoro: il potere dell'economia sul diritto*, RGL, 2001, I, 219 ss. F. Galgano, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, CI, 2000, 189 ss, T. Ascarelli, *Ordinamento giuridico e processo economico*, in T. Ascarelli, *Problemi giuridici*, Milano, 1959, 47.

N. Irti, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, RDC, 1999, I, 13, " la distinzione di forma e contenuto non riesce appagante, poiché la norma non è un semplice vaso, che attenda di essere riempito, e l'atto economico non è grezza materia, su cui si imprima la forma del diritto. La norma è già tutt'uno, forma e contenuto e vive la sua propria realtà, del suo essere come schema tipico e classificatorio. La norma ci consente di attribuire significato giuridico agli atti economici, cioè di risolverli in atti giuridici e casi degli schemi previsti"

P. Barcellona, *Diritto e processo economico*, Napoli 1997, 7, il quale sottolinea che " se non si vuol, dunque, ridurre il diritto ad una tecnica neutrale e indifferente ai contenuti è necessario allora cercar di mostrare che esiste una correlazione funzionale fra certe strutture sociali e certi sistemi normativi e che tale rapporto si riflette sui caratteri formali dello stesso sistema normativo".

R. Del Punta op.cit., il quale sottolinea che " per conoscere e calcolare l'impatto reale di date scelte normative, e per scongiurare il rischio che esse tradiscono le intenzioni che le avevano animate... è indispensabile, ancora una volta, l'apporto delle scienze sociali, e soprattutto dell'economia", così da " verificare la tenuta del diritto del lavoro alla luce dei dettami dell'efficienza economica".

⁴ P. Perlingieri, *Economia e diritto*, in P. Perlingieri, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003, 276, secondo il quale " il diritto e l'economia sono scienze distinte, in quanto hanno modelli e metodi diversi", esse " devono dialogare tra loro e l'oggetto della loro conoscenza è la realtà intesa nella sua globalità".

Sul punto P. Ichino, *Il dialogo tra economia e diritto del lavoro*, RIDL, 2001, I, 166, P. Perlingieri, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, Rass DC, 1995, 92 ss, P. Perlingieri, *Economia e diritto*, op.cit., 271 ss secondo il quale " l'istituzionalizzazione del mercato non può prescindere dall'assunzione di un garante esterno, sia esso la morale (laica o religiosa) o il diritto".

⁵ F. Scarpelli, *Esternalizzazioni e diritto del lavoro: il lavoratore non è un amerce*, DRI, 1999, 351 ss. R. Romei, *Cessione di ramo d'azienda e appalto*, DRLI, 1999, 377 ss.

⁶ AA.VV. *Quale futuro per il diritto del lavoro? Atti della giornata di studio (Milano, 12 Aprile 2002)*, Milano, 2002.

Secondo parte della dottrina invece il diritto, ed in particolare il diritto del lavoro deve rimanere aperto nei confronti di qualsiasi acquisizione rilevante, e quindi anche nei confronti dell'economia.

Non esiste tra le due scienze un duello mortale ma, viceversa, un contributo essenziale dell'economia per il rafforzamento del diritto, cioè alla capacità di produrre un essere economico corrispondente al dover essere posto dalla norma.

Si associa la necessità della ricerca di una interpretazione della norma giuridica che non si limiti alla prospettiva di una valutazione solo deontologica del dover essere, ma che, inserita nel contesto socio- economico, si soffermi con attenzione all'esame dell'essere degli effetti prodotti dalla norma stessa, ed in tal guisa si cerca di non trascurare le esigenze provenienti dal mercato, come l'efficienza.

Sebbene possa sembrare auspicabile una situazione di tal fatta non bisogna dimenticare o celare i rischi della stessa, come rimanere soggiogati dalla tendenza pervasiva dell'economia, come l'imperialismo⁷, ovvero come propensione del ragionamento economico ad imporsi anche nel campo di altre scienze. Bisogna, infatti, considerare il significato ed il ruolo dei valori, e considerare anche gli effetti distributivi, non si deve diroccare la libertà del giurista di ritenere preferibile una soluzione basata sulla tutela dei valori non economici come determinante ed esclusivo della decisione giuridica⁸.

La regola giuridica, infatti, costituisce il luogo di incontro di molti valori, bilanciati e sintetizzati nella norma, alcuni economici, come l'efficienza, la produttività o l'occupazione, altri non economici, quali l'equità, l'uguaglianza, la solidarietà, la libertà, la dignità, la salute o la sicurezza. Questi ultimi hanno una valenza

⁷ G.Quadri.op.cit.12 ss.

⁸ G. Calabresi, *Il futuro dell'analisi economica del diritto*, SD, 1990, 50 ss secondo il quale “ il diritto svolge non solo la funzione di decidere i punti di partenza, ossia i diritti, nonché di allocare le ricchezze, ma anche quella di tutelare i valori, facendo s' che certe idee vengano accolte e certe altre, invece, respinte. Il diritto, infatti, non solo riflette i valori e gli ideali esistenti, ma interviene anche attivamente nella loro produzione sociale”.P. Schlesinger, *Mercati, diritto privato, valori*, in AA.VV., *Lavoro mercati, valori*, a cura di M. Napoli, Milano, 2003, 9, secondo il quale “ per i valori possiamo intendere ogni finalità ideale apprezzabile, idonea a migliorare la vita umana, e verso la quale è possibile orientare l'azione collettiva (giustizia, libertà, democrazia, uguaglianza, solidarietà, promozione della personalità, istruzione, cultura, ecc.). Naturalmente non tutti i valori sono parimenti apprezzati da tutti(si pensi ai valori religiosi, a quelli etici, a quelli ideologici) e comunque si prestano a preferenze differenziate e graduabili”.

particolarmente penetrante a causa dell'intimo coinvolgimento della persona nel rapporto di lavoro⁹.

Il diritto del lavoro cerca di trovare dei compromessi equilibranti tra libertà ed uguaglianza, rischio e solidarietà, efficienza e socialità, e si deve adeguare alle mutevoli esigenze provenienti dalla realtà socio-economica. E' indubbio che un proprio contrasto non esiste tra la norma ed il fatto economico, poiché è dalla realtà fattuale che la norma trae origine ed è in funzione della medesima che esplica la sua operatività, sussistendo, viceversa, un possibile contrasto tra la norma storicamente posta e le valutazioni emesse successivamente, ossia tra un ordinamento dato ed una mutevole realtà sociale¹⁰.

Proprio discorrendo del fenomeno del c.d. outsourcing, con i suoi sconvolgimenti nelle strutture organizzative delle imprese, si avverte questa esigenza di adeguamento¹¹.

⁹ R. Del Punta, op.cit., 38 ss, il quale sostiene che “ la razionalità della materia del diritto del lavoro deve essere valutata, pertanto, in rapporto non ad un unico valore, bensì all'insieme dei valori espressi dal sistema giuridico e dall'ambiente sociale, e compito del giurista è esserne il guardiano ed il garante; egli, infatti, deve rimanere libero di ritenere preferibile, con onere di adeguata argomentazione e con piena coscienza degli eventuali effetti collaterali, una soluzione basata sulla tutela di valori non economici, come l'equità, l'eguaglianza, la solidarietà, la salute, la sicurezza, la dignità, o – perché no- la libertà nelle sue varie manifestazioni, così come di optare, non ravvisandosi opzioni di valore in senso ostativo, per l'adozione della soluzione più efficiente”.

G. Quadri, *Processi di esternalizzazione, tutela del lavoratore ed interesse dell'impresa*, Jovane, 2004, 10 ss.

¹⁰ N. Lipari, *Diritto e mercato della concorrenza*, RD comm, 2000, I, 370 ss, secondo il quale “ siano difficilmente riconducibile ad un comun denominatore la dimensione della persona, essenzialmente valutabile secondo il registro d'essere, e i criteri individuanti nella concorrenza, misurabile dalla logica dell'avere”.

¹¹ U. Romagnoli, *Il diritto del lavoro nell'età della globalizzazione*, LD, 2003, 570, il quale sostiene che “ l'insieme delle regole è finalizzato alla ricerca di accettabili, ancorché provvisori, compromessi tra le esigenze dell'impresa (efficienza, produttività, competitività) e quelle di salvaguardia dei valori umani (dignità, sicurezza, libertà) di cui è portatore il fattore lavoro per esplicito riconoscimento delle carte costituzionali della seconda metà del Novecento”. F. Galgano, *Le fonti del diritto nella società post-industriale*, SD, 1990, 1-2, 158. T. Ascarelli, op.cit., 72, il ruolo dell'interpretazione “ come costante momento di mediazione tra il *corpus iuris* dato ed una mutevole realtà” è una conseguenza della necessità che l'ordinamento offra una soluzione ad ogni situazione. P. Grossi, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, FI, 2002, V, 156, sottolinea come “la virulenza e la capacità di imperio delle forze economiche abbiano fatto emergere con chiarezza, la lentezza del legislatore statale e l'incapacità della giustizia statale di corrispondere alle esigenze di rapidità e concretezza della prassi economica, prassi economica che a sua volta, si fa produttrice di diritto”. T. Ascarelli, op. cit., 106, “ lo sviluppo legislativo, in genere, si collega con la convinzione della possibilità che il diritto costituisca uno strumento per influire sul processo economico e non già mera garanzia dello svolgimento di un processo economico naturalmente regolato...Questa premessa, a sua volta, si coordina con il mutamento di orientamenti nella scienza economica; con il riconoscimento in questa dell'importanza di fattori istituzionali e con l'abbandono della concezione del processo economico come meccanicamente autoregolantesi”.

L'outsourcing, ovvero la c.d. esternalizzazione consiste nel trasferimento a terzi di una o più funzioni precedentemente svolte all'interno dell'impresa, in modo che le attività esternalizzate non scompaiono dal ciclo aziendale, dal momento che i beni ed i servizi che ne costituiscono il risultato possono essere di nuovo acquisiti dall'impresa originaria attraverso una pluralità di strumenti negoziali^{12, 13}

Questi fenomeni si contrappongono al modello dominante di organizzazione imprenditoriale, quale quello fordista, caratterizzato dalla produzione di massa e dall'accentramento della fase produttiva, prevalentemente industriale, in grandi strutture aziendali.

Oggi però il tessuto economico assume una diversa fisionomia, quale la flessibilità, la professionalità, la specializzazione e la innovazione tecnologica. Sono questi ultimi i caratteri di cui hanno bisogno le imprese per essere competitive. In tal guisa essendo per le grandi imprese l'inesistenza di tali caratteri controproducente, le stesse per continuare ad operare sul mercato, danno avvio a processi di ristrutturazione e ¹⁴riorganizzazione della produzione, ispirati a modelli di frammentazione o destrutturazione del ciclo produttivo.

Si è parlato di un decentramento patologico, posto in essere al fine di eludere le normative di tutela del lavoratore, e di uno fisiologico, motivato da adeguate ragioni tecniche, organizzative ed economiche, derivanti dalla mutate esigenze del mercato.

¹² G. Quadri, op.cit., 21, “ è questa la nozione di esternalizzazione intesa “in senso ampio e generico”, nella quale parrebbe rientrare anche quella di esternalizzazione “in senso proprio”, in cui il trasferimento a terzi di attività o funzioni è accompagnato da quello della titolarità dei mezzi necessari al relativo svolgimento. si parla sovente anche di terziarizzazione”.

Idem, op.cit. 24“ rientrano nel decentramento produttivo tutte le ipotesi di commesse verso imprese decentrate, tecnicamente legate all'azienda madre: dalle sue forme più incisive, attraverso il collegamento e controllo societario, a quelle meno incisive, fondate sulla semplice stabilità delle relazioni negoziali. Questo nell'ipotesi in cui l'impresa decentrata conservi i caratteri di autonomia giuridica e di effettiva genuinità di impianto; ma altresì frequente il caso in cui lo scorporo dell'attività produttiva sia effettuato mediante la costituzione di pseudo-imprese o di società di comodo.

¹³ R. De Luca Tamajo, *I processi di esternalizzazione intra moenia ovvero la fabbrica multisocietaria*, DML, 1999, I, 49 ss.

¹⁴ Si affianca al cambiamento, sopra descritto, il fenomeno del settore terziario.

È indubbio che una politica legislativa ispirata dall'ideologia della flessibilità¹⁵ non può prescindere da una valutazione delle conseguenze di carattere sociale, in particolare viene meno la garanzia della stabilità del posto di lavoro, e, con il ricorso a tipologie di lavoro flessibile, per lo più precarie, si producono ripercussioni sulla vita dei lavoratori¹⁶.

Il sistema di tipo Fordista, dove si caldeggiava la parvenza di un modello unitario e standardizzato di rapporto di lavoro, a tempo pieno e indeterminato, caratterizzato da un vincolo di subordinazione e da una durata tale da coprire l'intera vita del lavoratore dipendente, dove la parcellizzazione delle mansioni non richiedeva al lavoratore particolari qualifiche, la retribuzione assicurava livelli di reddito costanti e stabili, proteggeva la posizione del lavoratore subordinato, considerato appartenente ad una categoria protetta¹⁷.

¹⁵ Sul punto si veda U. Carabelli, *Flessibilizzazione o destrutturazione del mercato del lavoro? Il lavoro interinale in Italia e in Europa*, in AA.VV. *Diritto del mercato del lavoro*, a cura di M. Rusciano e L. Zoppoli, Napoli, 1999. L. Mengoni, *Quale disciplina per i lavori atipici?* DL, 2000, I, 317 ss. P.G. Alleva, *I lavori atipici: pericolo od opportunità?* RGL, 2000, I, 515 ss. F. Mazziotti, *Limiti alla flessibilità*, LG, 2001, 1113 ss. Idem, *Flessibilità e lavoro*. P. Ichino, op.cit., 210. Ferraro, *La flessibilità in entrata alla luce del Libro bianco sul mercato del lavoro*, RIDL, 2002, I, 423 ss. Idem, *Tipologie di lavoro flessibile*, Torino, 2004. Idem, *I lavori flessibili nella riforma del mercato del lavoro, relazione alle Giornate di studio sul tema: Sviluppo e occupazione nel mercato globale, tenutesi a Napoli, il 4 e 5 dicembre 2003*. A. Grulli, *Flessibilità e subordinazione*, DL, 2002, II, 393 ss. G. Ferraro, *I lavori flessibili*, op.cit., secondo il quale il “ processo di flessibilizzazione e di adattabilità delle prestazioni lavorative alle esigenze del sistema economico- produttivo si esprime in innumerevoli manifestazioni alcune delle quali particolarmente significative per l'indagine lavorista: si parla di una flessibilità in entrata e di una in uscita, per alludere alle procedure di reclutamento e di espulsione di manodopera; di una flessibilità organizzativa e /o funzionale, per riferirsi alle operazioni di adeguamento delle professionalità alle trasformazioni produttive ovvero, sotto altro profilo, alla variabilità del regime degli orari di lavoro; di una flessibilità salariale, per comprendere le esigenze di diversificazione dei livelli salariali in relazione ai tassi di produttività aziendali e territoriali, del tutto assorbente nelle politiche di emersione e di riallineamento del lavoro sommerso. E persino di una flessibilità previdenziale per riferirsi alle tecniche di rimodulazione delle varie forme di assicurazione obbligatoria necessarie a garantire adeguati standard di tutela ad un mercato del lavoro sempre più frammentario e diversificato”.

¹⁶ G. Giugni, *Diritto sindacale*, Bari, 2000, 23. M.T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui. Interposizione, lavoro temporaneo, lavoro negli appalti, il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, art. 2127 c.c., Milano, 2000, il quale descrive la fabbrica post-fordista come “ sede di una divisione del lavoro parzialmente ricomposta e, comunque, reticolare, collegata ad una automazione flessibile, versatile (con impianti in grado di effettuare lavorazioni random o di produrre pezzi differenti) e convertibile (con impianti in grado di essere rapidamente riprogrammati), progettata per coniugare l'economia di scala della produzione di grande serie con la rispondenza della riproduzione di medio-piccola serie ad una domanda personalizzata ed oscillante”.

¹⁷ R. Scognamiglio, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di R. Scognamiglio, Milano, 1978, 28 ss.

Perulli in tal guisa sottolinea che nell'area del post-fordismo l'esistenza degli esseri umani è caratterizzata da uno stato di incertezza endemica, e aggiunge dicendo che “ nella dimensione lavorativa vengono reintrodotti quegli elementi di incertezza, precarietà, imprevedibilità e paura, di rischio, che il processo di industrializzazione e la fitta rete di strumenti pubblici elaborati nel novecento avevano ridotto e promesso di cancellare”.

Si assiste ad una precarietà del presente ed ad una incertezza del futuro, le quali sono le cause principali del disagio e delle difficoltà con cui il lavoratore sembra affrontare il passaggio alla società post-fordista, determinando una condizione di grave esclusione sociale.

Il professore Mazziotti sostiene che l'occupazione mediante i contratti atipici è mal retribuita se si escludono i lavori con alta professionalità, come risulta dalla moltitudine di working poors, di lavoratori poveri, con una retribuzione di poco superiore, se non inferiore, al salario di cittadinanza. Questi ultimi sono i lavoratori i quali di fatto non esercitano i fondamentali diritti sociali, a cominciare dalla libertà sindacale e dal diritto di sciopero, come è dimostrato dal basso livello di sindacalizzazione sia negli Stati Uniti che in Inghilterra.

È un pericolo che tali innovazioni devono scongiurare, ed in tal guisa devono essere opportune solo quando risultino idonee a determinare un incremento dei livelli occupazionali, obnubilando il rischio di precarizzazione del rapporto e di esclusione sociale del lavoratore.

Perulli mette in evidenza come uno dei principali interessi da perseguire sia quello di evitare che la flessibilità si trasformi in precarietà e marginalizzazione, ovvero in una limitazione della possibilità di formulare previsioni e progetti, sia di lunga sia di breve durata, riguardo al proprio futuro, non solo professionale, ma anche familiare ed esistenziale, e la via principale per raggiungere tale obiettivo si dimostra quello del temperamento tra flessibilità e tutela del lavoro. Non dimentichiamoci che lo stesso art.41 della Costituzione, dal quale emerge la libertà di iniziativa economica privata, nel senso sia di intraprendere l'attività economica, sia di svolgere l'attività intrapresa, al secondo comma introduce dei limiti funzionali piuttosto penetranti, infatti con l'inciso ‘non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla

sicurezza, alla libertà, alla dignità umana' sembra caldeggiare la prevalenza dei diritti sociali, inerenti la persona, sulla iniziativa economica.¹⁸

Si è tentato di conciliare i due valori della flessibilità e della sicurezza, nella prospettiva della realizzazione di un lavoro flessibile di qualità, capace di contemperare le istanze di rinnovamento del sistema produttivo con le esigenze di tutela del lavoratore, con l'ausilio di una terza via, tra garantismo rigido e deregolazione liberista, la c.d. flexicurity, la quale farebbe prospettare un contemperamento dell'efficienza produttiva con la garanzia dei diritti sociali.¹⁹

L'esternalizzazione in senso proprio indica quel processo attraverso il quale una impresa trasferisce a terzi una o più attività precedentemente eseguite al suo interno con l'insieme dei mezzi necessari per il suo svolgimento, riacquistando, attraverso un diverso rapporto contrattuale, i beni e i servizi che ne costituiscono il risultato.

Si assiste a due momenti, il primo appunto l'esternalizzazione, il secondo l'internalizzazione, contrassegnato dalla riappropriazione dei risultati di tale attività, tra i contratti tipici dell'internalizzazione acquistano rilievo primario l'appalto di servizi, la somministrazione, il franchising, la subfornitura, mentre tra i contratti atipici si ha riguardo agli schemi negoziali di catering e service.

La relazione che si stabilisce tra l'impresa ed il terzo è di tipo bidirezionale, l'attività demandata all'esterno non scompare dal ciclo produttivo dell'impresa, poiché i beni ed i servizi che ne costituiscono il risultato sono da questa comunque acquisiti attraverso l'instaurazione di un rapporto contrattuale di vario genere con il soggetto cui è affidata.

I principali problemi determinati da questa seconda fase riguardano, poi, in modo particolare, la valutazione di liceità del contratto, alla luce della disciplina

¹⁸ G. Quadri, op.cit., 35 ss.

¹⁹ Gli obiettivi della flessibilità sono molteplici. Il primo è riconducibile al soddisfacimento di esigenze proprie della realtà produttiva, come la possibilità di far ricorso a tipologie di lavoro flessibile, l'eliminazione di vincoli formali e sostanziali al potere di assumere e di recedere dai rapporti di lavoro e, al riconoscimento della facoltà di mutare i contenuti della prestazione lavorativa, con riferimento al tempo, alle mansioni e alla retribuzione, che determinano un incremento dell'efficienza dell'impresa, aiutandola a far fronte alle mutevoli istanze provenienti dal mercato. L'altro obiettivo è quello dell'incremento dell'occupazione. Si sottolinea che il processo espansivo dell'economia permetterebbe di coprire gli spazi di domanda di lavoro proveniente dalle imprese, in tutte quelle ipotesi in cui l'assunzione di un lavoratore subordinato a tempo pieno e indeterminato risulti gravoso ed antieconomico.

dell'interposizione e dell'appalto, e la ricerca di possibili strumenti idonei ad assicurare una concreta tutela del lavoratore.

2. Decentramento produttivo ed evoluzione delle strutture organizzative delle imprese e nuove esigenze di flessibilità

E'indubbia la tendenza, ormai consolidata delle imprese, di operare processi di esternalizzazione aziendale, di riconversione industriale e di delocalizzazione volti ad accentuare la flessibilità e la competitività, al passo dell'innovazione tecnologica.

La flessibilità viene considerata, insieme alla economicità e alla redditività, come uno degli obbiettivi dell'impresa.

La flessibilità può essere definita come la capacità del sistema aziendale di produrre in qualsiasi momento l'unità di prodotto richiesta dal mercato; di conseguenza, gli impianti devono essere in grado di passare rapidamente da un prodotto all'altro e da un componente all'altro. L'impresa flessibile è più reattiva nel rispondere ai cambiamenti del mercato, adottando strategie competitive e guadagnando posizioni di vantaggio rispetto ai concorrenti.

Per flessibilità d'azienda si può intendere la capacità della stessa di risponder nel breve periodo ai mutamenti del contesto in cui opera, i quali sono al di fuori del suo controllo e sono definibili, pertanto, come “cambiamenti passivi”. Il grado di flessibilità di una azienda si caratterizza, dunque, in termini di efficacia e di efficienza di risposta al cambiamento.

Si assiste al tramonto del modello produttivo di stampo fordista e al sorgere del post-fordismo caratterizzato dall'impresa a rete ²⁰.

Per impresa a rete si intende un modello di organizzazione industriale che consente nuove configurazioni aperte e flessibili, ovvero forti interconnessioni tra i diversi livelli operativi e con altre organizzazioni(es. Inps).

L'impresa a rete può esser vista come un modello di coordinamento in cui le singole imprese di piccole e medie dimensioni sono caratterizzate dalla specializzazione nel proprio core business. Tali imprese si concentrano sulle proprie competenze

²⁰ A. Perulli, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, ADL, 2003, p. 473. Sul punto ved. A. Accorsero, *L'individualismo di mercato e il lavoro Post-fordista*, QRS, 2004, p. 9 ss

specifiche che generano vantaggi competitivi rispetto ai concorrenti, mentre affidano all'esterno tutte le attività complementari²¹.

I fattori che caratterizzano un'impresa a rete sono: la complementarità, la quale serve per sfruttare al meglio le proprie conoscenze, le imprese scelgono una strategia di focalizzazione e di specializzazione, al fine di migliorare le loro competenze specifiche. Oltre a specializzarsi devono però allearsi, collaborare e trovare sinergie con imprese che stanno a valle o a monte del proprio ciclo di produzione; il decentramento può essere funzionale o geografico, e rispondere sia all'esigenza di spostare il lavoro laddove può essere fatto meglio, sia di restare localmente il più possibile vicino ai clienti in modo da cogliere le opportunità che il mercato può offrire. L'impresa a rete si configura, quindi, come un insieme di business locali con un intenso coordinamento globale. L'obiettivo della delocalizzazione è quello di ottenere tutti i vantaggi tipici dei distretti rompendo il vincolo del territorio. Questo porta ad avere un'organizzazione più flessibile ed a eliminare i costi rigidi, ricorrendo a forniture esterne, decentralizzando le attività non legate al core business ed esternalizzandole attraverso un processo di outsourcing. L'esternalizzazione non viene però gestita secondo pure logiche di mercato, ma da forme di coordinamento diverse dall'integrazione gerarchica ma non per questo meno efficaci; il cambiamento di organizzazione, e per quanto riguarda l'organizzazione, il mutamento può riguardare una grande impresa che programma esplicitamente il cambiamento della struttura esistente, oppure un gruppo di piccole, medie imprese che si alleano tra loro o con grandi imprese. In entrambi i casi le unità che formano la rete devono essere in grado di agire come gruppo di specialisti, il cui rendimento dipende sia dalle competenze dei singoli membri, sia dalle capacità di saper collaborare. L'organizzazione di una impresa a rete è strutturata per processi e non per funzioni. La logica interna dell'organizzazione a rete è quindi orientata agli obiettivi da raggiungere piuttosto alla funzione da svolgere. La tendenza è quella di eliminare i

²¹ Le imprese sono affiancate da nuove forme di coordinamento e dalla presenza di alcuni soggetti che, occupando i punti chiave della rete, governano il processo di creazione del valore. Nel caso di grandi imprese, le reti sono coordinate da un'unità principale di riferimento, oppure sono basate sulla cooperazione di unità indipendenti ed autonome, generalmente coordinate dalle associazioni di categoria; in questo caso il modello è simile ai distretti industriali. Si passa sostanzialmente da un modello gerarchico a uno strutturato, allo scopo di ridurre i costi di transazione sviluppando relazioni di fiducia tra le parti. Alla base di questo modello ci sono essenzialmente due elementi necessari per realizzare le sinergie e l'accumulo di conoscenze atte a garantire l'innovazione: la comunicazione e la collaborazione.

livelli gerarchici e far prendere le decisioni al personale operativo, in un contesto in cui le mansioni ed i ruoli non sono più rigorosamente definiti.²²

Da un lato vi sono la fattispecie di esternalizzazione virtuosa il cui fine, appunto, attiene alla genuina convenienza economica e alla specializzazione, esprimendo la generale tendenza delle imprese, consolidatasi soprattutto nell'ultimo decennio del secolo scorso, "a concentrare i propri sforzi..... su quelle attività che ne costituiscono il differenziale competitivo.

L'esternalizzazione virtuosa concreta dunque una strategia imprenditoriale per la competitività auspicata e pienamente avallata dagli stessi economisti"²³.

Tom Petus definisce l'outsourcing, quel fenomeno in cui "ogni impresa dovrebbe concentrarsi su quello che sa fare realmente bene e per il quale è in grado di sviluppare innovazione e valore per il cliente, delegando le altre attività a terzi (do what do best, make it better and outsource the rest)"²⁴.

Dall'altro lato abbiamo l'ipotesi di esternalizzazione fraudolenta, ovvero abbiamo "una catena di subappalti i cui ultimi anelli affondano nel lavoro sommerso o pericoloso ovvero perseguono la delega a terzi di mere prestazioni di smagrimento aziendale"²⁵. Ad esempio attuando un licenziamento collettivo dei lavoratori coinvolti ma senza sostenere gli oneri economici giuridici e sociali della relativa procedura, viene effettivamente elusa.

Le tradizionali categorie giuslavoristiche sono state esposte all'icalzante pressione di spinte esogene al punto che si è parlato di un vero e proprio "disagio del diritto del lavoro nell'era delle esternalizzazioni"²⁶, affermando che "il flusso di relate

²² Vedi 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, p.11 ss; Scarpelli, *Esternalizzazioni e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, DLRI, 1999, p. 351 ss; Bonomi, *Il capitalismo molecolare. La società al lavoro nel Nord Italia*, Einaudi, Torino, 1997; Ichino, *La disciplina della segmentazione del processo produttivo e dei suoi effetti sul rapporto di lavoro*, in AAVV, *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Giuffrè, Milano, p. 85; Vicari, *L'outsourcing come strategia per la competitività*, nei *I processi di esternalizzazione . Opportunità e vincoli giuridici*, Esi, Napoli, 2002, p. 71 ss.

²³ Baracco, *Un nuovo oggetto di disciplina per l'art. 2112 c.c.*, in RIDL, 2006, I, p. 77 *Dal ramo di azienda all'articolazione funzionalmente autonoma*.

²⁴ Vicari, *L'outsourcing come strategia per la competitività*, op.cit, p. 71

²⁵ De Luca Tamajo, op.cit. p. 20

²⁶ *Mercato o gerarchia? Il disagio del diritto del lavoro nell'era delle esternalizzazioni*, DML, 2000, p. 49 ss

portato dalle maturazioni del processo produttivo è in grado di scompigliare financo le pur strutturate pagine dei Codici e dei Manuali e di insinuarsi negli orientamenti consolidati della giurisprudenza²⁷.

²⁷ De Luca Tamajo, *Metamorfosi dell'impresa e nuova disciplina dell'interposizione*, RIDL, 2003, I, p. 167-168; Vedi Baracco, *Un nuovo oggetto di disciplina per l'art. 2112 c.c. Dal ramo di azienda all'articolazione funzionalmente autonoma* in RIDL, 2006, I.

3.L'outsourcing come strategia per la competitività

Una definizione sintetica di outsourcing è data da Tom Peters. Il quale sostiene che ogni impresa dovrebbe concentrarsi su quello che sa fare bene realmente e per il quale è in grado di sviluppare innovazione e valore per il cliente, delegando le altre attività a terzi (Do what you do best, make it better and outsource the rest).

Se si ci chiede quale siano i motivi di questa crescita, la risposta è che l'outsourcing viene considerato uno degli strumenti più importanti per generare valore per il cliente.

Oggi l'obiettivo di molte imprese è quello di accrescere il valore azionario, e l'outsourcing si è dimostrata una delle vie per accrescere questo valore.

I motivi sono molteplici:

1. Diminuzioni dei costi operativi in tempi abbastanza brevi. Già Stegler aveva spiegato che quando le imprese si specializzano nel fare una certa attività, che offrono ad un numero elevato di aziende, riescono ad aver economie di scala che possono ridurre i costi; inoltre, rivolgersi allo specialista che è capace su quella specifica funzione di aver economia di scala può portare e significativi risparmi di costi;

2. Maggiori disponibilità di risorse per attuare investimenti che generano valore. Se l'impresa non deve immobilizzare risorse su alcune attività aziendali *non core*, può liberare queste risorse per investimenti su quelle attività che sono capaci di generare più valore, proprio perché più vicino alle attività *core* dell'impresa;

3. Miglioramento della performance aziendale. L'outsourcing permette soprattutto di accedere a competenze diverse, quelle cioè dell'impresa a cui si rivolge: molto spesso se si sa scegliere bene l'outsourcee, si accede a competenze migliori rispetto a quelle che si posseggono;

4. Miglioramento dell'immagine e della *brand oved*, quindi del valore dell'immagine. Questo è vero soprattutto per le imprese che operano in mercati finanziari evoluti e quando l'outsourcing è in grado di apportare immagine all'impresa.

Dare in outsourcing alcuni processi aziendali a chi ha sviluppato competenze e strutture migliori delle nostre consente dunque di risparmiare tempo e risorse, aumentando l'efficienza.

In verità questa affermazione è cambiata nel tempo.²⁸

Fino alla II Guerra Mondiale, la tendenza delle imprese era quella di svolgere internamente il maggiore numero di funzioni. Dopo la II Guerra Mondiale e fino agli anni 60-70 si è evidenziata una tendenza a processi di fornitura esterna e di subfornitura. Gli anni 80 hanno visto ancora uno sviluppo della subfornitura, però con caratteristiche diverse. "In quegli anni la subfornitura è stata soprattutto la ricerca di ristrutturazione produttiva, conseguente anche a quello che era successo negli anni precedenti dopo la crisi petrolifera e il periodo di stagnazione che ne era seguito"²⁹.

Verso la fine degli anni 80 si è diffuso il fenomeno outsourcing.

Outsourcing significa, come più volte ribadito, concentrare le proprie risorse, la propria attenzione, i propri uomini migliori, le proprie abilità sulle attività chiave e delegare completamente il resto.

Oggi con l'impresa a rete si assiste ad un superamento dell'outsourcing, infatti, mentre in quest'ultimo c'è un'impresa che gestisce tutto il processo, che si concentra sulle cose che sa fare bene e poi coordina tutto il resto affidando alcune parti dell'attività ad altre imprese, nella gestione di una rete, invece ogni azienda che partecipa alla rete in qualche modo gestisce la rete.³⁰

Tuttavia i profitti non si distribuiscono uniformemente nella rete e non vanno neanche all'impresa che ha preso l'iniziativa. È abbastanza evidente che il valore viene generato e poi raccolto da chi ha la maggiore capacità di coordinare tutto il flusso dei processi.

È possibile individuare diverse tipologie di outsourcing, da un lato quelle che riguardano attività tradizionali, quelle che vengono chiamate di back office (cioè le

²⁸ vedi al riguardo Vicari, *L'outsourcing come strategia per la competitività*, in *I processi di esternalizzazione*, op.cit. p.71 e ss

²⁹ Vicari, op. cit., p. 73

³⁰ Vivari, op. cit.p, 74 « le imprese della rete sono un sistema di molecole allo stesso livello »

attività dove il cliente non è presente), oppure attività di front line, dove il cliente invece interagisce con l'impresa, la parte finale della catena del valore e, dall'altro vi è un outsourcing che riguarda progetti a termine o a tempo indeterminato.

L'outsourcing tradizionale è quello in cui si delega una parte dei processi a qualcuno che a tempo indeterminato garantisce lo svolgimento di queste attività.

L'outsourcing tattico è quello in cui su alcuni progetti specifici viene delegata l'attività di gestione della relazione o di parti di gestione della relazione con la clientela a soggetti terzi.³¹

L'outsourcing di soluzioni è quello in cui un progetto specifico viene affidato ad un terzo su una parte della catena del valore che sta a monte del rapporto con il cliente (per esempio , le certificazioni di qualità).

Infine c'è l'outsourcing strategico in cui si gestiscono insieme a partner intere attività che hanno un forte impatto sulla clientela.

Si tratta naturalmente del tipo di outsourcing più complesso e più difficile da realizzare ed anche quello su cui alcune imprese cosiddette eccellenti stanno in questo momento muovendosi.

“L'outsourcing è un aspetto fondamentale per la creazione di valore per l'azionista e per il rilancio della competitività”³².

L'outsourcing deve prevedere sì un'assegnazione stabile di alcuni processi a soggetti esterni, ma anche una responsabilità totale sui risultati e, ancora più importante, l'assunzione di questa responsabilità attraverso investimenti congiunti, soprattutto nell'area dell'innovazione, cioè nell'area della ricerca di nuove soluzioni, di nuovi prodotti, di nuovi processi.

L'outsourcing è soprattutto partnership, e riguarda non solo la fornitura di un prodotto e di un servizio, ma la gestione congiunta di attività e di processi, quindi implica che ci sia una forte fiducia e condivisione di strategie e valori.

L'outsourcing è anche un modo per sottrarre le migliori risorse alla concorrenza.

La concorrenza che spinge a fenomeni di outsourcing è di due tipi: la concorrenza globale, che implica la necessità di crescere velocemente su alcune attività

³¹ Ad esempio il CRM (Customer Relationship Management), cioè la gestione della relazione con il cliente affidato a terzi.

³² Vicari, op.cit. p. 76

dell'impresa, e la concorrenza che arriva da settori diversi, la quale spinge a cambiare le regole e a trovare nuove competenze.

Va però detto che in molti casi l'outsourcing può creare grossi problemi, ad esempio può accadere che un outsourcing mal gestito possa dare luogo a diseconomie organizzative, a difficoltà decisionali forti, addirittura ci può essere una lievitazione di costi, può portare a impasse burocratiche, nel senso che può diventare difficile superare i problemi che nascono dalle rispettive organizzazioni.

Infine si può assistere a una asimmetria tra le imprese.³³

I vantaggi non si distribuiscono in modo uniforme; chi non riesce ad avere un grande risultato dal processo può cominciare ad avere un'idea diversa di come dovrebbe essere gestito il rapporto e quando questa asimmetria tra le visioni delle imprese inizia a diventare significativa allora il problema dell'outsourcing può essere difficile da risolvere, anche perché sono dei legami contrattuali che possono rendere rigido il rapporto.

Quindi può essere una buona scelta ma il tipo di approccio che l'impresa adotta è una variabile discriminante, c'è chi riesce a farlo bene e chi no.

È fondamentale che ogni azienda sia consapevole che strutturi bene il processo, affinché non vi siano sorprese e che ci siano professionalità specifiche dedicate ai processi di outsourcing.

³³ Vicari, op.cit., p. 80

4. Le ragioni dell'esternalizzazione

L'organizzazione del sistema produttivo appare caratterizzata da “ forte e strutturale dinamismo. Quando non anche da rivoluzioni epocali, specie sotto la spinta di incalzanti vettori di innovazione, quali la competizione internazionale, le nuove tecnologie, gli imperativi della flessibilità”.³⁴

I cambiamenti, le mutazioni in corso mettono in discussione le categorie concettuali e normative del diritto del lavoro.

In particolare oggi si assiste ad un processo di scomposizione dell'impresa medio-grande³⁵.

Possiamo individuare nel processo di scomposizione lo svolgimento di due fasi, distinte dal punto di vista logico-giuridico, ma coordinate dal punto di vista funzionale e temporale: nella prima, la c.d. esternalizzazione , l'impresa cede ad un terzo un

³⁴ De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura. I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, 2002, p.9

³⁵ Mariucci, *Il lavoro decentrato. Disciplina legislativa e contrattuali*, Angeli, Milano, 1979, p. 175 e ss.; Genoviva, *La legge sull'intermediazione di manodopera e sugli appalti nella dottrina e nella giurisprudenza*, RGL, 1978, I, p. 465; Garofalo, *Un profilo ideologico del diritto del lavoro*, DLRI, 1999, pp 21-22; Carinci, *Statuto dei lavoratori e piccola impresa*, DLRI, 1990, pp. 489-491 e 495-499; Scarpelli, *Interposizione ed appalto nel settore dei servizio informatico*, in Mazzotta (a cura di), *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, Giuffrè, Milano, 1990; Brollo, *Il lavoro decentrato nella dottrina e nella giurisprudenza*. QDLRI, 1990, 8, p. 151

segmento aziendale costituito da impianti, macchinari, know how e personale addetto; nella seconda, la medesima impresa, mediante un contratto di appalto o altro contratto commerciale, come fornitura, vendita, somministrazione, subfornitura ex legge 18 giugno 98 n.192, Franchising, concessione di vendita ecc., riacquisisce dal cessionario-appaltatore il bene, il semilavorato o il servizio prodotti nel ramo di azienda ceduto, onde riaggregarli nel proprio complesso processo produttivo.

Inoltre si assiste alla tendenza dell'impresa a conservare al proprio interno alcune attività concernenti il core business aziendale, cioè il nucleo di competenze specifiche ed eccellenti, ed affidare ad altri più numerosi segmenti produttivi, interessanti non solo fasi meramente ausiliarie o strumentali dell'attività principale, ma anche funzioni centrali e delicate molto prossime al cuore del processo produttivo primario.

Si assiste ad un sistema a rete o di specializzazione flessibile, "ove imprese che riducono le proprie dimensioni entrano in fitto gioco di relazioni contrattuali di carattere commerciale con soggetti terzi, i quali, viceversa tendono sovente ad integrarsi per fornire un insieme di servizi(si pensi al c.d. global service); e il processo si spinge talora sino a conferire alla grande impresa un ruolo non tanto di produzione diretta, ma di gestione del marchio, di ricerca e innovazione o addirittura di general contractor, cioè di mera coordinazione dei risultati produttivi di altre imprese subfornitrici; in una prospettiva che scontate le ovvie differenze, ricorda quella mercante capitalista che, nella prima fase dell'industrializzazione, collegava più imprese artigiane, ciascuna dotata di propria organizzazione e di propri dipendenti, e provvedeva a commercializzare il complessivo prodotto realizzato attraverso l'outsourcing di varie attività o funzioni"³⁶.

Si nota che questi processi di esternalizzazione, e soprattutto quelli *intra moenia*, alterano il quadro di riferimento della normativa e delle costruzioni del diritto del

³⁶ De Luca Tamajo op.cit. Vedi Corazza, *L'outsourcing negli stati Uniti d'America*, in *Processi di esternalizzazione*, op.cit; Ichino, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, DLRI, 1999, p. 210 e ss.; Mazzotta, *Divieto di intermediazione di manodopera in Lavoro decentrato, interessi dei lavoratori, organizzazioni delle imprese*, Cacucci, Bari, 1996, p. 160; *I processi di terziarizzazione intra moenia ovvero la fabbrica multisocietaria*, DML, 1999, p.49 ss; Chalos, *Costing Control and Strategic Analysis in Outsourcing decisions*, Journ. Manag., 1995, vol. 8, n. 4, p. 31 ss.

lavoro³⁷ ponendo un problema di “obsolescenza o di ‘eccedenza’ dei vincoli posti alle imprese, per altro verso, un’esigenza di modifica delle tradizionali tutele dei lavoratori implicati, onde renderle più adeguate ed efficaci”³⁸.

“La permanenza *intra moenia* delle attività terziarizzate modifica la tradizionale struttura dello stabilimento industriale, che diviene in tal caso ‘contenitore’ di plurime ed autonome realtà societarie, innescando visibili tensioni nei confronti di consolidate categorie giuridiche plasmate sul doppio stereotipo della titolarità dell’unità produttiva da parte di una sola impresa con quelli giuridico-societari (laddove la c.d. ‘impresa a rete’ è costituita da un network di soggetti giuridicamente distinti, ciascuno eccellente nel proprio campo, ma orientati ad un obiettivo comune)”³⁹.

I processi di esternalizzazione si inseriscono nella più generale tendenza dell’impresa degli anni 90 a concentrare i propri sforzi su ciò che sa fare meglio, su quelle attività che ne costituiscono il differenziale competitivo, affidando le altre operazioni a soggetti diversi, per i quali “ la funzione terziarizzazione è o diviene mission e core business aziendale, secondo una formula suscettibile di riprodursi a cascata lungo una catena di sub-fornitori”⁴⁰.

Il ricorso alla esternalizzazioni può rinvenire una significativa variabile in una valutazione dei costi, cioè si esplica nella circostanza che il terzo è in grado di produrre il medesimo bene o servizio ad un costo unitario inferiore a quello dell’impresa committente⁴¹.

Inoltre la grande impresa può rinvenire un ulteriore fattore di convenienza nella possibilità di frapporre il diaframma dell’indotto tra sé e gli ex dipendenti in modo da trasferire sull’impresa appaltatrice o fornitrice i rischi economici legati alle fluttuazioni del mercato⁴².

³⁷ Del Punta, *Mercato o gerarchia? Il disagio del diritto del lavoro nell’era delle esternalizzazioni*, DML, 200, p.49; Scarpelli, *Esternalizzazioni e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, DRI, 1999, p. 352

³⁸ De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni..... In processi di esternalizzazioni* op.cit.p.15

³⁹ De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni*, op.cit p. 14. vedi sul punto Romei, *Cessione di ramo di azienda e appalto*, DLRI, 1999, p.327.

⁴⁰ De Luca Tamajo, op.cit., p. 15

⁴¹ Micelli, *La teoria economica dei rapporti di fornitura*, in Volpato(a cura di), *La gestione di impresa*, Cedam, Padova, 1996, p. 609 e ss.

⁴² Del Punta, *Mercato o gerarchia? Il disagio del diritto del lavoro*, cit. p. 50

Quanto detto sopra attiene alla esternalizzazione virtuosa perché si riferisce alla genuina convizione economica e alla specializzazione, viceversa la esternalizzazione fraudolenta attiene a ipotesi che disegnano una catena di subappalti i cui ultimi anelli affondano nel lavoro sommerso o pericoloso ovvero perseguano la delega a terzi di mere operazioni di smagrimento aziendale.

5.Modificazione soggettiva del rapporto di lavoro del datore di azienda: spersonalizzazione dell'azienda

Un aspetto importante è che, salvo il caso del datore di lavoro non imprenditore senza un'organizzazione di tipo aziendale, il rapporto di lavoro s'instaura tra il prestatore di lavoro e l'azienda, la quale, se imprenditoriale, assume nel diritto del lavoro una configurazione particolare anche diversa da quella accolta dai commercialisti.⁴³

⁴³ Meliadò, 1985 vedi nel libro di mazziotti

La spersonalizzazione dell'azienda assume specifica rilevanza soprattutto nelle ipotesi di mutamento del titolare e quindi nel caso di trasferimento, di fallimento e di morte del datore

Si può parlare di modificazione soggettiva del rapporto di lavoro dal lato del datore di azienda⁴⁴.

Il mutamento soggettivo del datore di lavoro non comporta ex se una vicenda estintiva del rapporto, il quale continua a sopravvivere ogniqualvolta al cambiamento del datore di lavoro corrisponda la permanenza dell'organismo aziendale.

“Vi è, quindi, nella posizione del datore di lavoro, ove questi in particolare assuma la qualifica tecnica di imprenditore (art.2082 c.c), un elemento di fungibilità, che conferisce carattere di normalità al fenomeno delle modificazioni soggettive, come, del resto, risulta palese dalla particolare disciplina dei rapporti di lavoro nel trasferimento d'azienda⁴⁵. In verità la trasferibilità della posizione del datore di lavoro trova la propria ragione soprattutto nella rilevanza del complesso organizzato aziendale “quale unità funzionalmente autonoma, insensibile, alle vicende modificative riguardanti la persona del suo titolare “⁴⁶.

L'evoluzione storico- giuridica della nozione di datore di lavoro si caratterizza per la irrilevanza della persona del conduttore di opere, e per l'emersione del concetto di impresa, quale autonomo organismo, al quale accedono i rapporti di lavoro e del quale seguono le vicende, indipendentemente dal mutamento dell'imprenditore⁴⁷.

Il processo evolutivo, che ha condotto alla consolidazione del principio di continuità del rapporto di lavoro in caso di mutamento del titolare dell'impresa, trae le mosse dagli usi delle Camere di commercio⁴⁸ e passa attraverso l'art. 11 della legge sull'impiego privato e la dichiarazione XVIII della Carta del lavoro, e si conclude con l'art. 2112 c.c. .

⁴⁴ Grandi, Le vicende modificative del rapporto riferibili al datore di lavoro:Il trasferimento dell'azienda, in *Trasferimento di ramo d'azienda*, AAVV, 2004, Roma, p. 421 e ss.

⁴⁵ Grandi, op. cit., p. 422

⁴⁶ Grandi, op.cit., p. 422

⁴⁷ Santoro Passarelli, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, in *RDComm.*, 1942, I, 967 ss

⁴⁸ Coglioglio, *Contratto di impiego privato (appendice)*, in *Scritti vari di dir. priv.*, I, Torino, s.d., 1917, p. 331 ss.

La norma consuetudinaria di stile, inserita nei contratti – tipo delle Camere di commercio in tema di alienazione e trasformazione dell’azienda, recitava “nel caso di cessione o trasformazione in qualsiasi modo di una ditta, e qualora la ditta cessante o trasferita non abbia dato il preavviso agli agenti nei tempi dovuti, la nova ditta, ove non intenda assumere l’impiegato con ogni diritto e onore a lei competente nei confronti della vecchia ditta per il servizio prestato, dovrà, licenziando l’agente, dare a questi il preavviso di regolare disdetta, commisurandosi il termine di preavviso al tempo di servizio prestato dall’agente alle dipendenze della vecchia ditta”.

La più antica dottrina⁴⁹ trattando della locazione di opere in caso di vendita del fondo e dell’officina, professava l’opinione secondo la quale il locatore poteva rifiutarsi di prestare il lavoro al nuovo padrone e chiedere, in conseguenza, al vecchio il risarcimento dei danni per cessata esecuzione del contratto per fatto del committente.

La motivazione di ciò si doveva trovare nella natura personale del contratto di locazione e nella presunzione che esso fosse stipulato dal locatore con riguardo alla persona del conduttore, sicchè “possono gli operai dimandare lo scioglimento del contratto, perocchè sono sempre in stato di dipendenza, la quale può piacere verso un padrone e dispiacere verso un altro, essendo cosa tutta personale”⁵⁰.

“ Il rigore di questa opinione era mitigato dal riconoscimento della possibilità, per il lavoratore, di continuare a prestare le opere presso il nuovo conduttore, quando tale continuazione fosse stata prevista da una espressa pattuizione tra il vecchio e il nuovo padrone, ovvero quando le opere e i servizi dovessero intendersi prestati più al fondo o all’officina o alla cosa alienante che non alla persona del proprietario⁵¹.

La regola del risarcimento del danno, già sostanzialmente riconosciuta in caso di vendita della nave anche dall’art. 373 subiva, di conseguenza una attenuazione quando potesse argomentarsi che la locazione di opere era stata stipulata con riguardo all’attività caratteristica del fondo o dell’impresa, per cui la loro cessione, lungi dal rappresentare una ragione preclusiva alla continuazione della prestazione presso

⁴⁹ Pacifici- Mazzoni, *Trattato delle locazioni*, Modena, 1869, p. 357; Vitaleni, *Della Locazione opere e più specialmente degli appalti*, II, Torino, 1876, n.610, p. 193; Abello, *Contratto delle locazioni*, III, Napoli, 1919, p. 588 ss. (v. anche *Della locazione*, II, 1, Napoli, 1913, p. 217 ss); Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, II, Milano, 1915, p. 787 ss.

⁵⁰ Pacifici- Mazzoni, *Trattato delle locazioni*, Modena, 1869, p. 194-195

⁵¹ *Il trasferimento dell’azienda*, in AAVV, *Trasferimento di ramo d’azienda e rapporto di lavoro*, 2004, Roma, p. 424 ss.

l'acquirente, avrebbe dovuto considerarsi compatibile con la permanenza della prestazione stessa.

La possibilità del conduttore alienante di essere esentato da responsabilità per risarcimento del danno, si affermò presto nella pratica, visto che già troviamo codificata, nelle consuetudini delle Camere di commercio in tema di impiego privato, la regola in base alla quale, in caso di trasferimento della ditta, il rapporto continua, salva l'iniziativa di scioglimento del contratto ad opera del cedente.

L'inalterabilità del rapporto esprime da un lato una esigenza tutta funzionale all'impresa: quella di conservare l'integrità del complesso aziendale nella sua componente più delicata ed essenziale, e dall'altro, da la possibilità di consentire al lavoratore il posto di lavoro con adeguate garanzie.

Questo equilibrio di interessi emerge dall'attuale disciplina del codice , la quale, pur avendo chiarito ed innovato la precedente normativa di cui all'art. 11 della legge sull'impiegato privato⁵² ha conservato la stessa ispirazione : “ da un lato, con l'esclusione del trasferimento dal nuovo delle giuste cause di recesso in tronco e, dall'altro, con la continuità dei rapporti di lavoro, diretta a soddisfare una esigenza funzionale propria dell'organizzazione d'impresa e ad assicurare al lavoratore una garanzia del posto di lavoro”⁵³.

L'attrazione del lavoro subordinato all'organizzazione degli altri mezzi di produzione ha consentito alla dottrina corporativa di celebrare, proprio nella circolazione dei beni aziendali, l'idea dell'unità economica e giuridica dell'organismo produttivo, in seno al quale l'imprenditore e i lavoratori subordinati collaborano per una superiore finalità sociale.⁵⁴

⁵² Vedi Fontana, *La successione dell'imprenditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1970, p. 45 ss; Casanova, *Studi sul diritto del lavoro*, Pisa, s.d. (però 1929), p. 125 ss; Barassi, *Diritto del lavoro e ass. soc.*, II, Milano, 1930, 380 ss; Mossa, *Il rapporto di lavoro nel passaggio d'impresa*, in *RD Comm.*, 1931, II, 26 ss; Petraccone, *Nozione giuridica del concetto di cessione e trasferimento d'azienda nel contratto d'impiego*, in *MGL*, 1932, p. 397 ss; Idem, *Il rapporto individuale di lavoro*, in *Trattato di dir. corp.*, diretto da Chiarelli, II, Milano, 1939, 498 ss; Peretti-Griva, *Il rapporto di impiego privato*, Milano, 1935, p. 409 ss; Ciuffi, in *MGL*, 1935, p. 537 ss; Levi Deviali, *Il rapporto di lavoro*, Milano, 1937, 121 ss.; Gasparri, *L'azienda nel diritto del lavoro*, Padova, 1937, p. 25 ss; Riva Sanseverino, *Corso di diritto del lavoro*, Padova, 1937, p. 435 ss; Greco, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1999, p. 494 ss; Puleo, *La cessione di contratto*, Milano, 1939, p. 98 ss.

⁵³ Grandi, op. cit., 427

⁵⁴ Grandi, op. cit., p. 428

Con la successione nei rapporti di lavoro si è voluto garantire l'integrità economica dell'organizzazione aziendale ed impedire che gli atti di disposizione, attraverso i quali l'imprenditore cede ad altri l'azienda (o la dà in usufrutto o in affitto), possano vulnerare tale integrità e, quindi, compromettere la potenzialità produttiva dell'azienda.⁵⁵

6. Esternalizzazione: il lavoratore è una merce o una risorsa?⁵⁶

⁵⁵ Grandi, op. cit., p. 428; Fontana, La successione dell'imprenditore nel rapporto di lavoro, Milano, 1970, p. 71; Casanova, Le imprese commerciali, Torino, 1955, p. 750; Ferrari, voce azienda (dir.priv.) in ED, IV, Milano, 1959, p. 717; Auletta, voce Avviamento, in ED, IV, milano, 1959, p. 640; Minervini, L'imprenditore. Fattispecie e statuti, rest., Napoli, s.d., 1966, p. 142; Barbero, Sistema del diritto privato italiano, I, Torino, 1962, p. 239

⁵⁶ O' Higgind, *"Il lavoro non è una merce"*. *Un contributo irlandese al diritto del lavoro*, cit., p. 295 ss; Visconi, *Lavoro a progetto e occasionale: osservazioni critiche*, in Grezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Roma. 2004, p. 316 ss

È indubbia la tendenza di utilizzare per realizzare operazioni di esternalizzazione, spesso lo strumento giuridico della cessione del ramo di azienda.

Perulli⁵⁷ ha espresso delle perplessità, sostiene l'autore, infatti, che, così facendo, viene vanificato il fine di tutela che sta a fondamento della disciplina contenuta nell'art. 2112 c.c.

In particolare l'Autore rimane perplesso davanti all'uso dell'operazione suddetta, infatti si percepisce per garantire il passaggio dei lavoratori alle dipendenze di altro datore di lavoro a prescindere dal consenso⁵⁸, invece che tutelare gli interessi ex art. 2112 c.c. Tali perplessità trovano fondamento nel rischio che “ il nuovo datore di lavoro non dia garanzie di solidità sul mercato comparabili a quelle dell'impresa da cui il lavoratore viene estromesso”⁵⁹.

Si rischia, quindi, che l'agevolato dalla norma sia proprio l'imprenditore, e, soprattutto, ciò si evince dalla eliminazione del requisito della preesistenza del ramo d'azienda operata dall'art. 32 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276.

L'art. 2112 c.c., prima delle modificazioni introdotte dal decreto legislativo del 2001, n. 18, non precludeva il trasferimento di un ramo di azienda, ma postulava in ogni caso che venisse ceduto un complesso di beni che oggettivamente si presentasse quale entità dotata di una propria autonomia organizzativa ed economica funzionalizzata allo svolgimento di una attività volta alla produzione di beni e di servizi, e di conseguenza, si escludeva la possibilità che l'unificazione di un insieme di beni, privo di per sé di una preesistente identità ed autonomia economico-organizzativa, derivata dalla volontà dell'imprenditore cedente al momento della cessione e solo in funzione di essa⁶⁰ si qualificasse come ramo di azienda.

⁵⁷ Perulli, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, cit., p. 477

⁵⁸ Perulli, op. loc. citt

⁵⁹ Pelissero, *Il trasferimento d'azienda fra diritto comunitario e diritto interno, L'individuazione della fattispecie*, in *RGL*, 1999, p. 800 ss

⁶⁰ Cass 14 dicembre 2002, n. 17919, in *D&G*, 2003, p. 103 ss

In tal modo non si sarebbe consentito di estromettere dall'impresa i lavoratori eccedenti, senza il rispetto per essi delle garanzie previste dal rapporto di lavoro preesistente, come il diritto alla stabilità del posto di lavoro⁶¹.

Il ramo di azienda è ravvisabile in una articolazione funzionalmente autonoma, ovvero in una “piccola azienda”⁶² non potendosi configurare come “ il prodotto di uno smembramento di frazioni non autosufficienti e non coordinata fra loro, né una espulsione di ciò che si rilevi essere pura e semplice eccedenza di manodopera”⁶³.

Ora con la modifica dell'art. 2112 c.c. a cura dell'art. 32 del decreto legislativo la funzione garantistica ex art.2112 c.c. risulta salvaguardata solo se la relativa disciplina si applichi ai casi di trasferimento di autentici rami d'azienda, ovvero di parti equiparati ad una piccola azienda e già funzionanti come tali e non creati ad hoc in vista del trasferimento stesso.

Il nuovo art. 2112 c.c. presta il fianco, specie nel caso di cessione tra società collegate, a “esternalizzazioni virtualmente semitruffaldine”⁶⁴, ovvero a esternalizzazioni “di una parte dell'attività di impresa con cessione ad un soggetto che non è indipendente, dal punto di vista economico-funzionale, dall'imprenditore cedente, ma risulta a lui strettamente legato o perché ne diviene un fornitore- appaltatore, o perché è addirittura lo stesso cedente travestito, per così dire, da diversa impresa societaria”⁶⁵, fenomeni questi “spesso collegati a un rapporto di sudditanza economica dell'impresa cessionaria/appaltatrice rispetto all'impresa cedente/committente”⁶⁶.

Inoltre si può notare un contrasto tra il nuovo testo dell'art.2112 c.c. , mediante l'eliminazione del requisito della preesistenza ed i principi sanciti dalla normativa comunitaria, in particolare si fa riferimento alla direttiva n. 98/50/CE, infatti,

⁶¹ Cass 4 dicembre 2002, n. 17207, in NGL, 2003, p. 90 ss

⁶² Cass 25 ottobre 2002, n. 15105, in MGL, 2003, n. 1-2, p. 15 ss

⁶³ Cester, *Trasferimento di ramo di azienda, direttive comunitarie e garanzia dei lavoratori*, in Carinci (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Milano, 2003, p. 81 ss

⁶⁴ Alleva, *Ricerca e analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 sul mercato del lavoro*, in www.cgil.it p. 16

⁶⁵ Alleva, *op.cit.*, p.13

⁶⁶ Pelissero, *Il trasferimento d'azienda fra diritto comunitario e diritto interno:l'individuazione della fattispecie*, cit., p.808

quest'ultima ha puntualizzato che l'impresa o parte di impresa oggetto del trasferimento deve conservare la propria identità.

L'identità deve preesistere al fine di poter essere conservata, in quanto non si può conservare una cosa che non esiste già prima del trasferimento da effettuare⁶⁷ e che si crea sulla base dell'accordo tra cliente e cessionario.

Deve trattarsi di una entità adeguatamente strutturata e autonoma e caratterizzata da stabilità⁶⁸, una stabilità, inoltre che non ammette alcun tipo di improvvisazione di quella parte di azienda interessata dal trasferimento, anche se in questo il legislatore delegato non ha tenuto assolutamente conto.

Si assoda la possibilità di abusare di una discrezionalità pericolosa, perché si assecondano le leggi del mercato e del profitto a discapito della tutela della persona e del suo diritto al lavoro, in contrasto con i principi del diritto comunitario e della costituzione.⁶⁹

Pur ponendosi nell'ottica del processo di integrazione e di armonizzazione legislativa tra diritto interno e diritto comunitario, e pur attenuando la Concezione del diritto al lavoro come diritto alla stabilità, cosa che si può esprimere in termini di "property in job"⁷⁰, non si riesce comunque a comprendere in nome di quale giustificazione si possa optare per una disciplina legislativa più debole rispetto alle previsioni contenute nelle direttive comunitarie.⁷¹

⁶⁷ Perulli, op.cit.p.482; Marinelli, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Torino, 2001, p. 7 ss; Passalacqua, "Patto per l'Italia": sviluppi e prospettive in tema di trasferimento d'azienda, in *DL*, 2002, p. 220 ss; Cester, *Trasferimento di ramo d'azienda direttive comunitarie e garanzia dei diritti dei lavoratori*, in Carinci (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, cit., p. 93

⁶⁸ Corte di Giustizia 10 dicembre 1998, causa c-74/97 (Gomez Montana), in *MGL*, 1998, p. 98 ss.

⁶⁹ Vedi D'Antona, *Il diritto al lavoro nella costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in *Contrattazione, rappresentatività, conflitti. Scritti sul diritto sindacale* (a cura di Grezzi), Roma, 2000, p.265 ss. Cfr Roccella – Treu, *Diritto del lavoro della comunità Europea*, Padova, 2002, p. 297.

⁷⁰ D'Antona, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 266

⁷¹ De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, op. citp. 11; Scarpelli, *Trasferimento di azienda ed esternalizzazioni*, in *GDRI*, 1999, p. 491; Idem, *Esternalizzazioni e diritto del lavoro, il lavoratore non è una merce*, in *DRI*, 1999, 3, p. 351; Idem, *Nozione di trasferimento di ramo di azienda e rilevanza del consenso del lavoratore*, in *RIDL*, 2003, II, p. 150. Vedi anche Raffi, *tutela del lavoratore e trasferimento d'azienda*, p. 56; Liebman, *Considerazioni introduttive sulla disciplina di aziende ed esternalizzazioni nel diritto del lavoro (Atti del Convegno tenutosi a Milano l'8 giugno 2004)*, Roma, 2004, p. 11 ss.

7. Impresa transnazionale nell'economia globale: la globalizzazione ⁷²

La dimensione globale dell'economia, l'accresciuta competitività dei mercati, la logica dell'efficienza e dell'economicità nella gestione imprenditoriale impongono alle imprese di rimodulare forme e modelli di organizzazione della propria attività e di interagire in una dimensione sempre più internazionale.

In particolare, questo percorso sembra snodarsi soprattutto sul piano della forma attraverso la quale viene esercitata la funzione imprenditoriale, risolvendosi sovente nel ricorso a processi di concentrazione societaria, a livello comunitario e assai più spesso internazionale, favoriti a loro volta dalla progressiva materializzazione dell'attività imprenditoriale conseguente alla rivoluzione informatica elettronica.

Elemento caratterizzante i mercati globali è la propensione dell'impresa a stringere accordi per creare reti internazionali e rapporti di cooperazione e collaborazione articolati in architetture sempre più complesse come si è osservato

⁷² M. Pianta, *Globalizzazione dal basso. Economia mondiale e movimenti sociali*, Roma, 2001, 11, definisce la globalizzazione dell'economia "come una fase del capitalismo moderno iniziata negli anni 80 e caratterizzata da un accelerato integrazione internazionale dell'attività economiche sia nelle forme tradizionali – commercio e investimenti diretti all'estero- sia in forme nuove, come investimenti finanziari a breve termine, speculazioni sui cambi commercio nei servizi, variegati accordi tra imprese, complessi fluidi di conoscenze e tecnologie... La scelta globale di questa attività è stata favorita dalla riduzione dei costi di trasporto, comunicazione e coordinamento consentiti soprattutto dall'emergere di un nuovo 'paradigma tecnologico' Legato alle nuove tecnologie dell'informazione comunicazione". Vedi MR Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000, 59, dice che "la globalizzazione è quel complesso mediante il quale i mercati e le produzioni nei diversi paesi sono sempre più interdipendenti, in corrispondenza alla dinamica degli scambi di beni o servizi e ai movimenti di capitali e di tecnologie"; Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005; R. Panizza, *Luci ed ombre della Globalizzazione*, CI, 2005, 213

l'impresa transnazionale rappresenta la nuova protagonista della scena economica mondiale⁷³.

Oggi lo scenario di riferimento dell'impresa ha superato i limiti del contesto nazionale per estendersi ad una complessa geografia multinazionale che attraversa confini territoriali e normativi differenti.

Con il post fordismo i processi di globalizzazione delle attività produttive hanno dato vita ad una profonda e strutturale modifica della forma dell'impresa: ad essi si deve lo sviluppo dei nuovi metodi di organizzazione e di produzione basati sul ricorso alla flessibilità organizzativa e all'outsourcing di rete.

Oggi l'internalizzazione dell'impresa impone specifici mutamenti divenendo lo strumento per accedere allo spazio globale.⁷⁴

Parte integrante del processo di internalizzazione della produzione è la delocalizzazione all'estero di una parte o dell'intero processo di produzione. L'impostazione più seguita è quella del mantenimento presso la casa madre delle funzioni aziendali strategiche (cioè il core business), e del decentramento verso il mercato estero delle fasi di produzione⁷⁵.

Con questa organizzazione l'azienda è in grado di avviare politiche di diversificazione del prodotto e di affrontare diversi segmenti del mercato.

Al contempo anche le imprese di più piccole dimensioni, grazie alla guida di una grande multinazionale, riescono ad affrontare il traffico internazionale ovviamente caratterizzato da livelli di competitività e concorrenza più alti rispetto a quello interno.

⁷³ A. Perulli, *Modificazioni dell'impresa e rapporti di lavoro : spunti per una riflessione*, in A. Lyon_ Coen e A. Perulli (a cura di), *Trasformazioni dell'impresa e rapporti di lavoro, Atti del seminario dottrinale internazionale*, Venezia , 17- 21 giugno 2002, Padova, 2004, 2 ss.

⁷⁴ MR Ferrarese , *Globalizzazione e nuovi percorsi delle istituzioni* , in S. Scarponi (a cura), *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sopranazionali*, Milano, 2001, 26, secondo la quale “ lo spazio transnazionale è come uno spazio che non ha più confini certi e predeterminati ... i suoi confini si disegnano e ridisegnano di continuo in funzione dei flussi comunicanti che lo attraversano, ossia di qualcosa che è intrinsecamente mobile e variabile. In un siffatto contesto è cambiato il livello di coinvolgimento internazionale dell'impresa, non si tratta più solo di vendere all'estero, ma di allargare ad una pluralità di paesi lo spazio delle proprie operazioni aziendali che può avvenire direttamente , soprattutto per le imprese di dimensioni maggiori tramite un collegamento statale per l'impresa ed una rete transnazionale di fornitori di tecnologie, progetti, servizi. E. Rulloni, *Economia globale e post- fordismo*, *IF – Rivista della Fondazione IBM Italia*, 1998, Milano

⁷⁵ A. Lettieri, *Regole della globalizzazione e deregolazione del lavoro*, in S. scarponi (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro*, cit. 167 (vedi G. Tussino , *Impresa transnazionale e rapporti di lavoro*, in *MDL*, 2006

Si viene a creare una vera e propria rete internazionale nella quale sono coinvolte, attraverso rapporti bidirezionali, imprese di diverse dimensioni che finiscono per divenire esse stesse il principale vettore della globalizzazione dell'economia.⁷⁶

È evidente che nella scelta di dimensione e localizzazione dell'impresa appare decisiva l'esigenza di ottimizzare i processi produttivi attraverso la ricerca di manodopera a basso costo in quei paesi con una ridotta imposizione fiscale o con un minore costo delle materie prime.

L'internalizzazione della produzione implica che gli spazi economici dell'organizzazione non coincidono più con i confini politici nazionali: anzi, l'impresa di dimensione transnazionale si presenta ontologicamente come una "impresa senza confini", ossia come un soggetto i cui confini economico- organizzativi trascendono volutamente quelli meramente geografici.

È indubbia la complessità dei problemi per il diritto, o meglio per i diritti, quelli nazionali e quello internazionale, che fenomeni d'internalizzazione dei mercati e delle imprese pongono.⁷⁷

Una impresa senza confini mette a dura prova gli stessi concetti giuridici definiti dalle categorie tradizionali, tra le quali anche il concetto di gruppo di società che anche nelle consuete dimensioni nazionali già stentava a trovare un solido fondamento normativo.⁷⁸

A fronte dell'impresa – rete o del gruppo di imprese la tradizionale logica del diritto non è apparsa in grado di elaborare una adeguata capacità d'identificazione del relativo centro di potere , presupposto fondamentale dal quale regolare l'assetto di interessi in gioco.

Dinanzi a questo scenario è allora difficilmente resistibile l'osservazione che il tema del rapporto tra impresa transnazionale disciplina delle sue relazioni contrattuali e diritto applicabile rappresenta uno dei principali terreni sui quali oramai il giurista è chiamato a misurarsi nella consapevolezza che il nuovo assetto normativo della società post- industriale si gioca proprio attorno alla capacità di saper costruire una disciplina

⁷⁶ P. Barrocci, *Economia globale e sviluppo locale. Per una dialettica della modernità avanzata*, Pisa, 1998.

⁷⁷ A. Lassandari, *La tutela collettiva utilità della competizione economica globale*, RGL, 2005, 263 ss

⁷⁸ S. Nadalet, *Imprese transnazionali e diritto del lavoro*, LD, 2005, 432 ss

per questi fenomeni. Considerazioni come queste si amplificano sensibilmente nella dimensione propria del diritto del lavoro, ove si rileva maggiormente pressante l'esigenza di adeguare il sistema delle tutele dei lavoratori alla mutata dimensione geografica dell'impresa.

Se l'economia diventa globale e gli Stati rimangono nazionali i mercati finiscono per essere distorti da fenomeni di concorrenza sleale e quelli del lavoro sono i primi ad essere esposti alle conseguenze dell'inesistenza di un luogo di regolazione istituzionale.⁷⁹

La delocalizzazione di una parte o dell'intero processo produttivo in paesi diversi da quello d'origine dell'impresa sovente è esplicitamente motivata dalla possibilità di sfruttare le diversità che conseguono alla dimensione nazionale delle discipline di regolamentazione soprattutto individuale dei rapporti di lavoro.

La scelta di operare in stati nei quali il livello di protezione sociale è molto basso od addirittura inesistente diviene irresistibile nella logica di un sistema che tende alla realizzazione di margini di progetto ridotti sul singolo prodotto per puntare ai grandi numeri dei nuovi mercati del mondo,⁸⁰ generando forme di concorrenza non solo tra i competitors ma anche tra gli stessi paesi (a loro volta direttamente interessati ad avere il maggior numero possibile di insediamenti di unità produttive sul proprio territorio), e

⁷⁹ G.Perone, *Liberalizzazione del commercio e diritto del lavoro: riflessioni su una relazione in tema*, MGL, 2007, 114, spec. 117

⁸⁰ G. Venturini, *L'organizzazione mondiale del commercio*, Milano, 2004, 48 e 49, la quale osserva che "i paesi nel cui ordinamento le condizioni dei lavoratori sono meno tutelate sono in grado di produrre a costi minori beni, o servizi che traendo vantaggio dalle regole del libero scambio potranno conseguire sui mercati stranieri una competitività maggiore rispetto ai prodotti simili, ma aventi costi sociali più elevati. Per correggere questa soluzione alcuni Stati invocano la possibilità di applicare restrizioni commerciali nei confronti dei paesi che non garantiscono i diritti fondamentali dei lavoratori, ma soluzioni del genere, oltre a non essere giuridicamente motivate trovano l'opposizione della maggioranza dei Membri dell'OMC, soprattutto a motivo del loro potenziale impiego ai fini protezionistici". Al riguardo A. Tursi, *Responsabilità sociale, "etica d'impresa e diritto del lavoro*, LD, 2007, p. 79.

alimentando situazioni di dumping sociale e di shopping sociale, frutto della maggiore o minore convenienza dei vari sistemi giuridici per le imprese.⁸¹

I fenomeni di scissione tra luogo di produzione e luogo di commercializzazione dei beni prodotti sono perciò destinati ad ampliarsi progressivamente e con essi ad aumentare le distanze tra le tutele dei lavoratori apparentemente garantite dai diritti dei singoli stati, ma spesso assai lontana fra loro nei contenuti pure all'interno di spazi comuni, primo fra tutti quello della stessa Europa unita.

Infatti non va sottaciuto che il diritto comunitario e l'Unione Europea non possano sentirsi al sicuro né tutelati dall'omogeneità di valori condivisi e trasfusi in assetti legislativi sostanzialmente uniformi.⁸²

⁸¹ A. Jeammaud, *La "mondializzazione": banco di prova per il diritto del lavoro*, in S. scarponi (a cura di) *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sopranazionali*, cit., 60 ss, definisce il rischio di dumping sociale "come un asorta di svalutazione competitiva delle norme sociali". Secondo l'autore è concepibile che "alcuni Stati membri decidono di modificare verso il basso le norme sociali al fine di favorire il proprio sistema produttivo di fronte ai loro concorrenti stranieri o di attirare gli investimenti stranieri. Del resto "nei paesi in cui il diritto del lavoro è largamente di origine convenzionale, è ipotizzabile che i sindacati e gli imprenditori possano accordarsi, in vista dello scopo comune, per diminuire gli standards di tutela assicurati dalle regole convenzionali"

⁸² Sul punto confronta E. Testa, *Regole anti-dumping sociale nella contrattazione collettiva del mercato globale*, DL, 2003, 839, spec. 842 ss; A. Jeammaud, *La "mondializzazione": banco di prova per il diritto del lavoro*, cit., 62 ss; A. Bellavista, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, in A. Plavia (a cura di), *La competizione tra ordinamenti giuridici . Mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo*, Milano, 2007, 78

8. Diritto del lavoro ed impresa internazionale: dalla Convenzione di Roma alla ricerca delle tutele integrate

La principale fonte normativa dei rapporti di lavoro con elementi di internazionalità è racchiusa nella Convenzione di Roma del 1980 sulle obbligazioni contrattuali che implicano un conflitto fra leggi.⁸³

In particolare, il criterio per l'individuazione della legge applicabile ai rapporti di lavoro è quello della libera determinazione delle parti contraenti, temperato dal rispetto del principio della *lex loci laboris*.

Infatti, l'art. 6 della Convenzione introduce un limite derogatorio alla facoltà di scelta delle parti, stabilendo – con la finalità di offrire tutela al contraente debole⁸⁴– che il lavoratore non può essere comunque privato della protezione assicurategli dalle norme imperative poste dall'ordinamento che in assenza della scelta regolerebbe i

⁸³ M. Magnani, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionale tra legge e contratti collettivi*, DLRI, 1988, 20, 73 ss; F. Mosconi, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, ivi, 29 ss; M.E. Corrao, *Profili internazionali-privatistici dei rapporti di lavoro nei gruppi di società*, LD, 2005, 497 ss

⁸⁴ A. Lyon-Coen- S. Sciarra, *La convenzione di Roma e i principi del diritto del lavoro*, op. cit., 21; R. Baratta, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, 1991, Milano, 235, per il quale “ la protezione della parte contraente debole, nel quadro dell'art. 6, si realizza unicamente restringendo la libertà di scegliere la legge applicabile”

contenuti del suo contratto di lavoro. E cioè della legge del paese nel quale il lavoratore svolge abitualmente la propria prestazione lavorativa, anche in ipotesi di distacchi temporanei all'estero, ovvero della legge del paese in cui ha avuto luogo l'assunzione qualora si tratti di una prestazione resa in più stati⁸⁵.

Al di là delle perplessità che la formulazione della norma comunque ha sempre suscitato sotto il profilo della stessa tecnica redazionale e delle conseguenti ambiguità applicative, è proprio lo strumento giuridico in sé a rilevarsi ormai inadeguato rispetto agli interrogativi che dalla complessità della struttura e dalla dimensione internazionale dell'impresa scaturiscono per il diritto del lavoro. Anzi il principio del collegamento della legge al luogo di esecuzione della prestazione è diventato esso stesso il principale veicolo d'alimento delle operazioni di decentramento organizzativo e produttivo verso paesi che offrono agli operatori economici condizioni normative di lavoro maggiormente appetibili ⁸⁶con le conseguenti ricadute in termini di tutela dei contraenti con l'impresa.

In altri termini, il modello di relazione legale costruito dal trattato di Roma è ormai diventato uno strumento che consente all'impresa addirittura di scegliere l'ordinamento che preferisce, con buona pace di quei principi di bilanciamento delle posizioni dei contraenti da cui aveva preso le mosse l'intervento normativo della comunità internazionale.⁸⁷ Si nota che l'ingresso dell'impresa in uno spazio sopranazionale finisce per porre gli stessi sistemi normativi in concorrenza tra loro, dando vita a fenomeni di vero e proprio shopping sociale, giacché le diversità nel livello dei diritti sociali assicurati dai paesi influiscono anche sulle scelte di insediamento e di investimento delle grandi imprese e dei gruppi di imprese transnazionali, al contempo vi è da considerare che è la stessa dimensione transnazionale

⁸⁵ M. Magnani, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionale tra legge e contratti collettivi*, cit., 85, secondo il quale “individuata la legge naturalmente applicabile in base al principio di prossimità, viene neutralizzata ogni scelta che privi il lavoratore della tutela accordatagli dalle norme imperative contenute in quell'ordinamento, a meno che il contratto di lavoro non presenti collegamenti più forti con un altro Paese: in tal caso sarà quell'importo normativo a prevalere quale legge applicabile”; F. Mosconi, *Giurisdizione e legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, cit. 60 ss.

⁸⁶ T. Treu, *Il diritto del lavoro tra internalizzazione e segmentazione*, in F. Galgano, S. Cassese, G. Tremonti, T. Treu, *Nazioni senza ricchezza, ricchezze senza nazione*, Bologna, 1993, p. 99.

⁸⁷ A. Guaccero, *Libertà di stabilimento e diritto societario degli stati membri: Europa vs USA*, in A. Plane (a cura di), *La competizione tra ordinamenti giuridici*, cit., p 3

dell'impresa, articolata per lo più in strutture reticolari o di gruppi, ad acuire questo senso di adeguatezza.⁸⁸

Nell'ambito di una impresa transnazionale, caratterizzata da una pluralità di unità produttive, localizzata in diversi paesi del mondo, i rapporti di lavoro con essa pendenti rimangono nell'attuale quadro normativo, assoggettati a regimi giuridici differenti.

Il decentramento produttivo conduce ad una regolamentazione atomistica dei singoli rapporti di lavoro, ad una frammentazione dei diritti della collettività dei lavoratori a fronte dell'unicità dell'impresa nella quale tutti i soggetti sono inseriti.

Il consolidamento ormai strutturale del fenomeno delle imprese transnazionali impone di riconsiderare la soluzione normativa indicata dalla Convenzione di Roma in tema di disciplina dei rapporti di lavoro con elementi di internazionalità.

CAPITOLO II

IL TRASFERIMENTO D'AZIENDA

1. Introduzione

Con l'espressione esternalizzazione in senso proprio si indica quel processo attraverso il quale una impresa trasferisce a terzi una o più attività precedentemente

⁸⁸ A. Lyon-Coen-S. Sciarra, *La convenzione di Roma e i principi del diritto del lavoro*, cit., 14

eseguite al suo interno con l'insieme dei mezzi necessari per il suo svolgimento, riacquistando, poi, attraverso un diverso rapporto contrattuale, i beni ed i servizi che ne costituiscono il risultato.

Si assiste a due momenti, il primo appunto l'esternalizzazione, il secondo l'internalizzazione, contrassegnato dalla riappropriazione dei risultati di tale attività. Tra i contratti tipici dell'internalizzazione acquistano rilievo primario l'appalto di servizi, la somministrazione, il franchising, la subfornitura, mentre tra i contratti atipici si ha riguardo agli schemi negoziali di catering e service.

I principali problemi determinati da questa seconda fase riguardano, poi, in modo particolare, la valutazione di liceità del contratto, alla luce della disciplina dell'interposizione e dell'appalto, e la ricerca di possibili strumenti idonei ad assicurare una concreta tutela del lavoratore.

Esaminando il trasferimento d'azienda notiamo che la principale conseguenza derivante dall'applicazione dell'art.2112 c.c. è la prosecuzione del rapporto di lavoro con il concessionario.

Il principio assunto a presupposto di tale disposizione è quello della c.d. spersonalizzazione della posizione del datore di lavoro, espressione con cui si vuole indicare una sorta di indifferenza della sua persona, a fronte di una tendenziale emersione della rilevanza dell'organismo aziendale all'interno del quale la prestazione di lavoro si inserisce. Proprio la disciplina del trasferimento d'azienda, ricostruito come fattispecie tipica di modificazione soggettiva del rapporto di lavoro, contribuisce a rendere evidente il carattere di sostanziale fungibilità della posizione del datore di lavoro, così che le vicende che coinvolgono la relativa sfera giuridica non comportano lo svolgimento del rapporto di lavoro, ma la sua continuazione nonostante il cambiamento della persona dell'imprenditore, permanga in vita l'organismo aziendale di cui questi si avvaleva nell'esercizio dell'attività economica. Nel trasferimento di azienda si verifica la sostituzione di un soggetto ad un altro nella titolarità del rapporto di lavoro, il cessionario subentra nella posizione contrattuale del cedente, ossia nella situazione giuridica definita dal complessivo regolamento contrattuale. Tale effetto successorio si verifica ope legis, senza necessità dell'accordo delle parti ed a prescindere dal consumo del contraente ceduto.

Abbiamo la esternalizzazione⁸⁹ in senso ampio, o di terziarizzazione, ovvero quando un imprenditore affida ad un altro soggetto lo svolgimento di una o più funzioni, principali o accessorie rispetto alla propria attività economica, mediante uno strumento di tipo contrattuale.

Qualora tale operazione avvenga senza che vi sia un passaggio di elementi materiali o di personale, sussiste quella che è stata definita una terziarizzazione, alla quale troverà applicazione, qualora essa venga effettuata mediante stipula di un contratto di appalto, la disciplina differenziata affrontata dall'ordinamento per la tutela dei dipendenti dell'appaltatore.

Se invece l'impresa affida a terzi una attività precedentemente svolta mediante l'impiego dei mezzi dei quali aveva la diretta disponibilità, trasferendo all'esterno attività di funzioni aziendali, unitamente al complesso di beni e di persone che vengono impiegati per il loro svolgimento si è in presenza di un fenomeno definito di esternalizzazione in senso proprio.⁹⁰

L'art. 2112 c.c. ha subito vari interventi fino all'art. 32 del decreto legislativo 2003, n. 276.

È indubbio che l'art. 2112 c.c. fu creato per garantire ai lavoratori addetti ad una azienda ceduta a terzi una continuità di occupazione, in modo che il rapporto di lavoro fosse insensibile alle vicende circolatorie dell'azienda.

È necessario notare che sebbene il passaggio automatico dei lavoratori alle dipendenze del cessionario, nel caso di trasferimento dell'intera azienda mantenga una precisa ed esclusiva finalizzazione alla tutela degli interessi dei lavoratori ceduti, non è altrettanto semplice trovare significati nell'ipotesi di trasferimento di un ramo di azienda, infatti, qui emerge anche l'interesse del cedente di far transitare automaticamente i dipendenti addetti al ramo, senza rischiare le complicazioni e i costi

⁸⁹ De luca Tamajo, op. cit

⁹⁰ Romei, *Cessione di ramo di azienda ed appalto*, p. 375; Corazza, *Esternalizzazione di un'attività d'azienda: il caso Ansaldo*; Fontana, *La successione dell'imprenditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1970; Magrini, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Franco Angeli, 1980, p. 93; AAVV, *La trasformazione aziendali in vista del Mercato europeo: legge e contratto collettivo*, in *NGL suppl.*, Roma, 1992; Romei, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, Giuffrè, Milano, 1993; Villani, *Trasferimento d'azienda*, in *Gig. Disc. Priv., sez. comm., Agg.*, Utet, Torino, 2000, p.784

di una procedura di licenziamento collettivo, emerge così l'irrelevanza del consenso del lavoratore ceduto.⁹¹

**2. La nozione di trasferimento d'azienda nell'elaborazione
antecedente all'art. 11 del r.d.l. n. 1825/1924 e secondo il vecchio
testo dell'art. 2112 c.c.**

⁹¹ De Luca Tamajo, op. cit. p. 23

È opportuno operare una ricognizione storica della normativa in merito alle conseguenze sui rapporti di lavoro derivanti dal trasferimento di azienda e considerare la posizione della dottrina.

Anche prima della promulgazione di questa originaria normativa⁹² si poneva la questione se potesse “ sempre il creditore del lavoro sostituire altri a sé, e cioè immettere altri nella propria situazione creata col contratto”⁹³ ed , in particolare se vi fossero casi in cui la cessione sia valida anche senza il consenso attuale del ceduto, e cioè il debitore del lavoro⁹⁴.

L’interrogativo che si poneva allora era se, nel caso di cessione delle aziende commerciali , i locatori di opere per “ ancora sussistente vincolo contrattuale all’azienda fossero intesi con quella cessione senza altro vincolati al cessionario”⁹⁵ e con una visione anticipatrice del progetto di impresa prevista, ma non realizzato, dall’art. 46 Cost. ⁹⁶ veniva considerato che “ il vero si è adunque che i rapporti di locazioni d’opere o d’opera sono, tra le varie unità onde si compone ‘azienda’, una parte integrante di questa: ed è perciò semplicemente assurdo il concepirla come qualcosa di esteriore, di separata da quei rapporti, che non si contrappongono all’azienda come le parti di un contratto, ma sono l’una parte dell’altra”⁹⁷. Nella successiva edizione del “ Contratto di lavoro”⁹⁸ il Barassi ribadiva che per valutare la portata della cessione dell’azienda, occorre risalire alla volontà delle parti, definita sovrana, e indicava le diverse ipotesi: “a) di trasmettere al nuovo titolare il nuovo personale, b) o solo una parte di esso, c) o di svincolare completamente l’acquirente nella questione del personale,

⁹² Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901; Menogoni, *L’evoluzione del pensiero di L. Barassi dalla prima alla seconda edizione del “ contratto di lavoro”*, in *RIDL*, 2001, I, p.209 e ss. Vedi *Gli atti di Convegno di studi su “ Ludovico Barassi e la nascita del diritto del lavoro” organizzato a Milano il 27-28 aprile 2001*.

⁹³ Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, op.cit, p. 591

⁹⁴ Barassi, op.cit.p. 591

⁹⁵ Barassi, op. cit., p.599

⁹⁶ Grezzi, *Commento all’art. 46 cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, Branca (diretto da), Bologna- Roma, 1980, p. 69 ss

⁹⁷ Barassi, op. cit., p. 600.

⁹⁸ Barassi, *Il contratto di lavoro, nel diritto positivi italiano, II*, Milano, 1917, pp. 780-793

ritenendolo libero di ammettere il vecchio personale, o di assumere personale completamente nuovo⁹⁹.

Questo in una sorta di anticipazione delle diverse ipotesi (normativamente introdotte dall'art. 11 del rdl n. 1825 del 13 novembre 1924 e dai successivi contratti collettivi 'corporativi') di cessione, trasformazione, cessazione, riduzione e liquidazione dell'azienda.

Al riguardo si è rilevata una “ spiccata tendenza legislativa intesa a rendere possibile il trapasso da un soggetto all'altro dell'impresa e della sua organizzazione, quindi della massa delle sue relazioni di lavoro e di affari (cessioni totali o parziali di azienda, implicanti cessione di contratti)”¹⁰⁰.

Proprio in questa ottica si muove la formulazione originaria dell'art. 2112 c.c. secondo la quale la regolamentazione del trasferimento di azienda tout-court aveva previsto deroghe alle peculiari regolamentazioni della cessione dei crediti, dell'accordo dei debiti e della cessione del contratto alla stregua l'art. 2112 c.c. e, prevedeva specifiche deroghe alla regolamentazione dell'accollo dei debiti e della successione nei contratti in generale, in relazione alla posizione debitoria dell'imprenditore nei confronti dei lavoratori e alla continuazione dei rapporti di lavoro¹⁰¹.

L'art.2112 c.c. fin dalla sua originaria formulazione « con il riconoscimento della situazione del lavoratore inserito nell'azienda, non ha fatto altro che applicare la più generale disposizione contenuta nell'art. 2588 c..c”¹⁰².

In base all'art. 2558 c.c., l'effetto dell'alienazione dell'azienda è la successione nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda non aventi carattere personale.

Secondo l'art. 2112 c.c. passano all'acquirente le obbligazioni e i diritti derivati dai contratti di lavoro coi dipendenti stipulanti dall'alienante¹⁰³.

Barassi, infatti, riteneva non opportuno che improvvisamente con la cessione dell'azienda si sfasciasse tutta l'organizzazione, specie in una delle sue parti più importante e sensibile come era quella del rapporto col personale, in quanto i lavoratori

⁹⁹ Barassi, op. cit. ult. P. 788

¹⁰⁰ Greco, Il contratto di lavoro, Torino, 1939, p. 436

¹⁰¹ Mazzoni, Manuale del diritto del lavoro, II, Milano, 1977, p. 600 ss.

¹⁰² Barassi, Il diritto del lavoro, Vol III, Milano, 1949, p. 183 ss.

¹⁰³ Barassi, Il diritto del lavoro, vol. III, Milano, 1949, p. 183 ss.

rappresentavano l'elemento dinamico dell'azienda, per cui la loro esperienza li rendeva inseparabili da essa.

Tale disposizione trovava giustificazione con il concetto dell'autonomia dell'impresa nei confronti della persona dell'imprenditore ciò alla luce del fatto che l'ipotesi di trasferimento dell'azienda, presa in considerazione dall'art. 2112 c.c., si verificava solo quando, restando inalterata la struttura e l'unità organica dell'azienda, ne fosse mutato solo il titolare, identificandosi con quella del semplice trapasso dell'azienda, che perpetuava con altro titolare la sua identità¹⁰⁴.

Quando invece si fosse verificata una semplice successione cronologica di aziende economicamente e giuridicamente diverse, ovvero trasferimenti di singoli beni, si rimaneva al di fuori delle previsioni sancite dalle norme ed il personale passato da un'azienda ad un'altra o da una impresa all'altra, se con mansioni immutate, non poteva che intendersi regolato da un nuovo ed autonomo rapporto di lavoro¹⁰⁵.

Il fine perseguito dal testo originario dell'art. 2112 c.c. può, quindi, individuarsi nel dettare una disciplina speciale di compromesso preordinata a soddisfare l'esigenza di tutela del complesso aziendale e di garantire la conservazione del posto di lavoro¹⁰⁶.

L'inserimento del rapporto di lavoro alla stessa struttura organizzativa dell'impresa giustifica questa protezione in sé e per sé, l'utilità arrecata dal lavoratore con la sua prestazione va al di là della persona sotto la cui direzione l'opera è prestata e si comunica al successivo titolare, espressione questa della continuità ideale dell'impresa, la quale sussiste nonostante i mutamenti personali che si verificano nell'organizzazione¹⁰⁷.

In definitiva, il punto di compromesso della disciplina introdotta dal legislatore del 1942 mediante l'art. 2112 c.c. è da individuarsi nel proseguimento dei rapporti di lavoro: mezzo di sostentamento dei lavoratori e fattore fondamentale di continuità dell'azienda stessa¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Cass 27 settembre 1958, n. 3045, in *GCMass*, 1958, p. 1084

¹⁰⁵ Cass 27 settembre 1958, n. 3045 in *GC Mass.*, 1958, p. 1084

¹⁰⁶ Bonajuto, *Il trasferimento dell'azienda e del lavoratore*, in *Il diritto del lavoro nella dottrina e nella giurisprudenza, collana di monografie curata da Balletti*, Padova, 1999, p. 7

¹⁰⁷ Cass 16 ottobre 1954, n. 3820, in *RDL*, 1955, II, p. 365 ss.

¹⁰⁸ Riva Sanseverino, *Dell'impresa in generale*, in Scialoja e Branca (a cura di), *Commentario del codice civile, Libro V (Del lavoro)*, Bologna-Roma, 1943, p. 301 ss

Tale interpretazione trova fondamento anche nella relazione al codice del 1942, ove si legge che “il principio della continuazione dei rapporti con il nuovo titolare dell’azienda, quando la disdetta non sia stata data in tempo utile dall’alienante, trovasi riaffermato nel primo comma, mentre nel secondo la questione della solidarietà dell’acquirente per tutti i debiti dell’alienante inerenti al rapporto di lavoro, è stata risolta in senso positivo, sotto date condizioni atte a tutelare la posizione dell’acquirente rispetto ai debiti che egli non ha conosciuto e che non avrebbe potuto rilevare dall’esame dei libri dell’azienda o del libretto del lavoro”(punto 854), al riguardo, nella relazione emerge la preoccupazione e la volontà di eliminare ostacoli che potrebbero rendere difficili i trasferimenti d’azienda e, in quest’ottica, si è ammessa la possibilità della liberazione dell’alienante, quando a tutela degli interessi delle parti intervengono nell’atto le competenti associazioni professionali.

3. Il trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda nel vecchio testo dell'art. 2112 c.c.

L'art. 2112, quinto comma, c.c., modificato ultimamente dall'art. 32 del decreto legislativo del 2003, n. 276, individua la nozione di azienda e di parte di azienda trasferita.

È indubbio l'importanza delle due fattispecie, dal momento che esse determinano l'ambito di applicazione di una normativa inderogabile dalla volontà delle parti.

Naturalmente gli effetti previsti da tale norma, cioè la continuità del rapporto di lavoro e la irrilevanza del consenso del lavoratore ceduto, la solidarietà del cedente e del cessionario e la procedura sindacale sono applicabili solo in presenza di un trasferimento di azienda o di parte di essa. Viceversa quando il trasferimento non ha ad oggetto beni e rapporti che non formano l'azienda o parte di essa si configura una cessione del contratto per il quale è indispensabile il consenso del lavoratore ceduto ai sensi dell'art. 1406 c.c.

La prima modifica integrale dell'art. 2112 c.c. si è avuta con il decreto legislativo 2 febbraio, n. 18 del 2001, di attuazione della direttiva 29 giugno 1998, n. 98/50, confluita nel testo della direttiva 2001/23/CE del 23 marzo 2001, che lo ha sostituito integralmente.

Prima di tale modifica, e prima ancora della modifica da parte dell'art. 47, legge 29 febbraio 1998, n. 428, attuativo della direttiva comunitaria 14 febbraio 1977, n.

77/187, la giurisprudenza e la dottrina avevano affrontato¹⁰⁹ il dibattito sulla disciplina del vecchio testo dell'art.2112 c.c.

Il vecchio testo dell'art. 2112 c.c era caratterizzato da una funzione garantistica, di tutela, infatti l'articolo ha sempre sancito un principio generale : il trasferimento d'azienda non è causa di estinzione dei rapporti di lavoro inerenti all'azienda trasferita in quanto comporta la successione dei rapporti stessi in capo al nuovo imprenditore di una attività economica

La ratio è da ricercarsi nel fatto che il lavoratore resta legato alle sorti non tanto dell'imprenditore, quanto dell'azienda stessa.

Ciò va letto alla luce dell'art. 46 C. che, sancendo il principio di collaborazione dei lavoratori alla gestione dell'azienda¹¹⁰ fonderebbe l'esistenza di una sorta di comune interesse nell'impresa, rappresentato dal fine produttivo alla realizzazione del quale concorrono tutti i soggetti operanti nell'azienda, sia il datore di lavoro sia i lavoratori.¹¹¹

L'attuazione dell'art. 46 C trova giustificazione nell'art. 3, comma 2, C, ovvero nel diritto di partecipazione dei lavoratori alla vita economica del paese¹¹², nell'art. 41 Cost. , comma secondo, ovvero nel limite dell'utilità sociale o del controllo sociale,¹¹³ nell'art. 2 Cost., ovvero nel diritto alla piena realizzazione della persona nella società e più che mai nell'ambiente di lavoro e nel diritto al lavoro sancito dall'art. 4 della Costituzione.

È nelle procedure quale quella prevista dalla l. 428 del 1990, art. 47, in materia di trasferimento d'azienda, che la partecipazione trova espressione mediante i diritti di informazione- consultazione legislativamente previsti¹¹⁴.

La finalità di tutela del lavoratore propria della norma in esame è stata confermata dal d.lgs. n. 18 del 2001, che riguarda l'attuazione della direttiva n. 98/50/

¹⁰⁹ M. Grandi, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, I, Milano 1972, p.271-272

¹¹⁰ Cfr D'Antona, *Partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, in *EGT*, 19990, vol XXII, e in *Opere. Scritti sul diritto sindacale*, a cura di Caruso e Sciarra, Milano, 2000, Vol II, p. 203 ss

¹¹¹ Cfr Mancini, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, p. 126 ss.

¹¹² Galgano, *Commento all'art. 41 Cost. in Commentario alla Costituzione*, Branca (diretto da), Bologna- Roma, 1980, p. 30 ss.

¹¹³ Gezzi, Romagnoli, *IL diritto sindacale*, Bologna, 1987, p. 134 ss.

¹¹⁴ Perulli, *I diritti di informazione*, Torino, 1991, p. 53 ss

CE relativa al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda e che ha modificato il testo originario dell'art. 2112 c.c.. Questo articolo, nella vecchia versione non conteneva una definizione di azienda, ma disponeva che “ le disposizioni di questo articolo si applicano anche in caso di usufrutto o di affitto dell'azienda”.

C'è da chiedersi se si possa parlare di una nozione lavoristica di azienda diversa da quella di cui all'art. 2555 c.c., oppure se si possa prescindere da questa ultima.

È opportuno ripercorrere il dibattito dottrinale e giurisprudenziale che si è acceso sotto la vigenza del vecchio testo dell'art. 2112 c.c.¹¹⁵ anteriore all'attuazione delle direttive comunitarie che hanno profondamente innovato la disciplina del trasferimento di azienda.

Si era aderito¹¹⁶ all'interpretazione della nozione di azienda, presente nella dottrina commercialistica, in base alla quale è ritenuta pacifica l'applicabilità della disciplina dell'azienda ad una azienda esistente (ovvero adeguata all'esercizio dell'impresa)¹¹⁷ ma non ancora esercitata o incompleta (nel senso che può essere completata solo con elementi non essenziali)¹¹⁸.

Ci si è chiesto se, in tal caso, si possa configurare azienda senza impresa. C'è stato chi ha espresso parere favorevole¹¹⁹ e vi sono studiosi per i quali la costituzione di una azienda implicherebbe automaticamente, in ogni caso, l'esercizio d'impresa¹²⁰.

In adesione all'orientamento prevalente nel panorama della dottrina commercialista ed in particolare alla teoria, in virtù della quale si affermava la

¹¹⁵ Santoro Passatelli, *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, in Santoro Passatelli, Foglia (a cura di), *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa*, Milano, 2002, p. 3 ss

¹¹⁶ Grandi, *Trasferimento d'azienda(dir.lav)*, in *EGT*, Aggiornamento, XXXI, Roma, 1995, p. 155

¹¹⁷ Cfr Auletta, *Azienda (diritto commerciale)*, in *EGT*, IV, Roma, 1988, p. 7

¹¹⁸ Auletta, *op.cit*, p. 7

¹¹⁹ Minervini, *L'imprenditore. Fattispecie e statuto*, cit, p. 123 ss; Martini, *L'usufrutto d'azienda*, Milano, 1950, p. 90 ss.; Oppo, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *RDC*, 1976, I, p. 591 ss,

¹²⁰ Ghidini, *Inizio e cessazione dell'impresa*, in *Temi*, 1962, p. 416 ss; Jaeger, *Note critiche sull'inizio dell'impresa commerciale*, in *Riv.soc.*, 1996, p. 756 ss

possibilità di azienda senza impresa, si era escluso che fosse ravvisabile una nozione lavoristica di azienda¹²¹.

Da ciò si ammetteva la possibilità del trasferimento di azienda, inteso come passaggio “ del complesso di beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa (ex art. 2555 c.c.), senza necessità dell'esercizio dell'attività d'impresa, bensì l'idoneità funzionale dell'azienda ceduta a consentire l'esercizio di tale attività”¹²².

In seguito ci si allontanò dalla nozione di azienda interpretata in maniera classica fino a giungere, con la direttiva n. 98/50/CE alla frattura (ben rimarcata dal legislatore) con l'art. 2555 c.c., o quanto meno con l'interpretazione più tradizionale della disposizione, secondo la quale i mezzi altro non sono se non delle entità materiali, le cose di cui parla l'art. 810 c.c.¹²³.

In seguito si è opinato che il testo dell'art. 2112 c.c., come modificato in attuazione delle più recenti direttive comunitarie, si richiama all'art. 2082 c.c.¹²⁴, e quindi alla nozione di impresa e di imprenditore.

In particolare si è sottolineato che il 5° comma dell'art. 2112 c.c., ove definisce trasferimento d'azienda “qualsiasi operazione che comporti il mutamento nella titolarità di una attività economica organizzata”, richiama l'organizzazione in forma di impresa, costituita da organizzazione e attività”¹²⁵, ovvero, non fa altro che riprodurre la definizione di imprenditore prevista dall'art. 2082 c.c. ¹²⁶

Di conseguenza l'art. 2112 c.c. oltre ad essere connesso e interpretato alla luce dell'art. 2082 c.c., viene sganciato dall'art. 2555 c.c. e caratterizzato dal concetto di

¹²¹ Grandi, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, I, Milano, 1972, p. 271 ss.; Idem, *Modificazioni aziendali del rapporto di lavoro*, in *EGT*, XX, 1990, p.7

¹²² Grandi, *Trasferimento d'azienda*, in *EGT*, Aggiornamento, XXXI, 1995, p.2

¹²³ Romei, *Relazione dattiloscritta al Convegno intitolato “ l'art. 2112 c.c. : un cantiere aperto”*, svoltosi a Roma il 16 dicembre 2002, p.2.

¹²⁴ Maresca, *Le “ novità” del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, *ADL*, 2001, p. 587 ss.

¹²⁵ Santoro Passatelli, *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, in Santoro Passatelli e Foglia (a cura di), cit., p. 7-8; Marazza, *Impresa e organizzazione nella nuova nozione di azienda trasferita*, in *ADL*, 2001, p. 601 ss

¹²⁶ Santoro Passatelli, *La nozione di azienda trasferita tra disciplina e nuova normativa nazionale*, in Santoro Passatelli e Foglia (a cura di) cit., p. 10

organizzazione,¹²⁷ da intendersi come un complesso di beni, rapporti giuridici e persone, idoneo ad esprimere una capacità produttiva, a prescindere dall'esistenza dell'azienda di cui all'art. 2555 c.c.¹²⁸

Possiamo, a questo punto parlare di una distinzione fra nozione di trasferimento d'azienda contenuta nell'art. 2112 c.c. e nozioni d'azienda di cui all'art. 255 c.c., per poi compiere il passo successivo ed insistere sul fatto che nell'interpretazione dell'art. 2112 c.c. non si può prescindere dall'elaborazione commercialistica incentrata sull'art. 2082 c.c.

Da un lato si esclude che l'unica nozione di azienda individuabile nel nostro ordinamento giuridico sia quella ex art. 2555 c.c., dall'altro, ci si concentra sulla nozione di impresa o su quella di imprenditore, quale "centro di imputazione dell'impresa"¹²⁹, che si svolge mediante azienda¹³⁰.

Si è evidenziato che il quinto comma dell'art. 2112 c.c., nella parte in cui fa riferimento al mutamento nella titolarità di una attività economica organizzata, non fa altro che riprodurre la definizione di imprenditore prevista dall'art. 2082 c.c.¹³¹

Ciò serve per valorizzare l'organizzazione in sé, svincolata dalla necessaria presenza di beni e come condizione idonea a rendere impresa una attività economica¹³². Si introducono due diverse nozioni di azienda e si equipara la nozione lavoristica di azienda alla nozione di impresa.

Di conseguenza è necessario fare chiarezza per togliere ogni equivoco, considerando, che il legislatore italiano quando ha novellato il testo dell'art. 2112 c.c. (nella parte in cui fa riferimento all'attività economica organizzata) si è discostato dalla definizione corretta (entità economica organizzata) contenuta nella direttiva, in quanto si è concentrato sul solo aspetto circostanziato del mutamento nella titolarità dell'impresa, vicenda successiva implicita nel trasferimento d'azienda¹³³.

¹²⁷ Marazza, *Impresa e organizzazione nella nuova nozione di azienda trasferita*, cit., 606 ss

¹²⁸ Marazza, op.cit., p. 607

¹²⁹ Oppo, *Impresa e imprenditore (dir. comm)*, in *EGT*, XVI, Roma, 1989, p. 1 ss

¹³⁰ Cfr. Auletta, *Azienda (diritto commerciale)*, op. cit. p. 12

¹³¹ Cfr. Santori Passatelli, op.cit., p.10

¹³² Cfr. Marazza, op. cit., p 607

¹³³ Buonocore, *Il "nuovo" testo dell'art. 2112 del codice civile e il trasferimento di un ramo d'azienda*, in *GC.*, 2003, II, p. 313 ss

A tale riguardo bisogna tenere conto e prendere atto che impresa e azienda costituiscono una realtà globale e , soprattutto, che azienda e titolarità dell'attività economica rappresentano due profili dell'impresa.

Obnubilare questo aspetto e caldeggiare la qualità di imprenditore e la titolarità dell'impresa, significa trascurare un dato essenziale, un elemento costituito di una realtà giuridica complessa, rappresentato dall'azienda.

Per quanto l'azienda possa essere leggera e dematerializzata, essa deve presentare una adeguata forma minimale, affinché possa sussistere l'esercizio di un'impresa. Per dare vita a “quella realtà giuridica globale”¹³⁴ devono essere presenti l'imprenditore, attività economica organizzata e azienda¹³⁵.

Si è ritenuto che può esserci azienda solo in relazione ad un'impresa¹³⁶.

La vera questione da considerare è l'interpretazione della nozione di azienda nel suo rapporto con quello di impresa, la riconducibilità ad essa dei rapporti giuridici, compresi i rapporti di lavoro, in corso di esecuzione al momento del trasferimento e, di conseguenza, l'applicabilità o meno della speciale disciplina del trasferimento¹³⁷.

Ciò ha lo scopo di impedire che si proceda ad improvvisare e a confezionare un quid da trasferire per liberarsi in particolare di elementi scomodi e non particolarmente produttivi, questo rischio è configurabile soprattutto nella cessione di un ramo d'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di una attività economica organizzata, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità.

Il ramo d'azienda è ravvisabile in presenza di una articolazione funzionalmente autonoma, sotto il profilo organizzativo, gestionale e produttivo¹³⁸, di una attività

¹³⁴ Oppo, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiana*, in *RDC*, 1976, I, p. 591 ss

¹³⁵ Buonocore, *Il “nuovo” testo dell'art. 2112 del codice civile e il trasferimento di un ramo d'azienda*, in *GC*, 2003, II, p. 313 ss

¹³⁶ Buonocore , op. cit., p. 321. Vedi, *Vallebona, Istituzione di diritto del lavoro, II, Il rapporto di lavoro*, Padova, 2002, p. 292

¹³⁷ Casanova, *Azienda*, in *DDP, sez. comm.*, II, Torino, 1987, p. 75 ss.

¹³⁸ Cester , *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, in *LG*, 2001, p. 505 ss

economicamente organizzata, da intendersi nel senso di entità idonea allo scopo produttivo organizzato¹³⁹, ovvero a realizzare in maniera autosufficiente un servizio¹⁴⁰.

È possibile parlare di ramo di azienda suscettibile di essere trasferito, quando ricorra quel carattere di autonomia organizzativa ed economica obiettivamente preesistente al trasferimento stesso, che presuppone quanto meno uno specifico centro direttivo dotato, anche solo potenzialmente, di autonomia finanziaria¹⁴¹, vale a dire di una piccola azienda, separabile dal complesso aziendale generale¹⁴².

Si parla, quindi di preesistenza dell'autonomia e della capacità funzionale del ramo aziendale presso il cedente, al fine di evitare assemblaggi ad hoc, concordati fra cedente e cessionario, diretti ad eludere la disciplina di tutela dei lavoratori, altrimenti garantita dalla necessità del consenso.

4.IL NUOVO QUADRO NORMATIVO: D.Lgs n. 18/2001

¹³⁹ Cass. 17 marzo 1993, n. 3148, in *Mass. GC*, 1993

¹⁴⁰ Santoro Passarelli, *La nozione azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, in Santoro Passarelli e Foglia (a cura), cit.,p.11

¹⁴¹ Cfr. Pret. Genova 22 ottobre 1998, in *RIDL*, II, p. 416.

¹⁴² Cester, *La novità in materia di trasferimento di ramo d'azienda*, in Carinci e Miscione (a cura di), *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al Disegno di legge delega 2002*, Milano, 2002, p. 26 ss

Il decreto in esame tende a rendere più fluidi i processi di esternalizzazione, ufficializza la propria applicabilità al ramo di azienda, nella scia di un orientamento in giurisprudenza già affermato, del disposto della Direttiva 98/50 che espressamente fa riferimento al trasferimento di parti di imprese o di stabilimenti, nonché di spunti in tal senso contenuti nell'art. 47, 5° comma della legge del 1990, n. 428, che evoca il trasferimento di unità produttive e all'art. 3, comma 2° e 3°, della legge del 1991, n. 223, che allude alla cessione della azienda o di sue parti.¹⁴³

Nella stessa direzione muove la nuova direttiva dove cerca di dare un fondamento legislativo e di ampliare il concetto di trasferimento sino ad abbracciare qualunque negozio o qualunque operazione traslativa della titolarità del ramo di azienda a prescindere dalla tipologia negoziale attuativa del trasferimento.

Quale che sia lo strumento giuridico utilizzato al fine di realizzare l'operazione di esternalizzazione della articolazione aziendale, è consentito all'imprenditore cedente di trasferire automaticamente i dipendenti ad esse addetti.

Il decreto legislativo interviene ad ampliare anche l'oggetto di trasferimento, cioè il concetto di ramo d'azienda, attraverso un alleggerimento della nozione.

L'art. 2112 c.c., come modificato dal decreto legislativo 2001, n. 18, definiva il ramo di azienda come “una articolazione funzionalmente autonoma di una attività economica organizzata”.

¹⁴³ De Luca Tamajo, op. cit. p. 25 ; Cass 19 dicembre 1986, n. 6828, FIR, 1986, voce Lavoro (rapporto), n. 2185; Cass 5 agosto 1988, n. 4845, ivi, 1989, voce Lavoro(rapporto)n. 1659; Cass 10 marzo 1992, n. 2887, FIR, 1992, voce Lavoro(rapporto), n. 1477; Cass 22 marzo 1994, n. 2755, DI, 1994, p. 1053; trib. Milano 10 marzo 1993, OGL., 1994, p. 282; Cass 19 dicembre 1997, FI, 1999, I, c.273; Cass 30 agosto 2000, n. 11422, NGL, 2001, p. 165; App. Milano 12 aprile 2001, ivi, 2001, p.321; Cosio, Discipline del trasferimento d'azienda. Differenziazione e unità dell'ordinamento giuridico, Angeli, Milano, p. 56

In tal guisa, si nota che ci si allontana sempre più dalla nozione di azienda di cui all'art. 2555 e ss c.c.¹⁴⁴ nel quale la nozione di azienda, e di parte di essa, appare imperniata sul complesso di beni organizzati dall'imprenditore.

L'art.2112 c.c. sposta l'accento sull'attività e sull'organizzazione ritenuti espressione sufficiente di un ramo d'azienda autonomo.

Sotto l'influsso della elaborazione commercialistica, la ricostruzione della fattispecie traslativa della azienda è stata a lungo condizionata dal riferimento al complesso di beni cui espressamente allude l'art.2555 c.c.¹⁴⁵

La modifica dell'art. 2112 c.c. ad opera del decreto legislativo 2001, n. 18 e le pronunce della Corte di Giustizia Europea hanno permesso un ripensamento e, quindi ai fini dell'applicazione dell'art. 2112 c.c. è sufficiente anche la traslazione di una attività realizzata solo mediante impiego di un insieme di lavoratori all'uopo organizzati, senza il supporto di un apparato strumentale. Naturalmente non deve trattarsi "di una mera sommatoria di prestazioni lavorative individualmente operanti, l'attività traslata si deve caratterizzare, invece, per un amalgama organizzativo idoneo a trasformare i singoli lavoratori addetti in un insieme capace di sviluppare una autonoma iniziativa imprenditoriale al fine della produzione di un bene o di un servizio"¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Tinti, *La nozione di trasferimento d'azienda e il nuovo art. 2112 c.c.*, in Magnani (a cura di). *Disposizioni in tema di trasferimento d'azienda, Nuove leggi civili*, 1992, p. 647 e Pedrazzoli, *Istituti e 'ratio' comunitaria e attività dell'interprete: l'esempio del trasferimento d'azienda* in AAVV, *Le trasformazioni aziendali in vista del Mercato europeo: legge e contratto collettivo*, NGL, Supplemento, 1992, p. 226 ss.

¹⁴⁵ Grandi, *Trasferimento di azienda*(dir. lav.), *En. Giur. Treccani*, aggiornamento, vol. IV, Roma, 1999; Magrini, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Angeli, Milano, 1990; Santoro Passatelli, *Il trasferimento di azienda: la fattispecie, DRI*, 1992, p. 3 e ss; Romei, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento di azienda. Il codice civile, Commentario* diretto da Schelesinger, Giuffrè, Milano, 1993.

¹⁴⁶ De Luca Taamajo, op.citp.27. vedi sul punto Nuzzo, *Il trasferimento di azienda : l'ultima riscrittura della disciplina lavoristica*, MGL, p. 313; Della Rocca, *La nuova disciplina del trasferimento di azienda*, MGL, 2001, p.589

Appare, quindi dalla lettura della norma e dei nuovi orientamenti giurisprudenziali una smaterializzazione del ramo di azienda¹⁴⁷.

È da notare che la Direttiva 98/50/CE utilizzava la formula “entità economica”, viceversa il legislatore ha utilizzato l’espressione “attività economica organizzata”, infatti, il riferimento all’attività è finalizzato ad escludere proprio la rilevanza di ciò che, invece, caratterizza la nozione di entità, vale a dir la sussistenza di un insieme di mezzi.

Anche perché l’utilizzazione dell’espressione “entità economica” avrebbe sortito l’effetto, ancorché indiretto, di rigenerare nel nostro ordinamento la nozione di azienda inverteata dall’insieme di mezzi¹⁴⁸.

La Corte di giustizia europea si è sostanzialmente orientata a sostenere che in relazione al tipo di attività o settore economico o in funzione dei metodi di produzione dell’impresa anche un insieme di rapporti di lavoro funzionalmente collegati e destinati alla realizzazione di una attività, se adeguatamente coordinata ai sensi della Direttiva 98/50/CE, pur in assenza di elementi patrimoniali, può corrispondere a una entità economica.¹⁴⁹

Per delineare il ramo di azienda è decisiva l’organizzazione dei mezzi di produzione, più che il loro spessore o la loro pluralità, e tale organizzazione può anche investire soltanto beni immateriali (come l’avviamento, la clientela, il know-how ecc.)

¹⁴⁷ Flaminia, *Trasferimento di azienda e rapporti di lavoro*, in AAVV, *Le trasformazioni aziendali in vista del mercato europeo*, NGL, suppl.1992, p. 233; Cosio, *Disciplina del trasferimento di azienda*, Angeli, Milano, 1995; Cass 20 novembre 1997, n. 11575, *FIR*, voce Lavoro(rapporto), 1997, II, p. 542; Cass 18 marzo 1996, n. 2254, *RIDL*, 1997, II, p. 385, con nota di Romei, *Trasferimento di azienda e successione in un rapporto di appalto*; Cass 24 febbraio 1992, n. 2285, *RIDL*, 1993, II, p. 202; Carabelli, *Trasferimento d’azienda : la nuova direttiva europea*, *LI*, 1998, n. 21, p. 5 ss; Ciucciavino, *La nozione di azienda trasferita alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza intera e della disciplina comunitaria*, *ADL*, 1998, p. 913

¹⁴⁸ Santoro Passatelli, *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, *ADL*, 2001, p.578

¹⁴⁹ CGCE 24 gennaio 2002, C- 51/00 : « Quando una entità economica sia in grado, in determinati settori, di operare senza elementi patrimoniali, materiali o immateriali, significativi, la conservazione della sua identità non può dipendere dalla cessione di tali elementi. Pertanto, in determinati settori in cui l’attività si fonda essenzialmente sulla mano d’opera, un gruppo di lavoratori che assolva stabilmente una attività comune può corrispondere ad una entità economica»; Cfr. CGCE 11 marzo 1997, C-13/95 (Suzen); CGCE10 dicembre 1998, cause riunite C- 127/96, C- 229/96 e C-74/97 (Hernandez Vidal); CGCE 10 dicembre 1998, causa riunite C- 173/96 e C- 247/96 (Hidalgo); CGCE 2 dicembre 1999, C- 234/98 (Allen); CGCE 25 gennaio 2001, C- 172/99 (Oy Liikenne Ab.). A tal proposito è possibile il trasferimento di servizi di vigilanza, di attività di manutenzione e assistenza di apparati informatici, di servizi di gestione e pulizia di passaggi e livello ferroviari ecc.

o forza lavoro, poiché anche il solo coordinamento di questi ultimi può integrare l'esercizio di una attività imprenditoriale.

Nella vecchia novella, introdotta dal decreto legislativo si reclamava l'autonomia funzionale del ramo ceduto, e doveva essere preesistente al trasferimento cioè doveva sussistere già nella organizzazione aziendale del cedente, e conservare nel trasferimento la propria identità.

Il legislatore si preoccupava di dare ulteriori precisazioni della nozione di parte di azienda rilevata ai fini della specifica disciplina giuslavoristica del trasferimento, separando le ipotesi in cui si tratti della circolazione di una porzione aziendale sufficientemente caratterizzata sul piano funzionale, da quelle in cui vengano trasferiti singoli beni o singole attività prive di autonomo collante organizzativo.

La novella del 2001 aderisce all'orientamento che riteneva essenziale per la configurazione del ramo di azienda una piena autonomia funzionale rilevabile nella organizzazione del cedente già prima del trasferimento, orientamento che si contrapponeva ad un altro che riteneva sufficiente una autonomia solo potenziale ovvero una mera idoneità o attitudine delle attività cedute all'esercizio di una impresa, suscettibile di trovare concreta esplicazione presso l'acquirente.¹⁵⁰

Il decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 18, ha recepito la direttiva comunitaria 29 giugno 1998, n. 98/50 ed ha innovato la disciplina legale del trasferimento di azienda con riferimento sia all'art. 2112 c.c., sia all'art. 47, legge 29 dicembre 1990, n. 420.

Il legislatore italiano, di fronte alle vicende applicative dell'art.2112 c.c.¹⁵¹ ha deciso, recependo la direttiva 98/50/CE, di incidere sull'assetto normativo preesistente, infatti l'art. 2112 c.c. è ormai diventato strumento chiave per la realizzazione dei processi di esternalizzazione avviati dall'impresе italiane alla ricerca “ di assetti più

¹⁵⁰ Tribunale Milano 11 marzo 2000, *ADL* 2000, p. 433; Pret. Genova 27 giugno 1998, *ivi*, 1998, p. 982; Pret. Genova 12 maggio 1998 *ivi*, p. 987; Cass 17 Aprile 1996, n. 3627, *FI Rep.*, 1996, voce *Azienda*; Cosio, *La nuova disciplina del trasferimento di impresa*, *FI*, 2001, V, c. 1262; Marazza, *Impresa ed organizzazione nella nuova nozione di azienda trasferita*, *ADL*, 2001, p.609.

¹⁵¹ Convegno in “ *Il trasferimento d'azienda dopo il D.Lgs. 2 febbraio 2001, n. 18*” organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Firenze e dalla sezione Toscana del Centro di Studi Domenico Napoletano (Firenze, 15 giugno 2001). Seminario promosso dalla Scuola di specializzazione in diritto del lavoro, sindacale e della previdenza sociale dell'Università degli Studi “La Sapienza” di Roma su “ *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e natura normativa tradizionale (Roma, 26 marzo 2001)*”; A. Maresca , *Le novità del legislatore nazionale in materia di trasferimento di azienda*, in *Arg. Dir. lav.* , 2001, II, p. 587,

agili e flessibili, indispensabili per accrescere sui mercati la propria competitività e, così fronteggiare la concorrenza”¹⁵².

La prima impressione che si ricava dal testo dell’art. 2112 c.c. , così come modificato dal decreto 2001, n. 18, è che il legislatore abbia voluto rafforzare le tutele del lavoratore ed ampliarne la portata applicativa ed, abbia cercato di riportare all’interno del diritto del lavoro la tutela del lavoratore nel trasferimento di azienda, sottraendola così al dominio della regola commercialistica ispirati da valori diversi e non coincidenti.

La stessa rubrica dell’art. 2112 c.c. è cambiata, infatti non è più “trasferimento di azienda”. Ma “ mantenimento dei diritto dei lavoratori in caso di trasferimento di azienda”.

¹⁵² Maresca, op. cit.

5. Il nuovo articolo 2112 c.c: la modifica operata dall'art. 32 del decreto legislativo del 2003, n. 276

Nel disegno di legge delega in materia di riforma del mercato del lavoro n. 848 (art. 1, comma 2, lettera j) era prevista una drastica eliminazione del requisito dell'autonomia funzionale del ramo di azienda preesistente al trasferimento, successivamente con il Patto per l'Italia del 5 luglio 2002¹⁵³, si ritornò a richiedere l'autonomia funzionale, la quale doveva sussistere limitatamente al momento del trasferimento.

Si è ritenuto che il requisito dell'autonomia funzionale del ramo d'azienda dovesse ricorrere al momento del trasferimento, senza dover preesistere, come confermato dalla legge delega 14 febbraio 2003, n. 30 e dal d.lgs. 2003, n. 276.¹⁵⁴

¹⁵³ Cester, *Il trasferimento d'azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?* In Carinci-Cester (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, in *Commentario al d. lgs n. 276/2003* coordinato da Carinci, Milano, 2004, p. 238.

¹⁵⁴ Menegatti, *Il difficile ruolo della nozione di trasferimento di ramo d'azienda*, in *LG*, 2003, p. 219 ss; Santoro Passatelli, *Sulla nozione di trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c.*, in *FI*, 2000, c. 1962; Ciucciovino, *Trasferimento di ramo di azienda ed esternalizzazione*, in *ADL*, 2000, p. 385 ss.; Magnani, in Magnani e Scarpelli, *Trasferimento di azienda ed esternalizzazioni. Le opinioni di*, in *GDLRI*, 1999, p. 485 ss; Scarpelli, in Magnani e Scarpelli, *Trasferimento di azienda ed esternalizzazioni, Le opinioni di*, ibidem, p. 491 ss; Vedere Cester, *Le novità in materia di trasferimento di ramo di azienda*, in Carinci e Miscione (a cura di) *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al disegno di legge delega 2002*, cit., p. 29; Nuzzo, *Il trasferimento di azienda: l'ultima riscrittura della disciplina*, in *MLG*, 2002, p.312 ss.

Accanto all'orientamento a favore della preesistenza c'era quello che ne bramava l'eliminazione, si obiettava, infatti, che la mancanza del requisito della preesistenza non avrebbe automaticamente comportato la realizzazione di operazioni di carattere fraudolento e che l'autonomia della parte ceduta poteva essere intesa in senso potenziale e non già attuale nell'ambito dell'attività del cedente, cioè idonea alla continuazione della propria attività¹⁵⁵.

Inoltre, si riteneva che il requisito della preesistenza determinasse una chiusura troppo rigida rispetto a processi di esternalizzazione, che riguardano segmenti del ciclo produttivo per i quali non è agevole scorgere una evidente e attuale autonomia funzionale già presso il cedente¹⁵⁶.

Si è preferito eliminare il requisito della preesistenza e attribuire, in sostituzione dello stesso, un ruolo di primo piano all'art. 1344, ovvero “ ad una clausola generale antifraudolenza, capace di colpire qualsivoglia utilizzo ‘indiretto’ dell'esternalizzazione finalizzata esclusivamente allo smagrimento dell'organico”¹⁵⁷.

L'art. 32 del decreto legislativo 2003, n. 276 ha eliminato il requisito della preesistenza, infatti così recita “la disposizione del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte d'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma, di una attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento.

Con la eliminazione del requisito di preesistenza e con la possibilità della individuazione del ramo di azienda al momento del trasferimento si rischia di accelerare il processo di “mercificazione”¹⁵⁸della persona e dei suoi diritti ¹⁵⁹.

Si valorizza, in modo molto pericoloso, la volontà delle parti, le quali possono confezionare per i propri fini, la porzione, segmento o ramo di azienda da trasferire.

¹⁵⁵ Trib. Milano 11 marzo 2000, in *ADL* 2000, p. 433 ss.; Pret. Milano 16 settembre 1998, in *ADL*, 1998, p.995;Pret. Genova 27 giugno 1998, in *ADL*, 1998, p982;Pet. Genova 12 maggio 1998, in *ADL*, 1998, p.987..

¹⁵⁶ De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, cit., p. 31

¹⁵⁷ De Luca Tamajo, op.citp35

¹⁵⁸ O'Higgins, “*Il lavoro non è una merce*”. *Un contributo irlandese al diritto del lavoro*, in *DLRI*, 1996,p. 295 ss

¹⁵⁹ Cfr, *Giudizio della Cgil e prime indicazioni operative*, in *Le nuove norme attuative della legge 30. Il nuovo mercato del lavoro: istruzioni dell'uso*, Suppl. al n. 36/2003 di rassegna sindacale 2003, p. 10

Allora si assiste ad un potenziale contrasto con la normativa e con la giurisprudenza comunitaria dove si è sempre evidenziato “il carattere di stabilità (e dunque non di improvvisazione) della parte di azienda oggetto della cessione”¹⁶⁰.

Inoltre non si tiene conto nemmeno delle conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza interna, secondo la quale” affinché possa parlarsi di ramo d’azienda ai sensi dell’art. 2112 c.c. è necessario che lo stesso abbia una preesistente organizzazione e autonomia funzionale presso il cedente¹⁶¹

6. Il ramo di azienda: l’articolazione funzionalmente autonoma e attività economica e il requisito della preesistenza al trasferimento

Il vecchio testo dell’art. 2112 c.c. così recitava “ l’attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni e di servizi” ed evocava così l’attività economica contenuta dell’art. 2082 c.c. dove viene data la definizione di imprenditore.

Il richiamo all’art. 2082 c.c. non può essere trascurato, ma occorre considerare che il legislatore nazionale ha modificato l’art. 2112 c.c. perché impegnato a recepire la direttiva n. 98/50/CE.

È importante guardare anche la direttiva, in particolare l’art.1 lettera b dove si legge “... è considerato come trasferimento ai sensi della presente direttiva 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”.

¹⁶⁰ Cester, *Il trasferimento d’azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nove forme organizzative dell’impresa: l’attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, in Carici-Cester (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento di azienda*, cit., 260-261.

¹⁶¹ Cass 25 ottobre 2002, n. 15105, in *RCDL*, 2002, p. 905 ss., con nota di Franceschinis, *Il caso “Ansaldo” all’esame della Cassazione: è ramo d’azienda solo se vi è autonomia funzionale e organizzata preesistente al trasferimento*.

Si può dire che nella direttiva e nella giurisprudenza comunitaria la nozione di entità economica è ben distinta da quella di attività, allora ci si chiede il perché della scelta del legislatore interno del termine “attività economica” invece di “entità economica”.

L'utilizzazione dell'espressione “entità economica” avrebbe sortito l'effetto di “rigenerare nel nostro ordinamento la nozione di azienda inverata dall'insieme di mezzi”¹⁶².

Viceversa attività economica organizzata per realizzare la produzione o lo scambio di beni o di servizi è coerente con l'intento del legislatore di ampliare la sfera di applicazione dell'art. 2112 c.c, esercitando la facoltà prevista dall'art. 7 della direttiva n. 77/187/CE di introdurre disposizioni legislative più favorevoli ai lavoratori.

Con la nozione di “ articolazione funzionalmente autonoma di parte di azienda” è ravvisabile nella capacità di tale articolazione di produrre in modo autosufficiente un servizio che viene realizzato in funzione delle esigenze dell'azienda, ma che può essere oggetto anche di valutazione economica considerato in sé stesso e, quindi, prescindendo dalla funzione che è chiamato ad assolvere all'interno dell'organizzazione dell'impresa.

È indubbio che l'elemento fondamentale della disposizione, così modificata, è l'organizzazione di una attività idonea ad assumere un rilievo per il valore economico dei servizi che è in grado di produrre.

Il legislatore con l'introduzione della preesistenza di tale articolazione e alla conservazione della sua identità, ha voluto escludere dall'applicazione dell'art.2112 c.c., la cessione di attività che non hanno mai una propria autonomia funzionale all'interno dell'organizzazione dell'impresa.

Il decreto legislativo n. 276/2003 ha modificato l'art, 2112 c.c. in particolare ha ridefinito la parte di azienda trasferita, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di una attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento.

La precedente versione dell'art. 2112 c.c prevedeva “una sorta di indisponibilità del tipo che non consentiva di far dipendere l'applicazione di una norma inderogabile dalla determinazione pattizia al momento o in vista del trasferimento”¹⁶³, ed i criteri di

¹⁶² Maresca, op.cit

¹⁶³ Perulli, *Tecniche di tutela* , op. cit, p 476

controllo della fattispecie venivano individuati nel requisito dell'autonomia funzionale della parte di azienda trasferita, nella preesistenza di tale autonomia e nella conservazione della propria identità da parte della porzione ceduta.

Il precedente decreto legislativo, n.18/2001 aveva dato peso al requisito della preesistenza, esso rappresentava una “ conseguenza limitativa”¹⁶⁴, ed era volta a garantire la tutela dei lavoratori in quanto volta a legare le mani a “soggetti imprenditoriali”¹⁶⁵, gli stessi, infatti, non potevano individuare, a proprio piacimento la parte di azienda da trasferire, esistendo, in tal guisa, un requisito oggettivo, appunto quello della preesistenza dell'autonomia.

Oggi, infatti, con la riformulazione operata dal decreto legislativo 2003, n. 276, le cose cambiano, è sufficiente, infatti, una lettura del nuovo art. 2112 c.c. per capire come la recente disciplina legislativa abbia reso decisamente più fluido i processi di esternalizzazione e facilitato quella congruenza fra la forma giuridica e la realtà socio-economica di tali processi.

L'art. 32 del d.lgs n. 276/2003 ha conculcato ogni riferimento ai precedenti requisiti della preesistenza e della conservazione dell'identità nel trasferimento, lasciando in vita solo quello dell'autonomia funzionale.

Così, sembra, caldeggiata la tesi di chi aveva sostenuto l'opportunità di addivenire all'abrogazione di un requisito ingombrante, di incerta applicazione e non decisivo, come quello della preesistenza, in quanto il trasferimento può talora concernere attività eterogenee che, prima della cessione, non presentavano alcun nesso e che vengono accorpate, sino a rinvenire una propria inedita unitarietà ed autonomia solo nell'organizzazione del cessionario. Si pensi all'accordo trasversale, in occasione della cessione a terzi, di vari e distinti servizi generali di una impresa¹⁶⁶, senza che della genuinità e delle obiettive finalità dell'operazione si possa dubitare, finalità la cui frustrazione non sarebbe poi nemmeno giustificata da contrapposte esigenze garantistiche.

¹⁶⁴ De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessioni di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, op. cit. p24.

¹⁶⁵ Baracco, op.cit. 85

¹⁶⁶ De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, op.cit, p. 34-35

La nuova formulazione dell'art. 2112, attraverso la soppressione del requisito della preesistenza, sembra aver aumentato il raggio di azione dell'autonomia privata dei soggetti imprenditoriali, cui viene data la possibilità di individuare la parte di azienda trasferita.

In merito al requisito dell'autonomia funzionale si erano registrate in dottrina due letture contrastanti. Secondo un orientamento, la nozione di articolazione funzionalmente autonoma “ assomiglia a quella elaborata dalla giurisprudenza con riferimento alla nozione di unità produttiva di cui allo Statuto dei lavoratori, anche se si allude solo ad una autonomia funzionale (cioè di risultato produttivo) e non si richiama l'autonomia gestionale e amministrativa ma l'omissione non sembra rilevante, posto che il concetto di autonomia funzionale, in senso ampio e generico, non può non ricomprendere i profili organizzativi e di gestione”¹⁶⁷.

Il ramo di azienda per essere tale, deve avere una sua autonomia funzionale, nel senso che deve presentarsi come una sorta di piccola azienda in grado di funzionare in modo autonomo, e che non deve rappresentare, al contrario, il prodotto dello smembramento di frazioni non autosufficienti e non coordinate tra loro.

La parte di azienda è in sostanza una unità produttiva, dove l'autonomia funzionale riassume le condizioni di carattere produttivo, gestionale e organizzativo, perché la parte o ramo di azienda possa aver una vita sua e sia, così, separabile dal complesso aziendale generale.

Resta confermato il generale principio della giurisprudenza dell'assimilazione tra azienda e parte di azienda, differenziate solo come ovvio, sotto il profilo quantitativo.¹⁶⁸

Secondo tale impostazione, non vi sarebbe differenza qualitativa tra l'intera azienda ed il suo ramo perché quest'ultimo, per poter esser ceduto sfruttando l'automatismo del passaggio dei lavoratori ad esso addetti ex art. 2112 c.c., dovrebbe comunque riassumere in sé quei requisiti di carattere produttivo, gestionale e

¹⁶⁷ Cester, *Trasferimento di azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, LG, 2001, p. 509, 510.

¹⁶⁸ Cass, 25 ottobre 2002, n. 15105, *RDLI*, 2003, II, p. 149, Cass 23 ottobre 2002, n. 14961, *G Dir*, 2002, 44, 32, Cass 4 dicembre 2002, n. 17207, *FI*, 2003, I, 458, Cass 14 dicembre 2002, n. 17919, *DPL*, 2003, 14, 929, Cass 10 gennaio 2004 n. 206 *RIDL*, 2004, 653. Vedi sul punto Sizia, *Trasferimento di parte d'azienda, Smaterializzazione dell'impresa e esternalizzazioni: il caso Ansaldo e l'art. 32 d. lgs. n. 276/2003*.

organizzativo che connotano l'intera azienda. La conseguenza limitativa connessa al requisito dell'autonomia funzionale, in tal guisa, avrebbe molta importanza, di conseguenza potrebbero costituire idoneo oggetto di trasferimento solo vere e proprie unità produttive, le sole articolazioni in grado di funzionare autonomamente come una piccola azienda.

Contraria, ed ispirazione più liberista è altro orientamento, il quale ritiene per la nuova disciplina di parte di azienda, rilevante ai fini dell'art. 2112 c.c. , attraverso il riferimento alla sua autonomia funzionale, appare decisiva la coesione funzionale e organizzativa delle attività cedente, viceversa non è postulata anche una autonomia gestionale o amministrativa, né una indipendenza economico- commerciale o una assoluta autonomia del risultato produttivo, il che, se per un verso inserisce elementi di indeterminazione amplia ulteriormente l'ambito applicativo della norma¹⁶⁹.

Tale interpretazione propone una lettura fortemente dematerializzata e leggera del ramo di azienda, la cui natura sarebbe diversa da quella dell'intera azienda non solo sul piano quantitativo, ma anche sul piano qualitativo.

L'articolazione funzionalmente autonoma non dovrebbe assurgere necessariamente all'elevato statuto organizzativo di una piccola azienda, unità produttiva essendo necessario che essa riassuma in sé profili di sola autonomia funzionale, ma non anche gestionale o amministrativa.

L'articolazione aziendale sarebbe funzionalmente autonoma quando è capace di sviluppare una autonoma iniziativa imprenditoriale al fine della produzione di un bene o di un servizio¹⁷⁰ non essendo sempre e comunque necessari supporti di tipo gestionale o amministrativo.

L'ultimo orientamento , anche e soprattutto in seguito alla riforma dell'art. 32 della legge 2003, n. 276, sembra prevalere, e sembra conforme alla lettera della legge che, facendo riferimento in modo esclusivo al solo profilo funzionale dell'autonomia, si riferisce espressamente, alla sola autonomia di risultato produttivo.¹⁷¹

In secondo luogo l'ultimo orientamento si concilia con i consolidati orientamenti giurisprudenziali, nazionali e comunitari, secondo i quali possono costituire una attività

¹⁶⁹ De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tr accensione di ramo di'azienda e rapporti di fornitura*, op.cit, p. 30.

¹⁷⁰ De Luca Tamajo , op. cit. 27

¹⁷¹ Cester, op. cit, p. 510

economica suscettibile di rappresentare il substrato¹⁷² oggettivo del trasferimento d'azienda, “ anche i soli lavoratori, che per essere stati addetti ad un ramo dell'impresa e per avere acquisito un complesso di nozioni e di esperienze, siano capaci di svolgere autonomamente le proprie funzioni anche presso il nuovo datore di lavoro”.

Tale consolidata acquisizione giurisprudenziale pare incompatibile con la nozione di unità produttiva coniata dallo Statuto dei lavoratori che, con il suo riferimento a ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo, evoca pur sempre un contenuto carico di materialità, viceversa non più necessario a connotare il ramo d'azienda ex art. 2112 c.c. essendo venuta meno la sudditanza interpretativa di quest'ultimo nei confronti della norma di cui all'art. 2555 c.c., quest'ultima, infatti richiama elementi materiali.

Nella elaborazione giurisprudenziale la nozione di unità produttiva è stata individuata con una certa rigidità di requisiti, si è ritenuto che unità produttiva non è una qualsiasi articolazione d'impresa, ma solo quell'articolazione che sia munita di autonomia tanto di tipo strutturale quanto di tipo finalistico e produttivo.

In tal modo si è arrivati a configurarla come articolazione idonea ad esplicare l'attività di impresa o di una frazione ben distinta del processo produttivo: insomma, una entità che di per sé potrebbe separatamente qualificarsi come impresa¹⁷³.

Sempre secondo l'insegnamento istituzionale, l'unità produttiva è una articolazione organizzata (sede, stabilimento , ufficio, reparto) idonea a conseguire anche in parte, con autonomia amministrativa e funzionale, lo scopo del datore di lavoro¹⁷⁴.

Se questa è la nozione di una unità produttiva, è allora del tutto chiaro che un gruppo di lavoratori all'uopo organizzati potrà, in determinati settori produttivi, costituire un ramo d'azienda ex art. 2112 c.c. ma non potrà mai costituire una unità produttiva difettando il requisito dell'autonomia amministrativa e, in taluni casi, anche quello dell'autonomia gestionale.

¹⁷² Cass 23 luglio 2002, n. 10761, *LG*, 2003, I, 19 e ss. C. Giust. 11 marzo 1997, causa n. 13/95 *Ayse suzen c. Zehnaecker Gebaudeneingigung GmbH Krankenhausservice*, *GC*, 1997, p. 1259

¹⁷³ Cester, in G. Suppiej, M. De Cristofaro, C. Cester, *Diritto del lavoro. Il rapporto individuale*, Cedam, Padova, 1998, p. 408

¹⁷⁴ Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro, II, Il rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 2005, p. 477

In estrema sintesi è solo per scandire la strada percorsa dal legislatore si può dire che dal trasferimento dell'azienda si è passati _ prima per merito della giurisprudenza e, poi, con la presa d'atto del legislatore- al trasferimento del ramo d'azienda, quindi al trasferimento dell'attività economica organizzata e, infine, al trasferimento di una articolazione funzionalmente autonoma individuata dal cedente e dal cessionario al momento del trasferimento.¹⁷⁵

Il concetto di autonomia funzionale costituisce il solo profilo della vicenda circolatoria della parte di azienda che il legislatore ha ritenuto di avocare all'area dell'inderogabilità, costituendo attualmente l'unico strumento attraverso il quale si possa operare un controllo oggettivo della fattispecie, al fine di addivenire ad una sua misurabilità esterna.

Quindi con la soppressione del requisito della preesistenza e quello ad esso coevo ed accessorio della conservazione dell'identità, il cedente, in accordo con il cessionario ed in vista di un programmato trasferimento, si può accorpere attività eterogenee che nella sua organizzazione aziendale non presentano alcun nesso di interdipendenza e combinarle in modo tale che acquistino una propria inedita unitarietà ed autonomia solo al momento del trasferimento stesso¹⁷⁶.

Sembra che ai soggetti imprenditoriali sia dato il potere di autonomizzare porzioni dell'azienda del cedente che, nella struttura integrata di quest'ultimo, ben potevano essere prive di una vita propria, non assurgendo il loro statuto organizzativo a quello di una vera e propria unità produttiva preesistente.

Tale ricostruzione avrebbe il pregio di cambiare tra loro in modo equilibrato il carattere inderogabile della norma di cui all'art. 2112 c.c. e l'ampio spazio che indubitalmente quest'ultima, nella sua attuale formulazione, ha aperto all'autonomia privata dei soggetti imprenditoriali¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Maresca. *L'oggetto del trasferimento: azienda e ramo d'azienda*, in AAVV. *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro. Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza*, QDL, Giuffrè, 2004

¹⁷⁶ De Luca Tamajo, op.cit. p. 33-34

¹⁷⁷ Baracco, op.cit, p. 96-97

Da un lato a questi ultimi verrebbe riconosciuta la possibilità di confezionare l'oggetto della transazione economica in vista del trasferimento¹⁷⁸, dall'altro la correttezza della loro perimentazione non sarebbe priva di vincoli, perché rimarrebbe pur sempre sottoposta all'esame tipologico della fattispecie, volto alla verifica, necessariamente ex post, dell'effettiva sussistenza dell'autonomia funzionale della parte di azienda trasferita al momento del perfezionamento della fattispecie traslativa¹⁷⁹ secondo il quale "potrebbero esser qualificati come trasferimento di azienda anche quelle operazioni di trasferimento che si sostanziano nell'aggregazione di settori disomogenei di un'organizzazione più vasta, unificati al momento del trasferimento ed allocati presso una società terza che li sfrutti commercialmente¹⁸⁰.

Contrariamente a chi sostiene la possibilità per il cedente e cessionario di confezionare l'oggetto della transazione economica in vista del trasferimento è stata contestata sulla base di due obiezioni. Secondo la prima il dato della preesistenza accedrebbe al requisito dell'autonomia funzionale e l'attività di identificazione dell'articolazione trasferente non sarebbe di natura negoziale, ma meramente tecnica, come accade ad esempio, quando le parti compiono insieme l'individuazione c.d. bilaterale delle cose determinate solo nel genere ex art. 1378 c.c.; la seconda obiezione motiva l'attuale permanere del requisito della preesistenza della parte di azienda trasferendo dalla necessità che il trasferimento abbia ad oggetto un'azienda (o parte di azienda) non meramente potenziale , ma in atto, con esclusione pertanto delle porzioni aziendali non sperimentate presso il cedente: tale conclusione si ricaverebbe agevolmente dal diritto comunitario ed in particolare dalla elaborazione operata dalla Corte di Lussemburgo¹⁸¹.

¹⁷⁸ Pellicani, *Il trasferimento d'azienda, commento all'art. 32*, in Galantino (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro, Commento al d.lgs 10 settembre 2003, n. 276 (artt.1-32)*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 366

¹⁷⁹ Romei, *Il campo di applicazione della disciplina sul trasferimento di azienda*, in *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema della l. 14 febbraio 2003, n. 30 al d.lgs 10 settembre 2003, n. 276*, ESI, Napoli, 2004, p. 582

¹⁸⁰ Contrariamente Perulli, *L'autonomia individuale è collettiva nella determinazione dell'articolazione funzionalmente autonoma*, in *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro. Dialoghi fra giurisprudenza e dottrina, QDL*, 2004. Vedi sul punto Meneghini, *L'attuale nozione di ramo d'azienda*, *LG*, 2005, 422 e ss.

¹⁸¹ Santoro Passatelli, *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, *ADL*, 2001, p. 575

La seconda tesi, secondo la quale oggetto del trasferimento non è più il complesso dei beni potenzialmente idonei all'esercizio dell'impresa ma l'impresa intesa come organizzazione e l'attività in atto, viene ricavata dai principi del diritto comunitario ed in particolare dall'esame della nota sentenza Suzen della Corte di Giustizia.

7. La nozione di azienda tra diritto interno e diritto comunitario

Si riteneva fino alla modifica dell'art. 2112 c.c. da parte del decreto legislativo 2001, n. 18, che l'ordinamento italiano non affrontasse una definizione di azienda ai fini della disciplina lavoristica, per tanto essa dovesse essere ricavata dall'art. 2555 c.c.¹⁸².

La situazione è mutata con il decreto legislativo, 2001, n. 18, di recepimento della direttiva del Consiglio delle Comunità Europea n. 98/50, che ha modificato l'art. 2112 c.c., come sopra detto.

L'art. 2112 c.c. definiva il trasferimento di azienda come qualsiasi operazione che comporti il mutamento nella titolarità di una attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, al fine della produzione dello scambio di beni o di servizi, preesistenti al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità.

È stata inoltre introdotta una nozione di trasferimento di parte di azienda, individuata in una articolazione funzionalmente autonoma di una attività economica organizzata, preesistente, come tale alla cessione, e che conserva nel trasferimento la propria identità.

Va ricordato che il codice civile non contiene una regolamentazione sistematica dell'azienda, che è considerato principalmente in relazione al fenomeno della cessione, alla disciplina del quale il legislatore ha anteposto una definizione di carattere generale, secondo la quale l'azienda è il complesso di beni organizzati per lo svolgimento di una attività imprenditoriale.

Tale definizione prevede l'esistenza di una pluralità di elementi, unificati in conseguenza della loro destinazione all'esercizio dell'impresa, e che vengono individuati attraverso la qualificazione di bene, e l'indicazione della operazione organizzazione, che fa acquistare al bene la qualità di elemento dell'azienda.¹⁸³

¹⁸² Grandi, *La modificazione del rapporto di lavoro*, p. 272.; Fontana, *La successione dell'imprenditore nel rapporto di lavoro*, p. 103.

¹⁸³ Auletta, *Azienda*, p.4

Ci si è chiesti se la nozione giuridica di azienda coincida con il concetto economico sociale¹⁸⁴ “ per cui entrerebbero a fare parte dell’azienda tutti quegli elementi che ne sono parte sul piano economico(c.d. teoria omnicomprensiva), ovvero se la definizione offerta dal legislatore vada intesa in senso più restrittivo rispetto alla configurazione dell’azienda sul piano economico (c.d. teoria dualistica)”¹⁸⁵.

Secondo le elaborate versioni dei due orientamenti non fanno parte dell’azienda i rapporti giuridici in quanto tali, mentre vi sono inclusi i beni organizzati per lo svolgimento dell’attività economica, così come si ricava dall’art. 2555. c.c. .

Il punto di divergenza più evidente tra le due tesi dal punto di vista strettamente ermeneutica è però costituito proprio dal significato da attribuire al termine beni.

Secondo la tesi omnicomprensiva “ l’espressione beni e servizi varrebbe a ‘oggetto di protezione giuridica’, tutelato dal diritto mediante previsione di una situazione giuridica soggettiva”¹⁸⁶.

Rientrerebbero nella nozione le cose e le entità immateriali, oggetto di diritti assoluti, o acquisiti altrimenti alla disponibilità dell’imprenditore¹⁸⁷.

Può infatti accader che l’imprenditore sia proprietario di alcuni beni da lui organizzati per lo svolgimento della sua attività, e disponga degli altri in virtù di un titolo obbligatorio; ma può anche accadere che egli non sia proprietario di alcuno di essi, anche in questo caso, sussistendo un complesso di beni organizzati per l’esercizio dell’impresa, si rientra nella nozione dell’art. 2555 c.c. ¹⁸⁸

Il concetto comprenderebbe secondo alcuni anche i servizi¹⁸⁹.

Altri autori ammettono che i beni possono essere della più varia natura, ma non possono esulare dal concetto tecnico di cui all’art. 310 c.c., che è inteso nel senso di

¹⁸⁴ Cfr. Santoro Passatelli, *L’impresa nel sistema del diritto civile*, in *RD*, 1942, I, 376

¹⁸⁵ Marinelli, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, p. 51, 2002

¹⁸⁶ Marinelli, *op.cit.*, p. 51

¹⁸⁷ Pettiti, *Il trasferimento volontario di azienda*, p. 1970, p.132; Ghidini, *Disciplina giuridica dell’impresa*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 156; Colombo, *Il trasferimento dell’azienda ed il passaggio dei debiti e dei crediti*, 1972 e ss.; Tommasini, *Contributo alla teoria dell’azienda come oggetto di diritti*, Milano, 1986, p. 144

¹⁸⁸ Galgano, *Diritto civile e commerciale. L’impresa e la società*, p. 80; Romei, *Cessione di ramo d’azienda e appalto*, *op.cit.*, p. 354

¹⁸⁹ Minervini, *L’imprenditore*, *op.cit.* p. 124; Casanova, *Azienda*, *op.cit.*, p. 3

ricomprendere sia le cose corporali sia i beni immateriali, e di escludere ogni altro oggetto di rapporti (ad esempio i servizi dei collaboratori)¹⁹⁰.

Anche alcuni autori che aderiscono a questa tesi peraltro ammettono che se l'azienda è il complesso dei beni funzionali all'esercizio dell'impresa, non è possibile stabilire a priori, e con riferimento ad ogni azienda, quali elementi siano necessari alla funzionabilità e quali invece sopprimibili, per cui in certe forme di esercizio di impresa la non inclusione nel trasferimento di particolari tipi di contratti, in forza dei quali l'imprenditore acquisisce i beni necessari alla produzione, determinerebbe l'esclusione del fenomeno della fattispecie trasferimento di azienda.

In alcuni casi necessariamente il trasferimento di azienda deve comprendere determinati beni essenziali per il suo svolgimento i quali l'imprenditore non abbia la proprietà, o su cui non vanta diritti reali e dei quali fruisce mediante relazioni di tipo contrattuale. In questa ipotesi troverebbe applicazione l'art. 2558 c.c., norma che avrebbe riguardo a contratti di impresa, e cioè stipulati per l'esercizio dell'attività imprenditoriale per i quali sarebbe sempre possibile l'esclusione dell'effetto successorio in virtù di un accordo tra le parti.

L'effetto successorio deriverebbe invece direttamente dall'art. 2555 c.c. in quanto il contratto avrebbe ad oggetto il godimento da parte dell'imprenditore di un bene, non di sua proprietà, essenziale per l'esistenza dell'azienda, per cui esso dovrebbe essere considerato elemento necessario per il perfezionamento della fattispecie, in quanto elemento costitutivo del complesso oggetto del trasferimento.¹⁹¹

Il dibattito sulla interpretazione dell'art. 2555 c.c. è stato spesso richiamato dagli autori che si sono occupati della disciplina di cui all'art. 2112 c.c., i quali di solito hanno ritenuto che non esiste una nozione di azienda costruita a misura del diritto del

¹⁹⁰ Colombo, *Il trasferimento di azienda*, op. cit. , p.26; Campobasso, *Diritto commerciale. Diritto dell'impresa*, p. 144

¹⁹¹ Garofano, *L'impresa e le società*, cit., p. 85; Romei, *Il rapporto di lavoro e trasferimento di azienda*, op. cit. p. 13

lavoro¹⁹² per cui si può avere trasferimento di azienda solo laddove vi sia il passaggio di un complesso strumentale organizzato per la produzione di beni e per lo svolgimento di servizi.

La dottrina che ha esaminato il rapporto tra le concezioni commercialistiche dell'azienda e l'art. 2112 c.c., pur ritenendo che rientrino a fare parte dell'azienda anche i beni sui quali l'imprenditori non vanta alcun diritto assoluto, ha escluso che nel concetto di beni rientrano anche le prestazioni offerte dai lavoratori, in quanto "l'imprenditore non ha un diritto di godimento delle stesse non sussistendo alcuna norma dalla quale si possa argomentare che l'*utilitas* tipica del rapporto è in funzione di un lasciar fare al datore di lavoro"¹⁹³.

Vi sono tuttavia delle ipotesi in cui lo svolgimento di una attività imprenditoriale avviene attraverso la semplice organizzazione del lavoro altrui, mentre gli elementi materiali assumono un rilievo secondario al fine dello svolgimento dell'attività economica.

In epoca recente è stata avanzata nuovamente la tesi che include i servizi offerti dai dipendenti tra i beni organizzati dall'imprenditore per lo svolgimento dell'impresa, configurando gli stessi come elementi dell'azienda, che in talune forme organizzative assumono il rilievo di elementi essenziali per lo svolgimento dell'attività. Secondo questa tesi il passaggio dei lavoratori, con le loro professionalità, le conoscenze, non rappresenta una mera eventuale, ma un elemento essenziale per il perfezionamento della fattispecie, per cui il trasferimento dei contratti di lavoro non avverrebbe sulla base dell'art. 2558 c.c., o dell'art. 2112 c.c., vecchio testo, ma direttamente in forza dell'art. 2555 c.c.¹⁹⁴

¹⁹² Grandi, *Trasferimento d'azienda (dir. lav.) in Enc. Giur. Treccani*, XX, Roma, 1995; Magrini, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, cit. P. 113; Santoro Passatelli, *Il trasferimento dell'azienda*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Rescigno, XV, *Impresa e lavoro*, 1, Utet, Torino, 1980, p. 600; Lambertucci, *La configurazione dell'azienda nel diritto comunitario e nel diritto interno ai fini del suo trasferimento*, *ADL*, 1997, 4, p. 134.; Minervini, *Impresa cooperative e trasferimento di azienda*, Giuffrè, Milano, 1994, p.6. Contra Pedrazzolo, *Isituti a ratio comunitaria e attività dell'intreprete: l'esempio del trasferimento di azienda*, in *AAVV, I trasferimenti aziendali in vista del mercato europeo*, cit., p. 226; Flaminia, *Trasferimento di azienda e rapporti di lavoro*, ivi, p.27; Tinti, *La nozione di trasferimento di azienda e il nuovo art. 2112 c.c.* in Magnani (a cura di), *Disposizioni in tema di trasferimento di azienda* op.cit., p. 647; Villani , *Trasferimento di azienda*, p. 792.

¹⁹³ Marinelli, op.cit.p. 54; Santoro Passatelli, *Dottrine generali del diritto civile*, IX ed. Novene, Napoli, 1966, p. 57

¹⁹⁴ Romei, *Cessione di ramo di azienda ed appalto*, cit., p. 352

Tale impostazione appare discutibile, in quanto, oltre a basarsi su una interpretazione della nozione di azienda ai fini dell'art. 2555 c.c. non pacifica, avrebbe offerto la possibilità al datore di lavoro di espellere dal ciclo produttivo un complesso di personale organizzato, qualora si fosse potuto ritenere esistente l'elemento organizzativo, con la conseguente possibilità di ridurre il rapporto di lavoro ad una merce di scambio come tutte le altre.

Infatti tale lettura si sarebbe posta in conflitto con il principio contenuto nella disposizione di apertura della Dichiarazione di Filadelfia sugli scopi e gli obiettivi dell'organizzazione Internazionale del lavoro, secondo cui il lavoro non è una merce, ed in tal guisa il lavoratore non va trattato come tale, per cui non può essere considerato come uno dei vari elementi che compongono l'azienda ai fini del suo trasferimento.¹⁹⁵

8. Fraus legi nei processi di esternalizzazione: il trasferimento del ramo di azienda è nullo se effettuato in frode alla legge

La sentenza della Cassazione del 2008, n.2974 affronta l'interrelazione tra i processi di esternalizzazione, i fenomeni interposti e frode alla legge. È d'uopo, per meglio comprendere la tematica in esame, trattare della particolare figura di negozio illecito, il negozio in frode alla legge ex art. 1344 c.c., il quale si caratterizza per essere un negozio indiretto con finalità illecite.

¹⁹⁵ O'higgins, *Il lavoro non è una merce. Un contributo irlandese al diritto del lavoro*, in *GDLRI*, 1996, p. 295.

Si evince dall'art. 1344 c.c. che il contratto è in frode alla legge quando costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa. La frode si differenzia dalla contrarietà alla legge, dal momento che nel primo caso si realizza una violazione di legge indiretta e non immediata.

Il contratto fraudolento in sé considerato, infatti, non incorre nella proibizione della legge, dal momento che il suo contenuto non integra un risultato vietato, anzi, esso si inserisce in una combinazione negoziale volta alla realizzazione di un ulteriore risultato vietato dalla legge¹⁹⁶.

La frode può definirsi come “l'utilizzazione di un contratto, in sé lecito, per realizzare un risultato vietato mediante la combinazione con atti giuridici”¹⁹⁷.

In dottrina per l'individuazione dei caratteri fondamentali del negozio, si ravvisano due diverse teorie. La prima, c.d. oggettiva, ritiene che il contratto in frode alla legge sussiste quando esso persegua lo stesso risultato vietato dalla norma imperativa¹⁹⁸.¹⁹⁹Tale teoria non è risultata immune da critiche, in particolare le si obietta di non aver saputo distinguere con nettezza il contratto in frode da quello contro la legge. Se, infatti, il contratto *fraudis legi* realizza l'obiettivo vietato dalla legge, ne deriva che esso stesso è da qualificare *contra legem*.

La seconda teoria, c.d. soggettiva, individua due requisiti: quello oggettivo, consistente nel perseguimento di una finalità analoga o equivalente rispetto a quella espressamente stigmatizzata, e non nella stessa finalità vietata dalla norma; quello requisito soggettivo, consistente nel c.d. intento fraudolento, ovvero nella volontà dei contraenti di frodare la legge. In tal guisa rientrerebbero nel raggio d'azione della norma dell'art.1344 c.c. “ quei casi in cui un'interpretazione estensiva della norma frodata non

¹⁹⁶ Esempi classici di negozi in frode alla legge sono: il divieto del c.d. patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c.

¹⁹⁷ Caringella, De Marzo, *Manuale di diritto civile, III. Il contratto*, Milano, 2007, p. 198 e ss.

¹⁹⁸ Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino 1960, p. 388 e ss., Oppo, *Recensione a Carraio, Il negozio in frode alla legge*, in *RDC*, I, 1944, p. 174 e ss.

¹⁹⁹ Per comprendere meglio tale teoria è necessario distinguere tra norme c.c.d.d. materiali e norme c.c.d.d. formali, le prime vietano il raggiungimento di un risultato con determinati mezzi, lasciando libere le parti di raggiungerlo con strumenti alternativi. Per essa, in tal guisa, la frode è impossibile. Le seconde, invece, vietano il raggiungimento di un risultato con qualsiasi mezzo e non solo mediante il comportamento espressamente stigmatizzato dalla norma. In tal guisa, i contraenti potrebbero ottenere il medesimo risultato attraverso un percorso diverso da quello testualmente vietato, dando vita ad un atto rispettoso della legge, ma contrario al suo spirito. Per essa la frode è possibile. Vedi sul punto Bianca, *Diritto civile, Il Contratto*, 2000, p. 625; Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, p.803.

sarebbe sufficiente a colpire il risultato dell'attività negoziale, ma in cui, tuttavia, l'equivalenza pratica di questo risultato con quello previsto dalla norma renderebbe in parte vana la sua formulazione, impedendole spesso di raggiungere lo scopo cui essa è destinata²⁰⁰.

Anche questa teoria è stata criticata, infatti con la formulazione della finalità analoga o equivalente a quella vietata, si opererebbe un'interpretazione analogica di una norma proibitiva, come tale, vietata dall'art. 14 delle preleggi²⁰¹. Inoltre le parti hanno rinunciato ad attuare un determinato risultato, perché proibito, e hanno optato per un diverso, anche analogo, risultato non vietato.²⁰²

È assodato che l'analisi del negozio in frode alla legge presenti delle interferenze con il tema della causa del contratto. Infatti, con la teoria della causa come funzione economica sociale la norma era volta a rendere nulli i contratti tipici, con cui le parti perseguono interessi contrastanti con un divieto di legge. Le cose cambiano con l'evoluzione giurisprudenziale della stessa, ed in particolare con la causa in concreto.

Se si considera, infatti, la causa come concreta ragione dell'affare, concreto e dinamico assetto di interessi, e quindi se si pone l'attenzione sugli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare, non sussistono ostacoli ad ammettere un contratto tipico come causa illecita.

Ne consegue che l'istituto della frode alla legge perde la sua utilità e verrebbe assorbito dall'art. 1343 c.c. in tema di causa illecita²⁰³.

Venendo dal tema affrontato dalla sentenza della Cassazione in commento, possiamo osservare che per come è predisposta la disciplina del trasferimento del ramo d'azienda è possibile notare una locupetazione della posizione del datore di lavoro,

²⁰⁰ Carraro, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, p. 83 e ss. Vedi Santoro Passatelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1988, p. 191 e ss., Galgano, *Il negozio giuridico*, in *Trattato Cicu-Messineo*, 1988, p. 280 e ss.

²⁰¹ Oppo, *Recensione a Carraro*, op.cit. p179.

²⁰² Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 253.

²⁰³ Non tutti gli autori che aderiscono alle varie teorie in materia di causa concreta giungono poi a negare autonoma esistenza alla figura del negozio in frode alla legge, ritenendo che essa si caratterizzi rispetto al contratto direttamente violativi della legge per le modalità indirette di violazione della disposizione normativa, ossia attraverso l'utilizzo di un negozio indiretto o di più negozi collegati(c.d. procedimento indiretto).Vedi Caringella, op.cit., pag.200; Bianca, *Diritto civile, n.3, Il contratto*, Milano, 2000, p.625 e ss.. Cass. civ. del 2003, n. 8600; Cass.civ. del 2006, n.5438

riconoscendogli, infatti, la possibilità sempre più ampia della realizzazione dei suoi progetti di ristrutturazione e riorganizzazione aziendale.

In tal senso la prevalenza degli interessi del datore di lavoro emerge con nitidezza, conculcando quelli di in dubbio rilievo del prestatore di lavoro, come quello di restare alle dipendenze del cedente, a causa della minore solidità ed affidabilità del nuovo datore di lavoro.

Dal pregnante rilievo attribuito alla possibilità del datore di lavoro di realizzazione del complesso aziendale della struttura organizzativa più adeguata alle esigenze imposte dal mercato, si evince la tendenza ad obnubilare la posizione di tutela del prestatore di lavoro, soggetto spesso all'abuso dell'imprenditore datore.

Non sempre, infatti, con lo strumento del trasferimento del ramo di azienda, si intende realizzare un interesse dell'impresa volto alla riorganizzazione o al rinnovamento della produzione, bensì quello della eliminazione delle eccedenze di personale o dell'allontanamento di lavoratori sgraditi²⁰⁴.

Nel primo caso l'imprenditore effettua una riduzione di personale inosservante delle regole procedurali, formali e sostanziali previste dalla legge 1991, n. 223, nella seconda ipotesi, lo stesso si libera di lavoratori non graditi, in violazione della legge 1966, n. 604.

Nei casi sopra esaminati, si nota che l'imprenditore con l'utilizzo del trasferimento del ramo di azienda, intende perseguire uno scopo ulteriore, al di là dello scopo tipico del negozio²⁰⁵, quello appunto di un licenziamento collettivo ed individuale.

²⁰⁴ Tribunale di Padova del 25 maggio del 2002” la cessione della realtà aziendale alla quale erano addetti i lavoratori è da ritenersi effettuata al fine di usufruire della cessione *ex lege* dei relativi contratti di lavoro e di conseguenza di concludere i corrispondenti rapporti lavorativi senza rispettare i limiti e le condizioni nonché incorrere nelle sanzioni della l. n. 223/91, per elidere cioè l'applicazione delle norme imperative dettate in tema di licenziamenti collettivi, ed in particolare le normative che impongono un confronto tra le posizioni di tutti i dipendenti per l'individuazione del personale da porre in mobilità”

²⁰⁵ Santoro-Passerelli, *Dottrine generale del diritto civile*, Napoli, 1970, p. 182.

Essendo le disposizioni sui licenziamenti norme inderogabili ne risulta che l'eventuale negozio che tende ad eluderne l'applicazione integra gli estremi del contratto in frode alla legge ex art. 1344 c.c.²⁰⁶

In specie, attraverso il contratto in frode alla legge, le parti tendono soddisfare un interesse vietato dalla legge in presenza dell'ambage di una norma inderogabile, senza realizzare la fattispecie prevista dal divieto legislativo.

Si evince l'autonomia dell'atto in frode alla legge rispetto all'atto ad essa contrario. Nell'ipotesi dell'*in fraudem legis*, infatti, la condotta "pur essendo idonea a soddisfare l'interesse delle parti, non rientra nella previsione della norma imperativa"²⁰⁷eludendone la relativa applicazione.²⁰⁸

Per verificare la sussistenza della frode l'interprete deve valutare tutta una serie di circostanze particolari, "idonee ad operare quali "indizi" del carattere fraudolento dell'operazione"²⁰⁹quali il "carattere fittizio od apparente delle forme negoziali poste in essere dalle parti", l'inserimento nel negozio tipico di clausole e patti aggiunti inusuali, tali da comportare una situazione complessiva " equivalente a quella definita dalla norma elusa, oppure l'esistenza di una successione di atti" con lo scopo di eludere la norma imperativa²¹⁰.

Indubbia è la sanzione che l'ordinamento giuridico fa seguire al negozio in frode alla legge, ovvero la nullità per illiceità della causa ex art. 1418 c.c. ²¹¹

²⁰⁶ Carraro, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, Idem, *Frode alla legge*, in *RDC* 1944, I, p.177 e ss.; Pugliatti, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in Pugliatti, *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951, p. 335; Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957; Giacobbe, *Frode alla legge*, *ED, XVIII*, Milano, 1969, p. 73 e ss.; Morello, *Frode alla legge*, Milano, 1969; Morello, *Negozio giuridico, VI)Negozio in frode alla legge*, *EGT, XX*, Roma, 1990; Morello, *Frode alla legge, Digesto IV, sezione civile, VIII*, Torino, 1992, p. 501 e ss.; Di Marzo, *La frode alla legge nei contratti*, G.C., 1998, II, p. 573 e ss.; Cessari, *L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro* cit.; Marchesani, *Ancora sul trasferimento del ramo d'azienda e negozio in frode alla legge*, L.G. 2001, p 1166 e ss. con nota di Menegatti, *La frode alla legge nella cessione d'azienda*; Baracco, *Cessione di ramo d'azienda, irrilevanza del consenso dei lavoratori ceduti e frode alla legge sui licenziamenti collettivi*, cit. p. 371.

²⁰⁷ Carraro, *Frode alla legge*, cit. p. 649.

²⁰⁸ Quadri, *I processi di esternalizzazione. Tutela del lavoratore e interesse dell'impresa*, 2004 p. 332 e ss.

²⁰⁹ Morello, *Negozio in frode alla legge*, op.cit., p 10 e ss.

²¹⁰ Quadri, *I processi di esternalizzazione*, op.cit. p. 339 e 340; Morello, op.cit. , p.12

²¹¹ Pugliatti, op. cit. p. 988.; Carraro, *Il negozio in frode alla legge*, op.cit., p. 60 e ss.; Bianca, *Diritto civile*, cit. p. 625; Morello, *Frode alla legge*, cit. p. 504

Da quanto detto sopra si evince che l'utilizzo indiretto dei processi di esternalizzazione, al fine di conseguire il risultato ulteriore dell'eliminazione dell'eccedenze di personale o dell'allontanamento di lavoratori sgraditi, comporta la riconducibilità della fattispecie nell'art. 1344 c.c.. Infatti, lo scopo vietato, il licenziamento collettivo o individuale dei lavoratori senza il rispetto delle norme inderogabili, viene realizzata attraverso una combinazione negoziale fraudolenta, i cui tratti essenziali sono: un trasferimento di ramo d'azienda (spesso si tratta di una impresa costituita ad hoc, oppure di una altra di scarsa affidabilità o, addirittura in crisi), e il licenziamento dei lavoratori ad opera del cessionario.

Acclarata la possibilità per il lavoratore di far dichiarare la nullità del contratto con cui si procede al trasferimento del ramo d'azienda, in tal guisa non rimane inopere di tutela. Un'altra ipotesi di utilizzazione fraudolenta del processo di esternalizzazione si verifica, invece, quando questo venga realizzato al solo scopo di riversare su un altro soggetto, attraverso l'istaurazione di una situazione di interposizione nei rapporti di lavoro trasferiti, le responsabilità e gli obblighi derivanti dalla titolarità di tali rapporti, in violazione della normativa in materia di somministrazione di lavoro.

In effetti, alle volte, la stipulazione di un contratto che, sebbene venga qualificato dalle parti come appalto, costituisce, in realtà, in quanto volto all'acquisto delle mere prestazioni di lavoro dei dipendenti trasferiti, una somministrazione irregolare.

Naturalmente non si nascondono le difficoltà, nel caso concreto, della verifica della sussistenza di presupposti della frode di legge, soprattutto con riferimento all'intento fraudolento, che tende a nascondersi dietro un fittizio interesse alla riorganizzazione delle attività produttive e che può emergere in seguito ad una attenta valutazione della complessiva operazione.

Dal momento che i problemi maggiori emergono sul piano probatorio sembra ammettersi, senza obiezioni, l'ampia prova presuntiva.

In tal guisa assumono rilievo tutte quelle circostanze riguardanti la qualità del soggetto acquirente, le modalità di vendita del complesso aziendale, idonee a svelarne il carattere anomalo o, addirittura, fittizio, oppure l'inserimento di tale negozio traslativo

all'interno di un'ampia continuazione di atti e negozi, tendente alla realizzazione di un risultato unitario vietato da norma imperativa²¹².

Secondo la giurisprudenza e la dottrina maggioritaria la norma imperativa elusa deve avere natura materiale, nel senso che deve essere enucleabile il divieto, ancorché non esplicitato, di perseguire risultati sostanzialmente equivalenti a quelli vietati, ci deve essere identità di risultato tra contratto espressamente vietato e contratto mezzo di elusione, l'intento elusivo deve essere rivelato da indici sintomatici²¹³.

La frode alla legge ha natura di "clausola generale di tipizzazione delle condotte tenute in violazione di norme imperative"²¹⁴. In tal guisa, in forza del combinato disposto della norma imperativa che pone il divieto specifico e della norma imperativa generale che sanziona la frode, cioè l'art.1344 c.c., sono tipizzate non solo le violazioni dirette del precetto, ma anche le elusioni, gli aggiramenti, le violazioni mediate e indirette.

Secondo parte della giurisprudenza²¹⁵ la *fraus legi*²¹⁶ svolge una funzione interdittiva quale "limite all'irrelevanza giuridica del "gruppo di società", e ciò in particolare, con riferimento alla disciplina del licenziamento"²¹⁷.

La giurisprudenza²¹⁸, inoltre, considera rilevante, ai fini della prova della frode alla legge non l'intensità del collegamento economico tra le società, ma l'esercizio

²¹² Morello, *Negozio in frode alla legge*, cit. p. 12; Quadri, *I processi di esternalizzazione*, op.cit. p.346. Vedi Cassazione sez.lav. 7 febbraio 2008, n.2874; Vitale, *Appunti sulla fraus legi nei processi di esternalizzazione*, in *RIDSL* 2008, 3, p.641

²¹³ Vedi Cassazione 2 maggio 2006, n. 10108 in *LG* 2006, p.877 con nota di Barraco, *D&L*, 2006, p. 814, con nota di Bonsignore, in *RGL*, 2006, II, p.663, con nota di Gragnoli Valente, in *NGL*, 2006, p. 537.

²¹⁴ Vitali, *Appunti sulla fraus legi nei processi di esternalizzazione*, cit., p. 641

²¹⁵ Cass. 9 giugno 1989, n. 2819, in *NGL*, 1989, p. 536, Cass.1999, n. 3136, in *NGL* 1999, p. 467.

²¹⁶ Sul punto il tribunale di Treviso in data 4 novembre 2003 ha disposto che " La cessione di alcuni macchinari e lavoratori, non accompagnata da un complesso organizzato autonomo, non è sufficiente a configurare un trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda, e si deve ritenere in frode alla legge, quando la vera ragione sia quella di eludere la legislazione vigente in materia di licenziamenti, di cassa integrazione e di mobilità, come nel caso in esame, in cui il trasferimento è stato effettuato per aggirare il rifiuto dei lavoratori al trasferimento e per evitare i costi della mobilità"

²¹⁷ D.Vitale., op.cit. p. 642. vedi Cass. 1999, n. 12492, in *MGL*, 2000, con nota Boghetich, in *D & L*, 2000, p. 160 con nota Muggia.

²¹⁸ Vedi Cass. 1992, n. 5011, in *NGL*, 1992, p. 617, Tribunale Roma 2000 del 29 febbraio, in *ND*, 2000, p. 869, con nota di Tatarelli.

effettivo da parte di una determinata società, normalmente la capogruppo, dei poteri di gestione del rapporto di lavoro con i lavoratori.

“Tuttavia, anche una soluzione marcatamente lavoristica, in quanto attenta, in particolare, alla titolarità e all’esercizio dei poteri datoriali, potrebbe condurre a ritenere giuridicamente plausibile una nozione di impresa unitaria che alimenta varie attività formalmente affidate a soggetti diversi”^{219, 220}

Nel caso oggetto della sentenza, la norma inderogabile elusa dovrebbe essere l’art. 18 dello Statuto dei lavoratori, mentre il negozio preordinato e indirettamente finalizzato all’intento fraudolento ex art. 1344 c.c. dovrebbe essere individuato nel contratto di affitto d’azienda.

Si deve trattare di una norma inderogabile, infatti la derogabilità della previsione normativa subordinandone l’applicazione alla volontà delle parti, determina il venir meno dell’ostacolo alla libera esplicazione della relativa autonomia privata, riconoscendo a quest’ultima la possibilità di realizzare un regolamento di interessi diverso da quello previsto dal legislatore²²¹.

In definitiva, nel caso di specie, la cassazione, confermando la pronuncia della corte d’appello, ha ritenuto che il contratto di affitto del ramo d’azienda²²², lecito di per

²¹⁹ D.Vitale, op.cit.p.642.

²²⁰ Vedi sul punto Vardaro, *Prima e dopo la persona giuridica : Sindacati, imprese di gruppo e relazioni industriali*, DRI, n.38, 1988, p. 2.; Galgano, *Qual è l’oggetto della società holding?* CI, 1986, p. 327. Cass. 2003, n. 4274, D&L, 2003, p. 779 con nota di Muggia. Cass. 1989, n. 2819, Cass. 1991, n. 9815, Cass. 19995, n. 2261.

²²¹ Carraro, *Il negozio in frode alla legge*, cit. pag.144 e ss.; Quadri, *I processi di esternalizzazione*, op.cit. p.334

²²² Si veda il tribunale di Milano, che con sentenza 8 ottobre 2007, ha precisato che “Elemento fondamentale per distinguere, in caso di semplice trasferimento di dipendenti, la fattispecie di cui all’art. 2112 c.c. dalla mera cessione dei contratti stessi, deve ritenersi nella prova dell’esistenza di un’organizzazione che venga ad includere v i lavoratori, tanto da poterli considerare un’entità economica organizzata per la produzione e lo scambio di beni e servizi, qualificabile, quindi come un ramo d’azienda”.

Si veda anche la Cass. del 2006, n. 6269, la quale ha affermato che “ In occasione della cessione di un ramo d’azienda può applicarsi la disciplina di cui all’art.2112 c.c., anche nel caso di frazionamento e cessione di parte dello specifico settore aziendale destinato a formare il supporto logistico, sia al ramo ceduto che alla attività rimasta alla società cedente, purché esso mantenga all’interno della più ampia struttura aziendale oggetto di cessione la propria organizzazione di beni e di persone al fine della fornitura di particolari servizi per il conseguimento di specifiche finalità produttive dell’impresa”. Sul punto anche la Cass. del 2007, n. 14270, secondo cui “Il ramo d’azienda ceduto deve avere per oggetto un complesso di beni e di servizi autonomo, e già, prima del trasferimento, autosufficiente dal punto di vista funzionale ed economico, nonché capace ed idoneo alla fornitura di un servizio”.

sé, fosse il mezzo per realizzare mediatamente il fine vietato dalla norma imperativa, cioè eludere, l'applicazione dell'art. 18 dello St. Lav..

Si badi bene che la Corte non ha mai detto, nella pronuncia in commento e in precedenza, che l'art. 2112 c.c. attribuisce al lavoratore un diritto alla conservazione della tutela reale presso il cessionario, né che sancisce un divieto di trasferimento di ramo d'azienda da un datore di lavoro con più di 15 dipendenti ad un altro che si collochi al di sotto della soglia ex art. 35 dello St.Lav., dovendosi, viceversa, riconoscere garanzia costituzionale al solo diritto di non subire un licenziamento arbitrario.²²³

²²³ Cass. 1999, n. 3136 in *NGL* 1999, p.467, Cass. 1988, n. 4224, Cass. 1987, n. 8994. Vedi anche Cian -Trabucchi, *Commentario breve al codice civile*, Padova, 1992, p. 1345.

9. Le direttive comunitarie e la Corte di giustizia

La corte di giustizia, prima della direttiva del 29 giugno 1998, n.98/50, con la sentenza *Suzen*²²⁴ ha escluso l'applicazione della direttiva del 1977: quando l'operazione non sia accompagnata da una cessione di elementi patrimoniali materiali o immateriali significativi in termini di numero e di competenze del personale già destinato dal predecessore all'esecuzione del contratto; quando il trasferimento di una semplice attività non sia accompagnato dal trasferimento di un'entità economica che conservi la propria identità precisando che un'entità economica non può essere indotta all'attività che le era stata affidata.

Inoltre ha affermato che sussiste il trasferimento : quando esso abbia ad oggetto una entità economica stabile ed adeguatamente strutturata ed autonoma; che il criterio decisivo per stabilire se si configuri un trasferimento ai sensi della direttiva consiste nella circostanza che l'entità in questione conservi la propria identità che risulta in particolare dal fatto che la sua gestione sia stata fatta effettivamente proseguita o ripresa²²⁵.

Secondo la Corte di Giustizia, quindi il trasferimento d'impresa può considerarsi tale solo se il trasferimento di beni e rapporti sia disposto in funzione dell'esercizio dell'impresa.

Questa interpretazione trova conferma nell'art. 1 della direttiva 2001/23, secondo il quale, infatti, “ è considerato come trasferimento 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”. Secondo questa disposizione l'oggetto del trasferimento non può essere solo l'attività dell'imprenditore, ossia il fascio di contratti nei quali si sostanzia l'attività di impresa, né il solo complesso dei beni organizzati, potenzialmente idonei all'esercizio dell'impresa, ma l'entità

²²⁴ Corte di Giustizia Europea 11 marzo 1997, in Foro it. 1998, IV, p.437

²²⁵ Sentenza *Suzen*

economica intesa come insieme di mezzi organizzati e cioè di beni e rapporti al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria, *id est* l'impresa o parte dell'impresa in atto.

Il legislatore italiano, quando ha stabilito che per trasferimento di azienda deve intendersi qualsiasi operazione che comporta il mutamento nella titolarità di una attività economica organizzata” ha avuto presente la definizione di imprenditore ex art. 2082 c.c.

Con questo richiamo si vuole collegare l'organizzazione e l'attività , e quindi prendere atto che si tratti di un trasferimento di impresa e non di azienda , perfettamente coerente con il trasferimento dell'entità economica intesa come insieme di mezzi organizzati di cui alla direttiva.

Oggetto di trasferimento è l'organizzazione in forma di impresa costituita da organizzazione ed attività^{226, 227}

Ne discende una nozione di trasferimento diversa da quella della direttiva.

²²⁶ M. Marazza, *Impresa ed organizzazione nella nuova nozione di azienda trasferita*, in *Arg. Dir. lav.* 2001, II, p. 599 e ss

²²⁷ vedi M. Grandi, *Fusione di società e trasferimento di azienda: problemi(irrisolti) di diritto del lavoro*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, 1999, IV,p. 213 e ss.

9.1 La direttiva 77/187/CEE²²⁸

Il primo atto normativo comunitario in materia di trasferimento di imprese²²⁹ fu la direttiva n. 77/187, adottata dal Consiglio il 14 febbraio 1977. Tale direttiva insieme a quella del 1975 sui licenziamenti collettivi e a quella del 1980 sull'insolvenza del datore del lavoro, si collocava in un'ottica garantistica dei diritti dei lavoratori, perseguita dal legislatore comunitario a fronte di situazioni di crisi d'impresa e di processi di ristrutturazione e riorganizzazione aziendale²³⁰.

La direttiva n.77/187, concentrava il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti, è stata modificata dalla direttiva n. 98/50/CE del 29 giugno 1999 e poi abrogata dalla direttiva n. 2001/23/CE del 12 marzo 2001.

Lo scopo della direttiva in esame era quello, appunto, di tutelare i lavoratori in caso di cambiamento di imprenditore, per assicurare il mantenimento dei loro diritti.

Infatti, l'art. 3 della direttiva prevede il subingresso del cessionario nei diritti e obblighi del cedente derivanti da contratti e rapporti di lavoro esistenti alla data del trasferimento, oltre alla possibilità per gli Stati membri di prevedere la responsabilità solidale del cedente e del cessionario per il periodo successivo al trasferimento stesso. In particolare, si prescriveva che il cessionario dovesse mantenere le condizioni di

²²⁸ GUCE, 5 marzo 1997, n. L/61

²²⁹ Foglia, *L'attuazione giurisprudenziale del diritto comunitario del lavoro*, in *Il diritto del lavoro nella dottrina e nella giurisprudenza*, collana di monografie diretto da Balletti, Padova, 2002, p. 199

²³⁰ Roccella –Treu, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, Padova, 2002, p. 285 ss

lavoro convenute mediante contratto collettivo applicato dal cedente, fino alla data di risoluzione o di scadenza del contratto collettivo o dell'entrata in vigore o dell'applicazione di altro contratto collettivo; in ogni caso, il precedente contratto collettivo avrebbe dovuto essere applicato per almeno un anno (art.3, comma 2).

Non ci si occupa invece della posizione dei lavoratori che fossero rimasti per loro decisione alle dipendenze del cedente.

Questo rappresentava uno degli aspetti lacunosi, sul quale il legislatore comunitario ha ritenuto necessario intervenire in un secondo momento.

La direttiva del 1977 all'art. 1 si riferisce ai "trasferimenti di imprese, di stabilimenti o parti di stabilimenti ad un nuovo imprenditore in seguito a cessione contrattuale o fusione" e nel caso e nei limiti in cui l'impresa, lo stabilimento o parte di esso da trasferire si trovi nell'area di applicazione del trattato.

Due direttive successive, una del 10 ottobre 1978, n. 78/855 e l'altra del 17 dicembre 1982, n. 82/891²³¹ estesero l'ambito di tutela dei lavoratori all'ipotesi di funzioni, anche per incorporazione, nonché di scissione, della società per azioni.

Il trasferimento di azienda ricomprendeva le ipotesi aventi ad oggetto una entità economicamente ancora esistente, dotata di propria identità ovvero una sua autonoma funzionalità²³².

Ciò che rilevava era la sostituzione a qualsiasi titolo della persona, fisica o giuridica, del datore di lavoro, anche indipendentemente dal trasferimento della proprietà dell'azienda, e quindi anche nel caso di affitto dell'azienda, o di ritrasferimento dell'azienda al termine del contratto di affitto o di leasing.

Era necessario che l'azienda trasferita mantenesse la sua identità originaria, ovvero che il concessionario riconducesse l'azienda nella stessa attività o in attività analoghe.²³³

La ratio della direttiva era quella della non curanza delle vicende attinenti alla proprietà, o alla titolarità dell'azienda rispetto ai rapporti di lavoro costituiti nell'ambito

²³¹ Rispettivamente in GUCE, 20 ottobre 1978, in L/295 e 31 dicembre 1982, n. L/378.

²³² Corte di Giustizia, con sentenza 10 marzo 1986, n. 24/85, in Foro it., 1989, IV, p.11 con nota di M. De Luca; sentenza 17 dicembre 1987, in Racc. Uffic. 1987, p. 5465

²³³ Sentenza 15 giugno 1988, n. 101/87, Bork international, in Foro it., 1991, IV, p.11, con nota di M. De Luca; Sentenza 18 marzo 1986, n. 24/85, Spijkers, ivi, 1989, IV, p.11, con nota di M. De Luca.

di essa. La cessione non doveva danneggiare i lavoratori, i quali non potevano essere licenziati o fatti oggetto di trattamenti meno favorevoli.

La direttiva 77/187/CEE prevedeva una procedura obbligatoria di informazione e consultazione a carico sia del cedente che del cessionario, infatti entrambi erano tenuti a comunicare in tempo utile ai rappresentanti dei rispettivi lavoratori i motivi, le conseguenze giuridiche, economiche e sociali derivanti dal trasferimento, nonché le eventuali misure progettate nei loro confronti e che formano l'esplicito oggetto delle consultazioni.

In conseguenza del trasferimento dell'azienda, il cessionario subentra nei diritti ed obblighi del cedente derivanti da contratti o rapporti di lavoro esistenti alla data del trasferimento stesso. La direttiva del 1977 faceva riferimento solo ai diritti ed agli obblighi dei lavoratori ancora alle dipendenze del cedente al momento del trasferimento, mentre non disciplinava il trasferimento di diritti ed obblighi di lavoratori, già dipendenti del cedente, i quali avessero rifiutato il passaggio alle dipendenze del cessionario.

La direttiva faceva riferimento ai trasferimenti di imprese a seguito di cessione contrattuale. Alla Corte di Giustizia sembrò che questa espressione valesse ad escludere dall'ambito di applicazione della direttiva i trasferimenti intervenuti in una situazione nella quale il cedente avesse perso la disponibilità dell'azienda. Senonché successivamente vi ricomprendesse anche la vendita dell'impresa compiuta nel corso di quella procedure^{234, 235}.

La Corte ha precisato che, dato il carattere inderogabile della tutela fornita dalla direttiva, resta sottratta ad ogni disponibilità ogni diversa regolamentazione delle conseguenze del trasferimento in senso sfavorevoli ai lavoratori.

La Corte ha ritenuto successivamente applicabile la direttiva anche al trasferimento di una impresa in crisi ai sensi dell'art. 2, comma 5, lett. C) della legge 13 agosto 1977, n. 675, chiarendo che il trasferimento dei contratti e dei rapporti di lavoro,

²³⁴ Sentenza 7 febbraio 1985, n. 135/83, Abels, in Foro it., 1986, IV, p.111, con nota M. De Luca.

²³⁵ La Corte Comunitaria con la sentenza 25 luglio 1991, n. 362/89, D'Urso nota in Dir.Lav., 1991, II, 329 con nota di R. Foglia, nonché in Giust. civ. 1992, I, p.1126, con nota di G. Contaldi ed ancora in Rass. Avv. Stato, 1992, I, sez. II, p.436, con nota di O. Fiumara, con la quale affermò l'applicabilità della direttiva allorché, nell'ambito dell'Amministrazione, sia disposto il proseguimento dell'attività in regime commissariale.

ai sensi dell'art. 3, n. 1 della direttiva, avviene contestualmente alla data del trasferimento dell'impresa e non può essere rinviato, a discrezione del cedente, né del cessionario, ad altra data²³⁶.

Riguardo al profilo dei diritti e degli obblighi di informazione e consultazione era imposta a carico del cedente e del cessionario l'osservanza di una procedura, in virtù della quale il cedente e il cessionario erano tenuti ad informare in tempo utile i rappresentanti dei rispettivi lavoratori interessati da un trasferimento sui motivi del trasferimento stesso, sulle conseguenze giuridiche, economiche e sociali, nonché sulle misure previste nei confronti dei lavoratori (art. 6, c.1); e ove non vi fossero rappresentanti dei lavoratori, gli Stati membri potevano comunque prevedere che i lavoratori dovessero essere informati in precedenza dell'imminenza del trasferimento (art. 6, c.5).

La direttiva non conteneva specifiche precisazioni sulla nozione di trasferimento d'impresa.

Tale nozione risulta meglio definita dalla Direttiva n. 98/50/CE.

²³⁶ M.L. Bellini, *Trasferimento di azienda nella fusione di società: comunicazione e consultazione sindacale*, in *Dir. Lav.*, 1997, II, 197. P. Lambertucci, *Sulla nozione di trasferimento d'azienda nel diritto comunitario*, in *Riv. it. d. lav.* 1995, II, 608, Id, *La configurazione dell'azienda nel diritto comunitario e nel diritto interno ai fini del suo trasferimento*, in *Arg. dir.lav* 1996, p.127.

9.2 La direttiva 98/50/CE

La Commissione aveva proposto varie modifiche alla direttiva precedente come: l'ampliamento della nozione di trasferimento, per ricomprendervi ogni cessione sia essa derivante da contratto, da decisione giudiziaria, e da ogni altra disposizione di legge o provvedimento amministrativo; l'estensione della direttiva ai casi di insolvenza trattati in procedure non liquidatorie; l'applicazione della direttiva a tutte le imprese, pubbliche o private che svolgono attività anche non lucrative; il divieto, per tutti gli stati membri, di escludere dalla protezione i lavoratori a part-time, a tempo determinato, o temporanei, contemplati dalla direttiva n. 91/383; la previsione della responsabilità solidale del cedente e del cessionario rispetto ai diritti dei lavoratori coinvolti nel trasferimento di imprese; la precisazione che gli obblighi di informazione e di consultazione sussistano a prescindere dal fatto che le decisioni di trasferimento siano prese dal datore di lavoro stesso, da una impresa holding, o da un centro direzionale di una impresa con più stabilimenti, sicchè non possa essere adottata a giustificazione la circostanza che l'impresa madre abbia omesso di informare tempestivamente il datore di lavoro; la delimitazione della facoltà degli stati membri di derogare alla direttiva

esclusivamente per le imprese con meno di 50 dipendenti e che siano prive di un organismo rappresentativo sindacale aziendale.

La maggior parte di tutte queste innovazioni sono state fatte con la direttiva del Consiglio 29 giugno 1998, 98/50/CE.

La direttiva in questione definisce l'oggetto del trasferimento, diversamente da quella del 77/187.

L'art. 1, c.1, lett.a, infatti, così recitava “ oggetto del trasferimento è 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”.

Quindi l'aspetto più innovativo della direttiva è senza dubbio la nozione di trasferimento d'azienda.

La direttiva all'art. 2, lett d identifica nel lavoratore “ogni persona che nello stato membro interessato è tutelata come un lavoratore nell'ambito nazionale del lavoro”. Esclude il trasferimento di azienda quale motivo di per sé di licenziamento, inoltre all'art. 3 comma 1 ribadisce che i diritti e gli obblighi del cedente, derivanti da un rapporto di lavoro esistente al momento del trasferimento, si trasmettono al cessionario.

Ai sensi dell'art. 3, comma 2, gli stati membri hanno la facoltà di prevedere una responsabilità solidale del cedente e del cessionario nei confronti del lavoratore ceduto.

Ai sensi dell'art. 3 della i diritti e gli obblighi che risultano per il cedente da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento sono trasferiti al cessionario con eventuale responsabilità solidale di cedente e cessionario ove configurata dagli Stati membri .

La definizione comunitaria è orientata al tipo materialistico, imperniata, quindi, sulla centralità del trasferimento degli elementi materiali, tuttavia, gli orientamenti della giurisprudenza comunitaria e le forme di segmentazione dell'impresa pongono più in risalto elementi immateriali nei quali può individuarsi l'azienda²³⁷.

²³⁷ Si veda P. Ichino. *La disciplina della segmentazione del processo produttivo e dei suoi effetti sul rapporto di lavoro*; R. Romei, *Cessione di ramo di azienda e appalti*; P. Lambertucci, *Area contrattuale e autonomia collettiva*, Milano, 2000. Vedi anche A. Perulli, *Diritto del lavoro e globalizzazione*, Padova, 1999. Sul tema cfr anche S. Scarpelli, *Il dialogo tra giudice comunitario e giudice nazionale alla luce della direttiva sul trasferimento di azienda*, in *Scritti in onore di F. G. Mancini*, vol. I, Milano, 1998, p. 523; A. Pizzoferrato, *La nozione giuslavoristica di trasferimento di azienda fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. it., lav.*, 1998, I, p.429

C'è un altro elemento importante, nuovo, cioè la disciplina sul trasferimento d'azienda si applica anche alle vicende circolatorie riguardanti una azienda leggera, ovvero costituita da rapporti di lavoro, oltre che da elementi materiali.

Quindi si parla di azienda leggera e dematerializzata, si assiste ad una svalutazione degli elementi materiali e o patrimoniali e di una pura valorizzazione dell'elemento personale, del mero bagaglio di conoscenze dei lavoratori addetti al ramo di azienda trasferito, fino a ravvisare il trasferimento di azienda anche in ipotesi di trasferimento di sola manodopera^{238, 239}

L'obiettivo fondamentale della direttiva n. 98/50/CE è garantire la continuità dei rapporti di lavoro e il mantenimento dei diritti dei lavoratori.

La Direttiva n.98/50/CE, sulle orme di quella del 1977, impone che il cessionario continui ad osservare la disciplina collettiva già applicata dal cedente fino alla risoluzione o alla scadenza della stessa, ferma restando che gli Stati membri possono limitare il periodo di mantenimento delle condizioni di lavoro, perché esso non sia inferiore ad un anno(art. 3, c.3).

Nell'ipotesi in cui il cessionario applichi un proprio contratto collettivo, al momento del trasferimento ed in ogni caso prima della scadenza del contratto collettivo applicato dal cedente non sarà condizionato dalle previsioni collettive osservate nell'impresa del cedente.

La direttiva non specifica come debba operare la successione della disciplina collettiva e non fa riferimento al livello di contratto collettivo idoneo a sostituire il contratto collettivo applicato al cedente.

Il richiamo “all'entità in vigore o all'applicazione di un altro contratto collettivo “ è insufficiente , perché non tiene conto dei sistemi di contrattazione collettiva articolata e dei problemi che possono sorgere nell'ambito di una successione fra un contratto collettivo nazionale ed un contratto collettivo aziendale, eventualmente e rispettivamente applicati dal cedente e dal cessionario.

Con riguardo all'eventuale rilievo da attribuire al consenso del lavoratore nell'ipotesi di una modifica delle condizioni di lavoro, il legislatore comunitario, ribadendo il principio già contenuto nella direttiva del 1977 ha lasciato una certa libertà

²³⁸ Romei, *Cessione di ramo d'azienda e appalto*, cit., p.342-343

²³⁹ Cass. 5 dicembre 2002, n. 17207, in *FI*, 2003, I, c. 103; Cass. 23 luglio 2002, n. 10761, in *FI*, 2002, I, c. 2288.

di scelta in ordine alle strategie e agli strumenti giuridici più adeguati per rendere effettiva la responsabilità del datore di lavoro, ritenuta come imprescindibile e dovuta nel caso di risoluzione del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro, in seguito al trasferimento d'azienda sfavorevole per il lavoratore.

10. La giurisprudenza della Corte di Giustizia e la sua influenza sulla normativa comunitaria

Secondo la Corte di giustizia è ravvisabile il trasferimento di impresa in tutte le ipotesi di cessioni relative ad un'entità economica ancora esistente, che conservi la propria identità ²⁴⁰.

Assume decisiva l'influenza esercitata dalla giurisprudenza comunitaria sul contenuto delle direttive stesse mediante la propria attività creativa²⁴¹.

Qui ripercorriamo le tappe più significative della giurisprudenza comunitaria, partendo dalla sentenza Spykers del 1986 alla sentenza Suzen del 1997.

La Corte di Giustizia ha aperto l'adito dei c.d. "contracting out" (appalti di servizi) nell'ambito della disciplina comunitaria.

In particolare nella sentenza Watson Rask²⁴² avente ad oggetto l'affidamento ad un imprenditore esterno della gestione del servizio di mensa, precedentemente organizzato direttamente dall'imprenditore cedente, la Corte affermò che, poiché la direttiva si riferisce anche al trasferimento di stabilimenti o parti di essi, non è di ostacolo il fatto che l'attività ceduta avesse carattere accessorio e non fosse in rapporto di necessità con l'oggetto sociale dell'impresa originaria.²⁴³

²⁴⁰ Tale orientamento si giustifica se si inquadra nell'ottica generale di perseguimento del fine di migliorare le condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori nella Comunità. Tale fine fu sancito nella Corte sociale del 1989, che riprende quanto contenuto nel testo dell'art.117 del Trattato di Roma del 1957, secondo il quale "gli Stati membri convengono sulla necessità di provvedere il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della manodopera che consenta loro la parificazione nel progresso. Vedi al riguardo La Macchia, *La Corte comunitaria dei diritti sociali*, in *GDLRI*, 1990, p. 769 ss

²⁴¹ Foglia, *La fattispecie trasferimento di azienda alla luce della nuova direttiva 98/50: profili definitivi e interpretativi* in *FI*, 2000, I, c. 866 ss; Lambertucci, *La configurazione dell'azienda nel diritto interno ai fini del suo trasferimento*, in *ADL*, p. 127 ss; Lambertucci, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Torino, 1999; Ciucciovino, *La nozione di "azienda trasferita" alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza interna e della disciplina comunitaria*, in *ADL*, 1998, p. 93 ss; Cosio, *Il trasferimento delle imprese nel diritto comunitario: l'evoluzione degli orientamenti della Corte di Giustizia*, in *FI*, 1998, IV, c. 437 ss; Scarponi, *Il dialogo fra giudice comunitario e giudice nazionale alla luce della direttiva sul trasferimento di azienda*, in *Studi in onore di Giuseppe Federico Mancini*, I, *Diritto del lavoro*, Milano, 1998, p. 523 ss; Pelissero, *L'entità economica" come oggetto del trasferimento d'azienda: sviluppi recenti della giurisprudenza comunitaria e possibili riflessi sugli orientamenti nazionali*, in *DRI*, 1998, p. 63 ss; Idem, *Il trasferimento d'azienda fra diritto comunitario e diritto interno. L'individuazione della fattispecie*, in *RGL*, 1999, p. 799 ss; Pizzoferrato, *La nozione giuslavoristica di trasferimento d'azienda fra diritto comunitario e diritto interno*, in *RIDL*, 1998, I, p. 429 ss

²⁴² Sentenza 12 novembre 1992, n. 209/91, in *Racc.Uff.* 1992, I, p.5778, punti 16-17, e in *Dir. com. scambi interni*, 1993, p.92, con nota di A. Gratini.

²⁴³ Sentenza 14 aprile 1994, n. 392/92 in *Foro it.*, 1995, IV, p.293 con nota di R. Cosio, e in *RIDL*, 1995, II, p.608, con nota di P. Lambertucci, e ancora in *Racc. Uff.*, 1994, I, p.1325

Un anno dopo la sentenza Rygaard²⁴⁴ escluse che il trasferimento di un cantiere per il completamento di determinati lavori circoscritti entro un periodo di tempo predeterminato 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 era limitata all'esecuzione di un'opera determinata.

Quest'ultima sentenza fa emergere un altro aspetto accanto al complesso organizzato di imprese, quello della stabilità dell'entità economica.²⁴⁵

Con la sentenza Spykers²⁴⁶ si assiste ad un orientamento della Corte rivolto ad un alleggerimento della nozione di trasferimento di azienda.

Secondo la sentenza “ il criterio decisivo per stabilire se si configuri un trasferimento ai sensi della direttiva consiste nella circostanza che l'entità in questione (l'entità economica) conservi la propria identità, il che risulta in particolare dal fatto che la sua gestione sia stata effettivamente proseguita o ripresa”²⁴⁷. Nelle sentenze successive la Corte per ampliare l'ambito di applicazione della direttiva del 1977 in un'ottica di forte tutela dei lavoratori, ha proseguito tentando di avvicinare il concetto di entità economica a quello di attività economica, mediante il riconoscimento di maggior rilievo alla prosecuzione dell'attività lavorativa che non al passaggio di elementi strutturali.

La Corte poi con la sentenza Schimdt²⁴⁸ si è addirittura spinta fino ad annullare il confine tra trasferimento d'impresa e appalto di servizi ed ha ammesso l'assoggettabilità alla disciplina della direttiva del 1977 di una attività di pulizia effettuata da una sola dipendente²⁴⁹.

²⁴⁴ Sentenza 19 settembre 1995, n. 48/94, in *Foro it. Rep.* 1996, voce Unione Europea, n. 1268, e un *Racc. Uff.* 1995, I, p.2765

²⁴⁵ Sentenza 7 marzo 1996, nn 171 e 172/93, in *Foro it. Rep.* , 1996, voce *Unione Europea*, n. 1270e in *Raccolta Uff.* 1996, I, p.1277

²⁴⁶ Corte di Giustizia 18 marzo 1986, C- 24/85, *Racc. Uffic.*. 1986, p. 1119 ss e in *FI*, 1989, IV, mp. 14 ss

²⁴⁷ Corte di Giustizia 18 marzo 1986, C- 24/85, cit

²⁴⁸ Corte di giustizia 14 aprile 1994, c-392/92, in *FI*, IV, c. 293, con nota di Cosio e in *RIDL* 1995, II, p. 608 con nota di Lambertucci

²⁴⁹ Attività equiparata ad una parte di stabilimento. Cfr Foglia, *La fattispecie trasferimento d'azienda alla luce della nuova direttiva 98/50: profili definitivi e interpretativi*, cit., c. 869; Giubboni, *L'outsourcing alla luce della direttiva 98/80/CE*, in *GDLRI*, 1999, p. 423 ss

Anche con la sentenza Merks²⁵⁰c'è stata una tendenza a dematerializzare la nozione di azienda, infatti la Corte ha ritenuto configurabile un trasferimento d'azienda in caso di cessione di una concessione di vendita di autoveicoli ad un'altra impresa che rilevava una parte del personale e beneficiava di una promozione presso la clientela.

La Corte nel 1997, con la sentenza Suzen²⁵¹ sembra cambiare orientamento, infatti si sostiene la necessità del passaggio di elementi patrimoniali (materiali o immateriali) ai fini dell'applicabilità della direttiva del 1977, e si esclude il trasferimento di azienda quando la vicenda circolatoria non “ sia accompagnata da una cessione di elementi patrimoniali, materiali o immateriali significativi, o dall'assunzione, da parte del nuovo imprenditore, di una parte essenziale, in termini di numero e di competenza, del personale già destinato dal predecessore all'esecuzione del contratto”(punti 18-21).

Si perviene alla conclusione che non “sussista il trasferimento di una entità economica” a fronte della merce “ circostanza che i servizi prestati dal precedente e dal nuovo appaltatore sono analoghi”(punto n.15).

La Corte dà rilievo al trasferimento di elementi patrimoniali ed ammette la configurabilità di un trasferimento d'azienda caratterizzato da una serie di rapporti di lavoro.

In particolare ammette “il trasferimento di un'entità economica che, pur composta prevalentemente da rapporti di lavoro, sia tale però, per le competenze e le professionalità in possesso dei lavoratori, da consentire l'esercizio di un'attività economica”²⁵².

I principi presenti nella sentenza Suzen sono ripresi nelle sentenze successive²⁵³dove si sottolinea che ricorre il trasferimento d'azienda, rientrante nel campo di

²⁵⁰ Corte di giustizia 7 marzo 1996, cause riunite c-171 e c- 172/94, in *Racc. Uffic.*, 1996, p. 1267 e in *MGL*, 1996, p. 362 ss, con nota di Ingler

²⁵¹ Corte di giustizia 11 marzo 1997, c-13/95 in *Racc. Uffic.* 1997, 1259 ss e in *FI*, 1998, IV, c. 437 ss con nota di Cosio.

²⁵² Romei, op.cit p. 341-342

²⁵³ Corte di giustizia 10 dicembre 1998, Hernandez Vidal, Santner, Gomez Montana, c-127/96, c-229/96, c- -74/97, in *NGL*, 1999, I, p. 132; corte di giustizia 10 dicembre 1998, Sanchez Hidalgo, Ziemann, c-173/96, c- 247/96, in *Racc. Uff.*, 1999 e in *MLG*, 1999, p.98 ss. Corte di Giustizia 24 gennaio 2002, Tecno , c- 51/99, in *FI*, 2002, IV, c. 142 ss; Corte di giustizia 20 novembre 2003, Abler , c- 340/2001, in *FI*, 2004, IV, c.184 e in *LG*, 2004, p. 27 ss, con commento di Casale

applicazione della direttiva del 1977 ogniqualvolta si verifichi una vicenda circolatoria avente ad oggetto l'acquisizione da parte del cessionario dell'insieme organizzato di elementi che gli consentirà il proseguimento di altre attività o di talune attività dell'impresa cedente in modo stabile. Nella sentenza Suzen si nota una inversione di tendenza, la stessa ha escluso l'applicabilità della direttiva nel caso in cui un committente che aveva affidato i lavori di pulizia dei propri locali ad un primo imprenditore risolve il contratto stipulato con quest'ultimo, concludendone un altro con un secondo imprenditore, senza che l'operazione sia accompagnata da una cessione di elementi patrimoniali materiali o immateriali significativi, o dall'assunzione, da parte del nuovo imprenditore, di una parte essenziale, in termini di numero e di competenza, del personale già destinato dal predecessore all'esecuzione del contratto. La sentenza parlando di organizzazione stabile fa riferimento ad un complesso organizzato di persone e di elementi che consentono l'esercizio di una attività economica finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo, e precisa che un entità non può essere ridotta all'attività che le era affidata.

Una grande novità della sentenza Suzen consiste nella riconduzione dei lavoratori nella nozione di entità economica la quale, quindi si caratterizza non solo per l'attività che le è affidata, ma anche per altri elementi quali il personale che la compone, il suo inquadramento, l'organizzazione del suo lavoro, i metodi di gestione e ancora i mezzi di gestione a sua disposizione.

La sentenza Suzen, inoltre, sottolinea la non importanza della continuazione dell'attività, per la sentenza è necessario che gli elementi patrimoniali (materiali o immateriali) trasferiti siano significativi.

Qualora, invece l'entità economica, per il tipo di attività esercitata sia in grado di operare senza elementi patrimoniali significativi, sicchè tale entità si identifichi in sostanza con il gruppo di lavoratori addetti stabilmente a quella attività, il mantenimento dell'identità dell'entità economica può essere assicurato dalla riassunzione di una parte essenziale, in termini di numero e competenza, del personale specificamente destinato dal predecessore a tali compiti.

Ed è proprio grazie alle sentenze della Corte di giustizia che il legislatore comunitario, influenzato, ha elaborato la direttiva n. 98/50/CE.

Infatti, proprio dall'esame della direttiva 98/50/CE emerge che la disciplina di tutela in materia di trasferimento d'azienda si applica anche alle vicende traslative concernenti una azienda leggera, costituita cioè da rapporti di lavoro, oltre che da elementi materiali.

Rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva, altresì, casi di trasferimenti minimali di elementi patrimoniali materiali ed immateriali, contraddistinti dal passaggio di un gruppo organizzato dai lavoratori professionalmente esperti e stabilmente adibiti ad una attività economica comune e quindi al raggiungimento di un determinato risultato produttivo.

Ciò significa che deve trattarsi di una organizzazione di persone preesistente alla vicenda di decentramento produttivo e non creata ad hoc e quindi strumentale all'esplorazione di elementi scomodi.

La direttiva n. 98/50/CE esclude la configurabilità di un trasferimento di azienda nella mera successione in una medesima attività economica e quindi nell'ipotesi dell'appalto di servizi, anche se sarebbe stata apprezzabile una più chiara e decisa formulazione espressiva del dato normativo²⁵⁴.

La giurisprudenza comunitaria ha, inoltre, ritenuto applicabile la disciplina relativa al trasferimento d'azienda a tutte le vicende circolatorie di parte di un'entità economica, da intendersi come complesso organizzato di persone e di elementi che consentono l'esercizio di una attività economica finalizzata al perseguimento di un determinato obiettivo.

²⁵⁴ Roccella, *Tutela del lavoro e ragioni di mercato nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia*, in *GDRL*, 1999, p.33 ss

11. Nozione dematerializzata di ramo d'azienda

La conferma che la nozione di azienda e di ramo d'azienda può consistere in una attività esercitata mediante l'organizzazione di personale dipendente, si coglie in una prospettiva interpretativa mirata a valorizzare la disposizione contenuta nell'ultimo comma dell'art. 2112 c.c riguardante l'operazione che si realizza, quando la cessione di un ramo di azienda si collega ad un contratto di appalto la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo di azienda oggetto di cessione.

Infatti se ci si può avvalere del ramo di azienda ceduto per l'esecuzione del contratto di appalto stipulato dal cedente-appaltante con il cessionario –appaltatore, si può anche ritenere che tale ramo è idoneo e sufficiente a costituire l'organizzazione di mezzi utile per realizzare l'opera o il servizio oggetto del contratto di appalto.

Si può aggiungere che, come previsto dall'art. 29, primo comma, d.lgs n. 276/2003, “l'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore ... può anche risultare ...dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto” e, quindi, può essere confermata l'opinione della Cassazione di “legittimare in maniera finalmente certa ed inequivocabile una nozione di trasferimento di impresa con più attenuati caratteri di materializzazione e che cioè – in linea con assetto produttivo diretto a dare sempre maggiore rilevanza alla capacità professionale e alle conoscenze tecniche dei lavoratori – consideri l'attività economica suscettibile di figurare come oggetto di detto trasferimento anche solo i lavoratori, che per essere stati addetti ad un ramo della impresa e per avere acquisito un complesso di nozioni e di esperienze, siano capaci di svolgere autonomamente- e, quindi, pur senza il supporto di beni immobili, macchine, attrezzi di lavoro e altri beni- le proprie funzioni anche presso il nuovo datore di lavoro”²⁵⁵.

²⁵⁵ Cass, 23 luglio 2002, n. 10761, in *ADL*, 2003, p. 628

Inoltre una altra conferma si rinviene nel terzo comma, dove il legislatore ha precisato che “l’acquisizione del personale già impiegato nell’appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale del lavoro, o di clausola del contratto d’appalto, non costituisce trasferimento d’azienda o di parte d’azienda. Come si nota tale precisazione è necessaria perché assume come presupposto dell’applicabilità dell’art. 2112 c.c un trasferimento di azienda che si identifica come tale esclusivamente in relazione all’assunzione da parte dell’appaltatore subentrato del personale già impiegato per l’esecuzione dello stesso servizio da una diversa ditta appaltatrice.

12. L'irrilevanza del consenso del lavoratore

Nell'analizzare la questione dell'automaticità dell'effetto successorio e nei rapporti di lavoro, non può non essere approfondita la problematica che concerne la rilevanza di una eventuale opposizione del dipendente al trasferimento.

C'è chi critica l'automaticità del passaggio dei lavoratori dal cedente al cessionario, postulando per il perfezionamento della cessione dei rapporti di lavoro, la necessaria prestazione del consenso dei contraenti ceduti, quale espressione di un principio di carattere generale dell'ordinamento, desumibile dall'art. 1406 c.c.

Secondo costoro la continuazione del rapporto di lavoro con il cessionario si configurerebbe solo come un diritto per il prestatore di lavoro, con l'esclusione, di qualsiasi obbligo a suo carico.

Accanto al diritto di passare alle dipendenze del cessionario, dovrebbe riconoscersi al lavoratore quello di continuare il rapporto di lavoro con il cedente, come diritto di opporsi al proprio trasferimento, non ammettendosi la possibilità che il passaggio avvenga senza il consenso.

Si vuole garantire la piena libertà del lavoratore di scegliersi il proprio datore di lavoro, nonché la stabilità del rapporto con il medesimo.

Si richiama, in tal guisa, una sentenza della corte di Giustizia, la sentenza *Katsikas*, nella quale si afferma che la direttiva 77/187 non può essere interpretata nel senso di obbligare il lavoratore proseguire il rapporto con il cessionario, poiché un

obbligo del genere comprometterebbe i diritti fondamentali del lavoratore e la libertà di scelta del proprio datore di lavoro.

Nell'ordinamento tedesco all'art. 613 del BGB, al quinto e al sesto comma è riconosciuto al lavoratore il diritto di opporsi al trasferimento del rapporto di lavoro entro un mese dall'inoltro dell'informazione, senza disciplinare, però, le conseguenze dell'esercizio di un simile diritto. Occorre rilevare che la Corte federale del lavoro, facendo riferimento ai principi generali della legge fondamentale, quali la dignità della persona, il libero sviluppo della persona umana, la libertà di scelta e del posto di lavoro, del BGB, come il carattere personale della relazione di lavoro, oppure quello in virtù del quale nessuno può essere obbligato ad accettare contro la propria volontà un cambiamento del proprio del datore, era giunta ad affermare l'esistenza di un diritto di opposizione del lavoratore con gli effetti della conservazione del posto di lavoro presso il cedente. La Corte non prende posizione sulla questione, demandando, invece, al legislatore nazionale il compito di determinare la rilevanza da attribuire all'eventuale dissenso del lavoratore e sembrando, sufficiente, quale garanzia minima dei diritti fondamentali della persona del lavoratore, al possibilità riconosciutagli di rassegnare le proprie dimissioni.

Il decreto legislativo 2001, n. 18, nel recepire nel nostro ordinamento la direttiva 98/50/CE del 29 giugno 1998 (sostituita dalla direttiva 2001/23/CE), e il decreto legislativo del 2003, n. 276 non detta alcuna disposizione in ordine al rilievo giuridico da attribuire alla eventuale manifestazione difforme di volontà del lavoratore in ordine alla continuazione del rapporto di lavoro con il cessionario prevista dall'art. 2112 c.c.²⁵⁶.

La continuazione del rapporto di lavoro con il cedente, disposta inderogabilmente dall'art.2112 c.c., primo comma, c.c., sembra escludere ogni rilevanza del consenso del lavoratore.

Naturalmente tale affermazione non è stata così scontata, infatti, parte della giurisprudenza di merito ha sostenuto che la continuazione del rapporto di lavoro con il cessionario non può avvenire senza il consenso del lavoratore²⁵⁷.

²⁵⁶ S. Nappi, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, Napoli, 1979, p. 31. Cass. 22 giugno 1982, n. 3807, in *Foro it. Rep.* 1982 voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1577.

²⁵⁷ Pret. Milano 23 luglio 1997; Pret. Milano 14 maggio 1999, n. 1102, contra. Pret. Ivrea 23 gennaio 1998, in *Riv. crit.dir.lav.* 1999, p.954, *Tribun. Milano* 29 settembre 1999 e *App. Milano* 19 maggio 2000, in *Arg. dir. lav.* 2000.

Secondo una lettura dell'art.2112 c.c. integrata con le disposizioni dell'art.1406 c.c. e 2558 c.c. si sostiene la non automaticità degli effetti dell'art.2112 c.c.

L'art. 1406 c.c. subordina la cessione del contratto al consenso del debitore ceduto, l'art.2558 del c.c., invece, dispone il subentro dell'acquirente dell'azienda nei contratti stipulati per l'esercizio di essa che non abbiano carattere personale e tra questi, il contratto di lavoro, fondato (si assume nelle decisioni citate), sull'intuitus personale.

Da ciò ne consegue che il lavoratore ha un diritto di opporsi al trasferimento del suo rapporto di lavoro.

Parte della dottrina²⁵⁸e hanno trovato la giustificazione della rilevanza del consenso con i principi elaborati dalla Corte di Giustizia Europea e con i diritti fondamentali del lavoratore, in particolare il principio di libertà contrattuale che rifiuta la "mercificazione del lavoro"²⁵⁹.

Altra parte della dottrina ha ritenuto che dalla giurisprudenza comunitaria possa desumersi l'esistenza di una mera facoltà del lavoratore di opporsi al trasferimento del suo rapporto di lavoro e che, comunque, " la pretesa di valorizzare il consenso del lavoratore al fine di prevenire eventuali manovre elusive appare una vera e propria aberratio ictus dal momento che rimedio sicuramente preferibile è dato dalla lettura rigorosa dei criteri identificativi del ramo d'azienda nel senso che questo sia configurabile solo allorché l'autonomia organizzativa e funzionale dell'entità economica ceduta persiste al trasferimento"²⁶⁰.

Altra dottrina²⁶¹ afferma l'inesistenza di un diritto di opposizione del lavoratore poiché non esiste un diritto del prestatore di lavoro " di ottenere dall'imprenditore alienante la destinazione ad altra unità produttiva prima del trasferimento"²⁶².

²⁵⁸ O. Porchia, *L'incidenza del diritto comunitario nell'interpretazione dell'art. 2112 del codice civile: rilevanza della manifestazione di volontà del lavoratore*, in *Dir.Lav.* 1999, n. 12, p. 25; M.P. Aimo, *Il trasferimento di azienda fra diritto comunitario e diritto interno. Le garanzie individuali dei lavoratori*, in *Riv. giur. Lav.*1999, p. 899; F. Scarpelli, *Trasferimenti di azienda ed internalizzazioni*, in *Giorn. Dir. lav. Rel. Ind.* 1999, p. 499.

²⁵⁹ Scarpelli, op.cit. p.501

²⁶⁰ M. Magnani, *Trasferimenti d'impresa ed esternalizzazioni*, in *Giorn. Dir. lav. Rel. Ind.*, 1999, n. 491

²⁶¹ U. Carabelli, *Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti di azienda: la dimensione individuale*, in *Riv. it. dir.lav*, 1995, I, p. 51

²⁶² U. Carabelli, op.cit, p. 51

13. Le ipotesi riconducibili alla fattispecie del trasferimento di azienda: le vicende societarie, la successione nell'appalto ed c.d. outsourcing di seconda generazione

Assodate le definizioni e le differenze tra trasferimento di azienda e di ramo d'azienda è necessario verificare se sia possibile ricondurre nella fattispecie dell'art. 2112 c.c. alcune ipotesi, relativamente alle quali l'applicazione del sopramenzionato articolo risultava, in precedenza, alquanto controversa.

Non può trascurarsi l'analisi di quelle vicende che pur distinguendosi sotto il profilo strutturale dall'ipotesi semplice di cessione dell'azienda nondimeno presentano, con queste, rilevanti somiglianze dal punto di vista funzionale, emergendo in entrambi i casi le medesime esigenze di tutela dei lavoratori²⁶³.

In tal guisa una particolare attenzione si deve rivolgere alle vicende societarie, le quali, incidendo in maniera decisiva sulla sfera del datore di lavoro, risultano idonee a

²⁶³ R. Romei, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, cit., 35

determinare, di riflesso, rilevanti modificazioni nell'assetto contrattuale dei rapporti di lavoro²⁶⁴.

Inoltre si può notare come grande parte dei trasferimenti di azienda si realizzi attraverso simili fenomeni societari, anzichè per mezzo del contratto di azienda²⁶⁵.

Partendo dalla fusione, possiamo notare come il problema della sua riconducibilità alla fattispecie disciplinata dall'art. 2112 c.c. appare definitivamente superato dall'esplicito riferimento contenuto nella nuova definizione di trasferimento d'azienda, come modificata dall'art. 32., d.lgs. n. 276 del 2003²⁶⁶.

Alcuni autori, in precedenza, nonostante il richiamo contenuto nella direttiva, escludevano, sulla base dell'accompagnamento di una nozione alquanto restrittiva di trasferimento d'azienda, la possibilità di applicare all'ipotesi di fusione l'art. 2112 c.c.²⁶⁷.

Secondo tale impostazione, infatti, sarebbe la natura stessa di simile vicenda societaria, caratterizzata da una successione a titolo universale della nuova società nell'insieme dei rapporti giuridici attivi e passivi di quelle partecipanti alla fusione, con conseguente estinzione di queste ultime, a risultare incompatibile con la fattispecie prevista dall'art. 2112 c.c., riguardante, invece, le sole ipotesi di successione a titolo particolare, contrassegnate dalla permanenza del soggetto cedente.²⁶⁸

Altra parte della dottrina, attribuendo un rilievo decisivo alla ratio della disciplina del trasferimento d'azienda preordinata, in primo luogo, alla salvaguardia dei posti di lavoro ed alla protezione dei diritti individuali dei lavoratori in caso di

²⁶⁴ S. Nappi, *Negozi traslativi dell'impresa*, cit. 178

²⁶⁵ M. Pedrazzoli, *Istituti a ratio comunitaria e attività dell'interprete*, cit., 229, nonché S. Nappi, op.ult.cit, 179

²⁶⁶ G. Santoro- Passarelli, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 15 ss. Vedi C.Cester *Il trasferimento d'azienda e di parte di azienda*, cit., 243 ss e S. Nappi, *Trasferimento d'azienda e trasformazioni del datore di lavoro*, *QDRLI*, 28, 68; S. Ciucciovino, *La disciplina del trasferimento d'azienda*, 106 ss.

²⁶⁷ M. Grandi, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, cit., 36 ss; A. Vallebona, *La disciplina dei rapporti di lavoro in caso di fusione e di scissione di società*, *DL*, 1992, II, 432 e M. Grandi, *Fusione di società e trasferimento d'azienda: problemi (irrisolti) di diritto del lavoro*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, IV, 3, Milano, 1998, 213 ss

²⁶⁸ Confronta M. Grandi, *Trasferimento d'azienda*, cit., 5; g. Santoro Passarelli, *Il trasferimento d'azienda rivisitato*, *MGL*, 1991, 465 ss, nonché R. Cosio, *Disciplina del trasferimento d'azienda*, cit., 60; In senso contrario, S. Nappi, *Negozi traslativi dell'impresa*, cit., 241 ss; idem, *Trasferimento d'azienda e trasformazioni*, cit., 67.

cambiamento del datore di lavoro²⁶⁹e sottolineando la necessità, al fine della corretta delimitazione della fattispecie del riferimento alla normativa comunitaria contenente un espresso richiamo all'ipotesi della fusione, propendeva per un deciso ampliamento dell'ambito di applicazione della disciplina del trasferimento di aziende fino a comprendervi simili vicende societarie.²⁷⁰

Ad analoghe considerazioni da luogo la vicenda della scissione, non risultando decisiva la circostanza che la novella del 2003 abbia fatto riferimento unicamente alla fusione. Anzi, l'esplicita riconduzione della fusione all'art. 2112 c.c. non può che estendere i suoi effetti per ragioni di ordine sistematico, anche nei confronti della scissione, la cui disciplina rinvia proprio alle norme sulla fusione.²⁷¹

Occorre rilevare come parte della dottrina, nonostante avesse pure aveva manifestato il suo dissenso sulla possibilità di ricondurre il fenomeno della fusione al trasferimento d'azienda si sia mostrata, viceversa, favorevole all'applicazione dell'art.

²⁶⁹ R. Flaminia, *Trasferimento di azienda e rapporti di lavoro*, cit., 25; R. Scognamiglio, *Relazioni di sintesi*, in AAVV, *Le trasformazioni aziendali in vista del mercato Europeo*, cit., 135, secondo il quale “trasformazione, fusione ed incorporazione” costituiscono “vicende diverse per la natura e l'efficacia giuridica da quelle in cui il passaggio dell'azienda deriva dal negozio stipulato fra due imprenditori che rimangono autonomi e distinti. Ma che rinvergono un punto di unificazione nella circostanza della mutata identità dell'imprenditore, che gestisce la stessa azienda”, elemento, questo, che offre “un valido sostegno all'assunto della estensione della normativa anche ai casi di trasformazione, fusione ed incorporazione”.

²⁷⁰ R. Flaminia, op. loc. cit. e M. Pedrazzoli, *Istituti a ratio comunitaria e attività dell'interprete*, op. cit., 228; Lambertucci, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, cit., 83 ss; AR Zinti, *La nozione di trasferimento d'azienda*, cit., 655; A. Buonajuto, *Il trasferimento dell'azienda*, cit., 40., g. Villani, *Trasferimento d'azienda*, cit., 805. In giurisprudenza, Cass. 29 maggio 1986, n. 4991, *RIDL*, 1997, II, 200 ss, con nota di P. Lambertucci, *Brevi considerazioni su trasferimento d'azienda e fusione societaria*, Cass. 8 luglio 1992, n. 8315, *NGL*, 1992, 880 ss, e Cass. 8 novembre 1983, n. 6612, *FI*, 1985, I, 106, ss.

²⁷¹ S. Nappi, *Trasferimento d'azienda e trasformazioni*, op. cit., 68 ss

2112 c.c. all'ipotesi di scissione,²⁷²soprattutto in quei casi in cui , verificandosi una scissione solo parziale, sia rimasta in vita la società assoggettata a scissione²⁷³.

Si deve escludere dalla disciplina del trasferimento d'azienda il fenomeno della trasformazione di società, non verificandosi, in tale ipotesi, alcuna circolazione del complesso aziendale, nè alcun subingresso nell'attività di impresa, ma solo una modificazione del modello di organizzazione del soggetto che permane immutato nella sua identità.²⁷⁴

Ad analoghe conclusioni deve giungersi per l'ipotesi di cessione del pacchetto azionario, la quale, in effetti, non sembra comportare alcun mutamento soggettivo del datore di lavoro, ma solo una modificazione dell'assetto azionario interno alla società²⁷⁵.

²⁷² M. Grandi, op. ult. Cit., 5 ss; G. Santoro – Passarelli, op.cit., 466. cfr. Cass., 6 ottobre 1998, n. 9897, *GC*, 1999, I, 741, con nota di P. Lambertucci, *Scissione societaria e trasferimento d'azienda. In senso contrario* , Cass. 27 aprile 2001, n. 6143, *NGL*, 2001, 808 ss, nonché R. Romei, op. ult. Cit., 68, il quale non ritiene “condivisibile identificare la scissione con la fattispecie cui ha riguardato l'art. 2112 c.c. trattandosi di una vicenda non sempre e comunque riconducibile a quest'ultima”. Nel senso dell'applicazione dell'art. 2112 c.c. all'ipotesi di scissione, vedi, in generale F. Flaminia, op. ult. Cit; M. Pedrazzoli, Op. loc.ult. citt; A.R. Tinti , op. loc., citt; S. Nappi, *Negozi traslativi dell'impresa*, cit., 247; P. Lambertucci, *Le tutele del lavoratore*, cit., 122 ss.; A. Bonajuto, op. cit. 41; G. Villani, op.loc. ultt. Citt; V.Nuzzo, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit.32

²⁷³ M. Grandi, op. loc. ultt. Citt. il quale rileva come sia nell'ipotesi di scissione totale che in quella di scissione parziale si realizzi “ una vicenda modificativa soggettiva nella titolarità del patrimoniale aziendale e, di conseguenza, una successione nei rapporti di lavoro ex art. 2112, 1° comma, c.c.L'applicazione del 2° comma dell'articolo implica la permanenza della società assoggettata a scissione, e ciò si verifica nell'ipotesi di scissione parziale, in cui non si ha estinzione della società scissa”.

²⁷⁴ G. Santoro –Passarelli, op. loc., ultt. Cit; M. Grandi, op. loc. ulttt. Citt; R. Romei, op. loc. ultt. Citt; A. Bonajuto, op. cit. 42; S. Nappi, *Trasferimento d'azienda e trasformazioni*, cit; V.Nuzzo, op. ultt. Cit, 26; R. Flaminia, op. cit. 30 ss; R. Scognamiglio, op. ultt. Cit, 135.; AR Tinti, op. cit., 656 s; P. Lambertucci, *Le tutele del lavoratore*, cit, 142 ss. Così R. Romei, op. cit, 69. Proprio l'esclusione dalla disciplina del trasferimento d'azienda dell'ipotesi di cessione di pacchetto azionario di maggioranza, sembrerebbe ridurre decisamente la relativa portata, risultando proprio la cessione di azioni , in molti paesi, il mezzo più comune per realizzare il trasferimento di complessi aziendali

²⁷⁵ Così R. Romei, op. ult. Cit., 69

L'assenza di una vicenda traslativa del complesso aziendale non può che condurre ad una esclusione dell'applicazione dell'art. 2112 c.c.²⁷⁶

Un ultimo fenomeno è quello della successione di due soggetti nello svolgimento di una attività, oggetto di un contratto di appalto all'interno del quale pare possibile comprendere anche il c.d. outsourcing di seconda generazione, che si verifica quando il servizio, già oggetto di un processo di esternalizzazione viene affidato ad un altro imprenditore dopo la scadenza del primo contratto di appalto.

La questione della riconducibilità di una simile fattispecie alla disciplina del trasferimento di azienda è già stata affrontata dalla Corte di Giustizia, la quale si è ormai, dopo il susseguirsi di numerose sentenze, assestata su posizioni consolidate.²⁷⁷

Ritenendo la Corte necessario, ai fini dell'applicazione della direttiva, che sia trasferita una entità economica che conservi la propria identità, non può che emergere l'insufficienza della mera successione in una attività quando non sussistano gli ulteriori requisiti comunque indispensabili ad integrare la fattispecie del trasferimento di impresa.

La conservazione dell'identità dell'entità economica trasferita, infatti, risulta dalla circostanza che “la gestione sia stata effettivamente proseguita o ripresa”, e presuppone, quindi, il trasferimento di un “complesso organizzato di persone e di elementi che consentono l'esercizio di un'attività economica”²⁷⁸.

²⁷⁶ G. Santoro Passatelli, op. loc. ultt. Citt.; R. Foglia, *Trasferimenti di azienda ed effetti sui rapporti di lavoro*, MGL, 19991, 331; R. Flaminia, op. ult. Cit., 29; R. Romei, op. ult. cit.; M. Grandi, op. ult. cit., 5; R. Cosio, op. ult. cit., 62; P. Lambertucci, op. cit., 189; A. Buonajuto, op. cit., 44; S. Ciucciovino, op. cit., 104. In giurisprudenza, cfr. Cass. 26 novembre 1994, FI, 1991, I, 3031 ss. in un opposto ordine di idee, v. S. Nappi, *Negozi traslativi dell'impresa*, cit., 195 ss, il quale, individuando “nella fattispecie negoziale cessione del pacchetto di quote o azioni di controllo” una particolare ipotesi di negozio indiretto”, tendente a far conseguire all'acquirente il “risultato ulteriore ...della acquisizione della ‘titolarità gestionale’ dell'impresa”, ritiene “corretto prevedere, anche in tal caso, l'applicazione della disciplina garantistica posta dall'art. 47 legge 428/1990, intesa come conseguenza dei rilevanti effetti indiretti del negozio”; lo stesso A., poi, ritiene applicabile l'art. 2112 c.c. al negozio indiretto di trasferimento d'azienda anche “facendo ricorso all'analogia legis”.Cfr. sul punto, G. Prosperetti, *Introduzione*, cit., 5, secondo il quale, se è vero che “il mutamento dell'assetto azionario nell'ambito di una singola società non integra il trasferimento”, deve, invece, “ritenersi rientrante nell'ambito di applicazione dell'art 2112 cod.civ. quella stessa operazione di mutamento in ordine al possesso del pacchetto di controllo, laddove questo rappresenta lo strumento tecnico per la sostanziale compravendita di un'azienda”

²⁷⁷ Confronta R. Romei, *Cessione di ramo d'azienda e appalto*, cit, 336 ss.

²⁷⁸ sentenza Abler, C. Giust. 20 novembre, 2003, cit

Si dimostra, pertanto, necessario, al fine della configurazione della fattispecie, o l' utilizzazione, da parte del secondo appaltatore, di "rilevanti elementi patrimoniali materiali di cui è servito precedentemente il primo imprenditore", oppure, in un settore in cui l'attività si fonda sulla manodopera, la riassunzione di una "parte essenziale, in termini di numero e di competenza, del personale specificamente destinato dal predecessore a tali compiti"²⁷⁹.

La Corte ammette la possibilità di applicare la dir. 77/187 nel caso di successione di due imprenditori in una attività oggetto di un contratto di appalto, purché si verifichi il trasferimento di una entità economica che conservi la propria identità, e ritiene irrilevante la circostanza di una relazione contrattuale diretta tra i due appaltatori.

Ora nel diritto interno, non sussistono particolari problemi a ricondurre tale vicenda nell'ampia fattispecie delineata dal 5° comma dell'art. 2112 c.c.

Tale norma, infatti, facendo riferimento a "qualsiasi operazione che comporti il mutamento nella titolarità di una attività economica organizzata", non consente di escludere la successione nell'appalto la quale potrebbe determinare la successione nella gestione di una attività di impresa ed il conseguente trasferimento del sostrato organizzativo necessario per il suo esercizio.²⁸⁰

Va inoltre precisato che non è sufficiente la mera successione in una attività, essendo necessario il trasferimento del complesso organizzato di beni e persone

²⁷⁹ Così C. Giust., 20 novembre 2003, cit.

²⁸⁰ M. Marinelli, *Decentramento produttivo*, cit. 235. Cass. 24 febbraio 1992, n. 2285, *RIDL*, 1993, II, 202 ss, con nota di L. Nogler, *Continuità della prestazione lavorativa e trasferimento d'azienda*, dove si evidenzia che " il mero subingresso di un'impresa ad un'altra nella qualità di appaltatrice di servizi presso uno stabilimento industriale non accompagnato dalla cessione, in tutto o in parte nella sua identità, non individua una ipotesi di trasferimento d'azienda ai sensi dell'art. 2112 c.c. e quindi l'effettuazione di attività lavorativa prima alle dipendenze del cedente e poi del cessionario non configura un unico rapporto di lavoro", nonché Cass. 18 marzo 1996, n. 2254, *FI*, 1997, I, 3662 ss, con nota di R.Cosio, *Alcune prestazioni sulla Suprema Corte in tema trasferimento d'azienda*. Prosegue il dialogo con la Corte di Giustizia. Cfr. Cass. 20 settembre 2003, n. 13949, *RDLI*, 2004, II, 404 ss con nota di I. Senatori, *Successione di appalto di servizi e trasferimento di azienda tra ratio comunitaria e riforma del mercato del lavoro italiano*, la quale ritiene applicabile l'art. 2112 c.c. nel caso in cui il " cambiamento della titolarità dell'azienda non derivi da vincolo contrattuale diretto tra cedente e cessionario, ma sia riconducibile a un atto autoritativo della pubblica amministrazione ove si verifichi una cessione di elementi materiali significativi tra due imprese"

indispensabile per il suo svolgimento²⁸¹, sebbene questo non derivi da un diretto rapporto contrattuale tra i due appaltatori.²⁸²

In una simile prospettiva sarà configurabile una fattispecie di trasferimento di azienda qualora il secondo imprenditore utilizzi rilevanti elementi patrimoniali o personali, a seconda della natura dell'attività oggetto del contratto di appalto di cui si è servito il primo imprenditore²⁸³.

Non basterà la mera riassunzione dei lavoratori già utilizzati dal primo appaltatore, a meno che un simile gruppo di lavoratori non risulti organizzato e caratterizzato dalla sussistenza di un valore aggiunto già presso il primo imprenditore, non essendo possibile in tal caso escludere la ricorrenza della fattispecie descritta dall'art. 2112 c.c.²⁸⁴

Né a conclusioni diverse può pervenirsi dopo l'introduzione dell'art. 29, comma 3, dlgs n. 276 del 2003, secondo il quale "l'acquisizione di personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto di appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda".

Tale norma, in verità, non fa altro che chiarire come la mera riassunzione da parte del nuovo appaltatore del personale già utilizzato dal precedente imprenditore non sia, di per sé, sufficiente ad integrare gli estremi del trasferimento d'azienda, ma non

²⁸¹ sul punto vedi G. Santoro Passatelli, *Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento di azienda*, cit. 205, il quale considera "sempre condivisibile" quella ricostruzione che esclude la possibilità di ricondurre all'art. 2112 c.c. la "successione di un imprenditore a un altro nella gestione di un servizio concesso in appalto". Secondo l'autore "bisogna avere infatti riguardo alla fattispecie concreta, accertando se, nel caso concreto, il committente abbia affidato all'appaltatore solo il servizio o anche abbia trasferito allo stesso l'impresa o un suo ramo. In questo secondo caso non si può negare l'applicazione dell'art. 2112 c.c. come pure nell'ipotesi in cui un secondo appaltatore subentri ad un primo appaltatore acquisendo da quest'ultimo beni e rapporti". Analogamente F. Scarpelli, *Cessazione degli appalti di servizi e licenziamenti collettivi*, in *www.Cgl.it/giuridico (2001)*.

²⁸² S. Ciucciovino, op. ult. cit. 107, secondo la quale sussiste trasferimento d'azienda quando "il nuovo appaltatore non si avvale di una propria indipendente organizzazione produttiva ma subentra nella titolarità delle medesime entità economiche in precedenza gestita dal primo appaltatore"

²⁸³ A. Vallebona, *Successione nell'appalto e trasferimento d'azienda*, in AAVV, *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa*, 54, il quale sottolinea che "la successione in un appalto di un imprenditore ad un altro non costituisce di per sé trasferimento d'azienda se non è accompagnato dalla cessione dell'azienda dal vecchio al nuovo appaltatore"

²⁸⁴ in tal caso vedi R. Cosio, *Appalti e trasferimento di imprese*, cit. 1098, e AM. Perrino, *Appalto di servizi ed esternalizzazione*, in AAVV., *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa*, cit., 61

vale ad eludere l'applicabilità dell'art. 2112 c.c. , qualora in conseguenza della successione nello svolgimento di una attività oggetto di un contratto di appalto, si verifichi un "mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata"²⁸⁵ .

In definitiva, ciò che risulta indispensabile è il trasferimento di un complesso organizzato di elementi materiali e personali idoneo a consentire lo svolgimento di un'attività di impresa dovendosi, al contrario, ritenere irrilevante, che una simile vicenda traslativa sia realizzata in assenza di un rapporto contrattuale diretto tra i due appaltatori.²⁸⁶

Rientrano nella disciplina del trasferimento d'azienda i trasferimenti non volontari ma determinati da un provvedimento della pubblica autorità, che, invece prima della novella 2001 erano esclusi.²⁸⁷

È indubbia la necessità , anche in tal caso, che si verifichi il passaggio dell'organizzazione , viceversa non è possibile trovare la fattispecie di trasferimento di

²⁸⁵ R. Cosio, op. ult. cit. ; V. Bavaro, *Il trasferimento d'azienda*, cit., 17 ss; M. Marinelli, *Successione nell'appalto, assunzione dei lavoratori e trasferimento di azienda*, in *Scritti in memoria di S. Hernandez*, cit., 478

²⁸⁶ In senso contrario C. Cester, *Il trasferimento d'azienda e di parte di azienda*, cit., 259, il quale ritiene necessario, ai fini dell'applicazione dell'art. 2112 c.c. la sussistenza di "rapporto diretto, sia pure di varia natura idoneo a trasferire da un soggetto ad un altro la gestione dell'azienda". Una simile prospettiva risulterebbe confermata dall'art. 29, comma 3 del dlgs n. 276 del 2003, interpretato dall'Autore nel senso di escludere la possibilità di ricondurre l'ipotesi di successione nell'appalto alla fattispecie del trasferimento d'azienda, facendo in tal caso, difetto, " il titolo del rapporto negoziale diretto fra i due appaltatori". Cfr. in Francia, Cass. Ass. Plen, 16 mars 1990, *DS*, 1990, 399 ss che ritiene applicabile la disciplina dell'art. L 122-12 in ogni ipotesi di trasferimento di un'entità economica , anche in assenza di un diretto legame giuridico tra i successivi datori di lavoro. "Neppure la normativa comunitaria aveva ampliato la nozione di trasferimento d'azienda sino a comprendervi la mera successione nell'appalto senza circolazione dell'azienda. Ed anzi, ora è proprio la direttiva 98/50 (oggi la 2001/23) a fare espresso riferimento al passaggio di elementi materiali significativi. Cass 6 marzo 1990, 1755, in *MGL*, 1990, suppl, 57; cass. 22 maggio 1991, n. 5745, in *RITDL*, 1992, 11, 437; Cass 18 marzo 1996, n. 2254, in *MGL*, 1996, 568; Cass 20 novembre 1997, n. 11575, in *MGL*, 1998, suppl 13; Corte di Giustizia 11 marzo 1997, Suzen, in *MGL*, 1997. Cfr. Lepore, *Il trasferimento d'azienda tra diritto interno e disciplina comunitaria*, in *MGL*, 2001, 182; Santoro Passatelli, *Sulla nozione di trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c.* , in *FI*, 2000, 1, 1958; Foglia, *La fattispecie trasferimento d'azienda alla luce della nuova direttiva 98/50: profili definitivi e interpretativi* in *FI*, 2000, 866; Pelassero, *L'entità economica come oggetto del trasferimento dell'azienda: sviluppi recenti della giurisprudenza comunitaria e possibili riflessi sugli ordinamenti nazionali*, in *GDRI*, 1998, 63; Pizzoferrato, *La nuova giurisprudenza di trasferimento d'azienda fra diritto comunitario e diritto interno*, in *RDL*, 1999, 1, 429; Ciucciovino, *La nozione di 'azienda trasferita' alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza interna e della disciplina comunitaria*, in *ADL*, 1998, 895; Lambertucci, *La configurazione dell'azienda nel diritto comunitario e nel diritto interno ai fini del suo trasferimento*, in *ADL*, 1997, 127

²⁸⁷ Cass 5 marzo 1993, n. 2705, in *RDL*, 1994, II, 499; Cass 25 maggio 1995, n. 5754, in *RIDL*, 1996, 11, 186; Cass 16 ottobre 1996, n. 9025, in *FI*, 1997, I, 3662; Cass 4 febbraio 1998, n. 1152, in *RIDL* 1998, II, 780; Cass 25 gennaio 1999, n. 672, in *MGL*, 1999, 382

azienda quando un imprenditore subentra con propria organizzazione ad un altro in una concessione amministrativa. “Tuttavia nel caso delle concessioni per il servizio di riscossione dei tributi è espressamente previsto il diritto del personale addetto alla concessione “di essere mantenuto in servizio dal subentrante concessionario senza soluzione di continuità” (art. 63, comma 4, D. Lgs, n. 112 del 1999)”²⁸⁸.

Lo stesso diritto era stato riconosciuto al personale delle vecchie esattorie nei confronti delle nuove concessionarie (art. 122, comma 1, DPR n. 43 del 1998) e l’espressa garanzia del trattamento economico acquisito a fronte della prevista immediata applicazione dei contratti collettivi applicati dal nuovo concessionario (art. 122, comma 3, DPR. cit) era stata intesa come diritto del lavoratore a conservare l’eventuale maggiore importo della precedente retribuzione, mediante un assegno *ad personam* di copertura della differenza “per definizione assorbibili nei futuri derivanti dai rinnovi dei contratti collettivi applicati dal concessionario”²⁸⁹.

²⁸⁸ Vallebona, *Successione nell'appalto e trasferimento d'azienda*, op. cit., 57

²⁸⁹ A. Vallebona, op.cit, ult., 57

CAPITOLO III

LE IPOTESI DI DISSOCIAZIONE DATORIALE: DIVIETO DI INTERPOSIZIONE DI MANODOPERA E DISTACCO

1. IL divieto di interposizione e l'appalto lecito

Il divieto di interposizione mira alla repressione di un comportamento patologico dell'interposto che lucra sull'attività dei prestatori senza nulla aggiungere di proprio al processo produttivo complessivamente considerato.

L'appalto sarà da considerarsi genuino quando l'opera o il servizio sono il prodotto di una organizzazione imprenditoriale dell'appaltatore che può anche essere costituito solo da “ capacità, conoscenze, reti di relazioni, servizi di formazione e aggiornamento professionale, tale che senza di essi la prestazione del singolo dipendente avrebbe minor valore produttivo intrinseco per l'impresa appaltante”²⁹⁰.

Un fenomeno patologico che si è manifestato spesso nelle varie esperienze a scopi elusivi della disciplina protettiva del lavoro, determinando l'intervento del legislatore, è quello del *merchandage du travail*, letteralmente appalto del lavoro.

Si ha quando imprenditori poco scrupolosi, al fine di alleggerire il costo della manodopera evitano di assumere direttamente e formalmente il personale nella misura necessaria per mandare avanti la lavorazione, commettendo determinate fasi della medesima ad una persona , intermediario, che poi vi provvede assumendo degli altri lavoratori formalmente suoi dipendenti, lavoratori ai quali è corrisposto un trattamento inferiore a quello al quale avrebbero potuto aspirare ove fossero stati direttamente assunti dall'imprenditore committente.

Nel nostro paese il fenomeno ebbe grande consistenza nel passato, fino al 1960, anche per le interferenze negative della legislazione fascista del 1931 e del 1939 contro l'urbanesimo, poi abrogata attorno a quegli anni.

“ Per il giuoco cambiato di questa legislazione con quella sul collocamento obbligatorio della manodopera, si aveva un circolo vizioso: non si poteva ottenere l'iscrizione nelle liste di collocamento dove non si fosse residenti nel comune e non si poteva aver quivi la residenza se non si dimostrava di aver acquisito occupazione... Tutto questo comportava, con la spinta dell'emigrazione interna dalle campagne del Sud ai centri industriali del Nord, la piaga della manodopera clandestina, manipolata da veri e propri trafficanti intermediari verso le imprese: queste offrivano salari di fame a cittadini spinti da elementari bisogni e con le carte formalmente in regola”²⁹¹.

In seguito, abrogata la legislazione contro l'urbanesimo e liberalizzata la possibilità di iscrizione nelle liste degli uffici di collocamento la situazione è migliorata.

Il legislatore del 1942 intervenne con l'art. 2127 c.c. , con il divieto di interposizione nel lavoro a cottimo.

²⁹⁰ Ichino, *Il lavoro interinale* cit, p. 516, vedi Calcaterra, *Il divieto di interposizione*, op.cit. p. 135

²⁹¹ Pera e Papaleoni, *Diritto del lavoro*, 2003, casa editrice Dott. Atonia Dilani, p. 355 e ss.

Era vietato all'imprenditore di affidare a propri dipendenti lavori a cottimo da eseguirsi da prestatori di lavoro assunti e retribuiti direttamente dai dipendenti medesimi. Si proibì il cottimo collettivo autonomo. Successivamente il problema venne affrontato definitivamente con la legge 23 ottobre 1960, n. 1369 sul divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro e nuove discipline dell'impiego di manodopera d'opera negli appalti di opere e servizi.

Nell'art. 1 della legge n.1369 del 1960 è posto il generale e tassativo divieto di intermediazione ed interposizione.

Nell'art. 3 erano presi in considerazione gli appalti di opere e di servizi, con l'obbligo solidale dell'imprenditore e dell'appaltatore di assicurare ai lavoratori dipendenti dal secondo un trattamento eguale a quello praticato ai dipendenti del primo ovviamente se superiore; poteva infatti verificarsi che ai lavoratori dell'impresa appaltante, altamente specializzati, spettassero, per il loro contratto di categoria, un trattamento superiore rispetto a quello dell'impresa principale.

Infine, nell'art. 5 erano elencate delle ipotesi di appalto nelle quali non sussisteva l'obbligo di parità di trattamento di cui all'art. 3. Secondo l'art. 1 era vietato all'imprenditore di affidare in appalto o in subappalto o in qualsiasi altra forma, anche a società corporative, l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro mediante impiego di manodopera assunta e retribuita dall'imprenditore o dall'intermediario, qualunque fosse la natura dell'opera e del servizio cui le prestazioni si riferivano. Era altresì vietato all'imprenditore di affidare ad intermediari, siano questi dipendenti, terzi o società anche se cooperative, lavori da eseguirsi a cottimo da prestatori di opere assunti e retribuiti da tali intermediari. È considerato appalto di mere prestazioni di lavoro ogni forma di appalto e subappalto, anche per esecuzione di opere o di servizi, ove l'appaltatore impiegasse capitali, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante, quand'anche per il loro uso venisse corrisposto un compenso all'appaltante.

Secondo l'art. 3 gli imprenditori che appaltavano opere o servizi, compresi i lavori di facchinaggio, di pulizia e di manutenzione ordinaria degli impianti, da eseguirsi nell'interno delle aziende con organizzazione e gestione propria dell'appaltante, erano tenuti in solido con quest'ultimo a corrispondere ai lavoratori da esso dipendenti un trattamento minimo inderogabile retributivo ed a assicurare un trattamento normativo, non inferiore a quelli spettanti ai lavoratori da loro dipendenti.

La stessa disciplina si applicava agli appalti concessi dalle imprese che esercitavano un pubblico servizio per le attività di esazione, installazione e lettura di contatori, manutenzione di reti di distribuzione e di trasporto, allacciamenti, costruzione di colonne montanti, impianti di apparecchi, reti a bassa tensione e attività simili.

Gli imprenditori erano altresì tenuti in solido con l'appaltatore, relativamente ai lavoratori da questi dipendenti, all'adempimento di tutti gli obblighi derivanti dalle leggi di previdenza ed assistenza.

Si nota che ex art. 3 della legge in esame, si aveva la concessione in appalto vero e proprio di determinate fasi della lavorazione o di servizi integrativi e collaterali, appalto vero e proprio perché la concessione avveniva ad imprese vere, genuine. Viceversa ex art. 1 tra l'imprenditore e i lavoratori non si trova una vera impresa ma una mera intermediazione per l'utilizzazione della manodopera, qualcosa che non è impresa, ma semplice interposizione fittizia unicamente allo scopo di impedire fraudolentemente la costituzione di un diretto rapporto di lavoro.

È da sottolineare che sebbene sopra si è detto che nell'art. 1 non c'è una vera impresa in rapporto con quella principale, deve tuttavia precisarsi che “ anche una vera impresa poteva risultare, di fatto, una intermediatrice di manodopera” ²⁹² ²⁹³.

È indubbia la individuazione difficile, alle volte, della struttura aziendale con la quale il rapporto di lavoro si sia instaurato.

In passato, e per certi versi, ancora è così, aveva assunto importanza il principio secondo il quale il vero datore era quello che effettivamente utilizzava le prestazioni

²⁹² Pera, Papaleoni, *Diritto del lavoro*, op.cit., p. 359

²⁹³ Il fenomeno dello svolgimento del rapporto di lavoro in situazioni di collegamento societario. Spesso società sono collegate finanziariamente, col sistema a catena o altrimenti. La giurisprudenza della Corte di Giustizia e la sua influenza sulla normativa comunitaria. Il lavoratore, assunto da una società di gruppo, passa poi ad un'altra società; spesso la carriera complessiva è seguita da diversi di questi passaggi, talora avendo il lavoratore interesse a che la medesima sia considerata unitariamente a certi fini o pre l'applicazione di certi istituti. Vedi per l'interposizione, AIDLASS, *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Trento, 4-5 giugno 1999, Milano, Giuffrè, 2000. Vedere sul punto De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, Milano, Angeli, 1995, p. 164; Branca, *La prestazione di lavoro in società collegate*, Milano, Giuffrè, 1965; Mazzotta, *Rapporto di lavoro, Società collegate e statuto dei lavoratori*, in *RTDPC*, 1973, p. 752; ID, *Divide et impera: diritto del lavoro e gruppi di imprese*, in *LD*, 1988, p. 339; Galgano, *Le società per azioni. Le altre società di capitali. Le cooperative*, 3° edizione, Bologna, Zanichelli, 1978, p.13; Mattarolo, *Gruppi di imprese e diritto del lavoro*, in *RGL*, 1990, I, p. 497.

lavorative, anche se i lavoratori erano stati formalmente assunti da un altro, il datore apparente.

Un tale principio si desumeva già dall'art.2112 c.c. e poi dall'art. 1 della legge 1960 n. 1369.

Interposizione significa che il terzo assume alle sue dipendenze la mano d'opera da inserire poi, con la forma del cottimo o in qualsiasi altro modo, nell'organizzazione aziendale di un terzo.

Secondo l'orientamento prevalente, la rilevanza del rapporto con l'effettivo utente della forza-lavoro prescinde da un accordo fraudolento tra l'appaltatore fittizio e il committente²⁹⁴ deve, infatti, ritenersi che l'accordo tra tali soggetti sia nullo non per frode alla legge, ma per illiceità dell'oggetto e della causa²⁹⁵.

In ogni caso, deve ritenersi che il prestatore sia del tutto estraneo al posto tra committente e interposto, pur se non ne fosse a conoscenza.

Ricorre l'ipotesi non del negozio dissimulato ex art. 1414 c.c., ma dell'interposizione reale con gli effetti del contratto in capo al committente, che ne è l'effettivo utente (art. ult.com. L 1369/1960)²⁹⁶.

Alla base dell'interposizione di mano d'opera vi è un fenomeno diffuso, quello del decentramento fittizio della produzione cui gli imprenditori più spregiudicati ricorrono al fine di ridurre il costo della forza-lavoro riversando su terzi la responsabilità per la violazione delle norme di tutela (sottosalario, inosservanza delle misure di prevenzione e degli oneri previdenziali, ecc.), ad esempio per ridurre le forze sindacali, con la frantumazione dell'organizzazioni produttive.

Occorre precisare che il decentramento può rispondere ad esigenze anche fisiologiche di ripartizione di fasi autonome della produzione. Ciò che conta è ciascun imprenditore che si occupa di una fase della produzione abbia una sua autonomia organizzativa, tanto da non dipendere dall'imprenditore che si occupa della fase finale dell'intera produzione.

²⁹⁴ Cass 4 luglio 1996, n. 6092, *FIR* 1996, V Lavoro (rapporto), n. 476; Cass 28 ottobre 1985, n. 5301, *NG*, 1986, I, 292 con nota Vidimi; Cass 18 ottobre 1983, n. 6093, *FI*, 1984, I, p. 1025. In dottrina Mazzotta 1979; in senso contrario Cas 26 ottobre 1982, n. 5998, *GC* 1983, I, 463

²⁹⁵ Cass 19 giugno 1985, n. 3686, *MGL*, 1985, p 452

²⁹⁶ Guarnieri, 1987

2. I processi di materializzazione

Un primo terreno di verifica sono i c.d. processi di smaterializzazione.

Fin quando “ caratteristica indefettibile dell’iniziativa imprenditoriale era l’impiego di significativi elementi materiali(impianti, attrezzi, capitali), a questi occorreva guardare quale sintomo di una genuina organizzazione imprenditoriale e quale discrimine rispetto ad attività meramente interpositorie.

Il *quid pluris* o il *valore aggiunto* alla mera fornitura di lavoratori si rinveniva nell'apparato strumentale dell'appaltatore, ritenendosi che in assenza di questo non si potesse parlare di una autonoma impresa dell'appaltatore.

Non si può escludere le realtà imprenditoriali smaterializzate dall'ambito degli appalti leciti. In effetti, secondo parte della dottrina²⁹⁷ il comma 3 dell'articolo 1 considera illecito l'appalto in cui l'appaltatore utilizzi capitali, attrezzature o impianti di proprietà dell'appaltante, ma non esclude le ipotesi in cui l'appaltatore non impieghi tali strumenti di produzione ed esaurisca il proprio contributo imprenditoriale nell'organizzazione di beni immateriali e del fattore umano.

Anche la giurisprudenza²⁹⁸ ha detto che il *quid pluris* rispetto alla mera manodopera è frequentemente costituito solo da apporti immateriali, come uno specifico know-how ovvero appropriate capacità, conoscenze, reti di relazioni, servizi di formazione e aggiornamento professionale, tali che senza di essi la prestazione del singolo dipendente avrebbe minore valore produttivo intrinseco per l'impresa appaltante²⁹⁹.

Del resto la liceità di un appalto che comporti l'utilizzo di mezzi modesti e marginali rispetto all'impiego di dipendenti trovava già conferma nell'art. 3 della legge n. 1369/60 che ricomprendeva tra gli appalti leciti alcune fattispecie che richiedono un esile apporto strumentale (pulizia, facchinaggio, manutenzione ordinaria degli impianti, esenzione, lettura di contatori)³⁰⁰.

“La dematerializzazione del requisito organizzativo dell'appalto e dell'impresa consente, quindi, di attribuire una patente di liceità anche ad appalti in cui l'organizzazione dell'appaltatore sia limitata alla direzione e al coordinamento dei lavoratori potendosi in tali attività ravvisare quel 'valore aggiunto' che riscatta disvalore della mera fornitura di manodopera”³⁰¹.

Quindi, la gestione a rischio deve essere prevista anche quando l'attività dell'appaltatore si esaurisca nell'organizzazione e nel coordinamento di una pluralità di

²⁹⁷ De Luca Tamajo. *Le esternalizzazioni*, op.cit. p. 44

²⁹⁸ Cass 19 ottobre 1990, n. 10183 in GC, 1991, I, p. 281

²⁹⁹ Ichino, *Il lavoro interinale*, op.cit., p. 516

³⁰⁰ Calcaterra, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, in *I processi di esternalizzazione*, op.cit.

³⁰¹ De Luca Tamajo, op.cit, p. 46

lavoratori, in assenza di beni immateriali o materiali: “ Sicché, almeno in relazione a tali ipotesi, ne esce valorizzato il criterio sintomatico della liceità fondato sull’esercizio dei poteri direttivi e gerarchici da parte dell’appaltatore (criterio ‘giuslavoristico’) rispetto a quello più tradizionale sintomatizzato sull’impiego di strumenti e impianti di proprietà dell’appaltatore (più tipicamente ‘commercialistico’)”³⁰².

Se da esempio l’appaltatore mettesse a disposizione del committente proprie attrezzature e propri dipendenti e questi ultimi fossero diretti e coordinati solo da committente e dai suoi dirigenti, il criterio di liceità, che riguarda l’impiego di strutture e macchinari dell’appaltatore, indurrebbe in errore, giacché sarà in grado di superare l’art. 1 comma 3° ma non l’ illiceità per contrasto con il divieto dell’art. 1 comma 1° della legge del 1960, n. 1369.

Per parte della Dottrina (De Luca Tamajo) sarebbe eccessivo penalizzare appalti in cui la direzione del lavoro è tutta dell’appaltatore solo perché vi è scarsa utilizzazione di strutture o impianti o perché alcuni di questi sono di proprietà del committente.

“ Una soluzione, questa, che consente di attutire il giudizio di incompatibilità della legge del 60 con le attuali forme di organizzazione del lavoro e di limitare già *de iure condito*, l’area della illiceità alle ipotesi di reale speculazione parassitaria sul lavoro, cui si riferiva il legislatore dell’epoca”³⁰³.

È necessaria una ulteriore precisazione sul significato da attribuire all’organizzazione dei lavoratori.

Bisogna capire se al fine di legittimare l’appalto, ci si accontenti del fatto che l’appaltatore fornisca un contributo imprenditoriale in termini di selezione, formazione, pianificazione operativa di massima, amministrazione retributiva, contributiva e sindacale, conduzione con propri mezzi dei lavoratori sul posto di lavoro etc. (organizzazione dei lavoratori), o se occorra anche e soprattutto l’esercizio da parte dell’appaltatore dei più tipici poteri qualificanti la figura del datore di lavoro quali il potere direttivo, di configurazione della prestazione e di controllo (organizzazione della prestazione).

Praticamente ci si chiede se sia sufficiente, al fine di superare il divieto dell’art. 1, la sola organizzazione a monte della prestazione lavorativa da parte dell’appaltatore o

³⁰² de Luca Tamajo, op.cit. p.47

³⁰³ De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni*, op.cit., p. 48

sia, anche necessaria una incombenza direttiva di quest'ultimo nella esecuzione della prestazione lavorativa.

In dottrina prevale la tesi secondo cui l'esercizio del potere da parte del committente o dell'appaltatore non rappresenta una variabile decisiva al fine di delineare la fattispecie vietata dall'art.1 della l. 1369/60: la norma interessa l'esistenza dell'impresa (e quindi se mai l'organizzazione del lavoro), non l'esistenza dell'organizzazione della prestazione da parte dell'appaltatore; l'art. 1 ha riguardo al vero imprenditore e non al vero o sostanziale datore di lavoro.

La garanzia richiesta dal legislatore si esaurirebbe nell'esistenza di una soglia minima di imprenditorialità, idonea di per sé ad allontanare il rischio di una mera interposizione fraudolenta o parassitaria, essendo irrilevante la titolarità del potere direttivo.

In verità tale orientamento presenta molte perplessità, infatti si può avere una ipotesi in cui una impresa in senso tecnico fornisce macchinari e dipendenti, ma questi ultimi operano nella sfera organizzativa e direttiva del committente con palese attrazione della fattispecie nell'ambito del divieto dell'art.1 della legge n.1369 del 1960.

Nel caso di appalto dove la prestazione lavorativa è diretta e coordinata dal committente, in questo caso anche se la manodopera è assunta e retribuita dallo pseudo appaltatore, l'oggetto dell'appalto si esaurisce nella esecuzione di mere prestazioni di lavoro, svolgentesi nella sfera organizzativa dell'appaltante.

Inoltre solo attribuendo rilievo, ai fini della liceità dell'appalto, all'esercizio dei poteri direttivo, conformativo e di controllo da parte dell'appaltatore si ristabiliscono le distanze tra appalto lecito e fornitura di lavoro temporaneo e somministrazione di lavoro, fornitura sottratta al divieto dell'art. 1 della legge n.1369 del 1960.

Si può sostenere che nell'appalto lecito l'appaltatore non solo organizza, ma dirige anche i dipendenti utilizzandoli in prima persona, mentre nel lavoro temporaneo e nella somministrazione di manodopera l'agenzia si limita ad organizzare, scegliere, formare, ecc. i lavoratori, che operano sotto la direzione dell'imprenditore(utilizzatore) che li ha richiesti e che li integra nella propria organizzazione.

3 Outsourcing e disciplina lavoristica dell'appalto

Il processo di esternalizzazione si completa attraverso la acquisizione, da parte della impresa decentrata del bene o servizio prodotto nel segmento aziendale ceduto a terzi, il che avviene attraverso la mediazione di un contratto commerciale, di solito con un contratto di appalto.

L'outsourcing si scontrava con i vincoli posti dalla legge n. 1369 del 1960, la quale all'art.1 cercava di imputare in capo all'effettivo titolare della relazione di scambio di cui all'art. 2094 c.c. il rapporto di lavoro e le relative responsabilità, e all'art. 3 responsabilizzare il committente che innesta nel proprio ciclo produttivo il bene o il servizio oggetto dell'appalto con la legge 1997 n. 196, il legislatore è intervenuto a creare una sorta di interposizione autorizzata, con la figura del lavoro temporanea.

Successivamente tale decreto ³⁰⁴è stato abolito dall'art. 32 del decreto legislativo del 2003, n. 276. Esaminando la legge del 1960 possiamo dire che l'art. 1 aveva toccato la linea di demarcazione teorica tra la fattispecie vietata della fornitura di mera manodopera e l'appalto lecito.

Il divieto ex art. 1 della legge in esame concerne in modo particolare lo pseudo appalto di sole prestazioni di lavoro, intendendo il legislatore precludere la messa a disposizione di mera forza lavoro reclutata e retribuita dal sedicente appaltatore che realizza così un lucro parassitario, ma utilizzata dal committente.

Viceversa l'appalto era lecito quando l'appaltatore forniva un'opera o un servizio, l'appaltatore utilizzava beni strumentali propri oppure beni immateriali e capacità organizzativa idonea a delineare una fattispecie imprenditoriale.

In altri termini criterio decisivo di legittimazione dell'appalto è la fornitura all'appaltante di un valore aggiunto alla mera prestazione lavorativa, mentre si delinea una mera interposizione vietata ove lo pseudo appaltatore non aggiunge nulla di proprio,

³⁰⁴ Mazzotta, *Divieto di intermediazione di manodopera. Lavoro decentrato, interessi dei lavoratori, organizzazione delle imprese*, Cacucci, Bari, 1996, p.159

in termini di organizzazione di impresa e di rischio generale, alla attività svolta dai singoli lavoratori, che si muovono nella sfera organizzativa dell'appaltante.³⁰⁵

Resta discusso se la previsione del terzo comma dell'art.1, che colloca nell'area dello pseudo appalto di mere prestazioni di lavoro l'ipotesi in cui l'appaltatore impieghi capitali, macchine ed attrezzature fornite all'appaltante quand'anche per il loro uso venga corrisposto un compenso all'appaltante, rappresenti un vincolo aggiuntivo rispetto al divieto di cui al primo comma sanzionando altresì l'ipotesi in cui l'appaltante, pur impiegando una propria organizzazione imprenditoriale, utilizza e coordina beni dell'appaltante³⁰⁶ o se viceversa, integri un mero criterio sintomatico della assenza di imprenditorialità dell'appaltante³⁰⁷.

³⁰⁵ Mazzotta, voce *appalto (appalto di prestazioni di lavoro)*, *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, p.5; Zanelli, *Il decentramento produttivo*, *GI*, 1988, IV, c. 401 ss; Genoviva, *La legge sull'intermediazione di manodopera e sugli appalti nella dottrina e nella giurisprudenza: rassegna critica*, *RGL*, 1978, I, p. 465 ss; Ichino, *Il lavoro interinale e gli altri varchi nel muro del divieto di interposizione*, *DLRI*, 1997, p. 516

³⁰⁶ Bellocchi, *Interposizione e subordinazione*, *ADL*, 2001, p. 125 ss

³⁰⁷ De Simone, *Divieto di intermediazione e divieto di interposizione: simul stabunt simul cadente*, *RGL*, 1998, I, p. 681

4. Le ipotesi di dissociazione tra titolarità del contratto ed esercizio dei poteri di organizzazione del lavoro

In dottrina da molto tempo ci si è chiesti se il contratto di lavoro subordinato di cui all'art. 2094 c.c. ammetta la dissociazione tra titolarità del contratto di lavoro ed utilizzazione effettiva della prestazione³⁰⁸.

È indubbia la possibilità di considerare la interpretazione, all'entrata in vigore del c.c. del 1942, dell'art. 2094 in favore della dissociazione tra titolarità del contratto ed esercizio dei poteri di organizzazione della prestazione di lavoro³⁰⁹.

L'art. 2127 c.c. d'altra parte, vietava esclusivamente all'imprenditore di affidare ai propri dipendenti lavori a cottimo da eseguirsi da prestatori di lavoro assunti e retribuiti direttamente dai dipendenti medesimi.

La violazione di quel divieto comportava la sola responsabilità solidale dell'imprenditore per gli obblighi derivanti dai contratti di lavoro stipulati (art. 2127, 2° comma, c.c.).

Ne conseguiva che non era prevista la costituzione di un rapporto di lavoro tra lavoratore ed utilizzatore effettivo della prestazione e, dall'altro, che al di fuori dell'ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione dell'art. 2127 c.c., la mera

³⁰⁸ A. Cessari, *L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*, Milano, 1958; M.T. Carinci, 2000, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Padova, 2002; M. Marazza, GT. Proia, *Flessibilità e tutela "nel" contratto di lavoro subordinato*, in *Interessi e tecniche di tutela del lavoro flessibile*, Milano 2003, 140 ss.

³⁰⁹ P. Ichino, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, in *DLRI*, 1999, 203 e ss; M. T. Carinci, op. ult. Cit., 362; A. Palermo, *Manuale di diritto del lavoro e della sicurezza sociale*, volume secondo, Milano, 1957, 47; R. Corrado, *Trattato di diritto del lavoro*, volume secondo, Torino, 1966, 430

somministrazione di lavoro era da considerare, per quanto sotto taluni aspetti socialmente riprovervole³¹⁰, pienamente lecita³¹¹.

Con la legge del 1960, n. 1369 si introdussero importanti novità sulla necessità di garantire più efficacemente i crediti del lavoratore e, soprattutto, si cercò di evitare lo sfruttamento di manodopera a basso costo.

Difatti si ritiene in dottrina che la previsione del divieto di appalto di manodopera avesse ricompreso tra gli elementi essenziali e qualificati della fattispecie di cui all' art. 2094 c.c. anche la necessaria coincidenza tra titolarità del contratto ed esercizio delle prerogative che da esso derivavano in capo al creditore di lavoro.³¹²

In tal guisa il datore di lavoro poteva essere solo colui che direttamente utilizzava la prestazione di lavoro con l'esercizio del potere direttivo "ciò perchè l'interesse tipico che la prestazione "doveva "realizzare" si qualificava nella fattispecie di cui all'art. 2094 Cod. Civ. anche per la necessaria imputabilità diretta dell'organizzazione del lavoro a colui che" era "parte in senso formale del contratto"³¹³.

Quindi il divieto di interposizione e di appalto di manodopera impediva qualsiasi forma di dissociazione tra titolarità del contratto ed utilizzazione effettiva della prestazione.

A tal proposito la titolarità formale doveva, per forza di cose coincidere con la titolarità dei poteri di organizzazione del lavoro, anche indipendentemente dal suo reale fondamento giuridico.

Giurisprudenza e dottrina proponevano una ricostruzione rapida dell'unica deroga ammessa al divieto di interposizione.

³¹⁰ M.T. Carinci, op. ult. Cit., 3 e ss

³¹¹ Pret. Genova 13 febbraio 1958, in *DL*, 1958, 432 e Cass. 2 marzo 1959, in *RGL*, 1959, 564; R. Corrado, op. ult. cit, 433, il quale poneva in evidenza come con riferimento all'art. 2127 c.c. " non si è mai osato avvalersi del mezzo della analoga per la estensione di una disciplina sinceramente eccezionale con la duplice restrizione della interposizione di un dipendente e della interposizione in lavori a cottimo" In giurisprudenza esistono tentativi di interpretazione estensiva di quella disciplina finalizzati alla repressione di un fenomeno, quella della somministrazione, che all'epoca presentava aspetti antisociali ed arrecare considerevole danni ai lavoratori; Pret. Bologna, 1 marzo, 1942, in *R. G. L* . 1955, II, 66

³¹² O. Mazzotta, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979, 315

³¹³ M. Marazza, *L'interesse tipico del creditore di lavoro subordinato e le due ipotesi di dissociazione tra titolarità del contratto ed esercizio dei poteri di organizzazione del lavoro*, in *ADL*, 2004, 105. Vedi al riguardo O. Mazzotta, op.ult. cit. , 265 e 348 e 349; R. Punta, *Appalto di manodopera e subordinazione* , in *GDLRI*, 1995, 680.

Ad esempio, il distacco³¹⁴presupponeva l'esistenza di un interesse particolarmente qualificato del distaccatario ³¹⁵ onde ribadire la sua necessaria riconducibilità all'interesse che aveva determinato il datore di lavoro alla stipulazione del contratto di lavoro subordinato.

Da quell'interesse veniva distinto l'interesse del datore distaccante alla realizzazione del risultato produttivo attesa dalla sua organizzazione di lavoro.³¹⁶

La giustificazione valida per il distacco era il suo carattere di "occasionalità, di eccezionalità e di temporaneità"³¹⁷ma soprattutto l'esistenza di un interesse del datore di lavoro distaccante al più ristretto risultato materiale riconducibile alla esecuzione delle mansioni dedotte nel contratto.³¹⁸

Oggi, però, le cose sono cambiate, l'interesse soddisfatto dalla prestazione di lavoro subordinato è da identificare con l'interesse al coordinamento del lavoro in funzione della produzione, in quanto il lavoratore, accettando di essere assoggettato al potere direttivo, aderisce ad un programma che il datore di lavoro può unilateralmente determinare e modificare in ragione dei suoi scopi produttivi.³¹⁹

Ne consegue una più ampia interpretazione del concetto di interesse che legittima il distacco³²⁰.

³¹⁴ M.T.Carinci, op.ult. cit., 178; cass. 3 dicembre 1986, n. 7161, in *FIMass*, 1986, per la quale il distacco è legittimo solo ove asseconi un interesse del lavoratore giacchè altrimenti, indipendentemente dall'intento fraudolento, verrebbe a configurarsi una violazione della legge n. 1369 del 1960.

³¹⁵ A. Maresca, *Il lavoro temporaneo. Il contratto di fornitura di prestazione di lavoro temporaneo*, in *Flessibilità e diritto del lavoro*, Torino, 1997, 206 e ss.; Cass. N. 34/88 del 1981, in *FI Mass*, 1981

³¹⁶ M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966; M. Marazza, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, op. cit.

³¹⁷ M. Grandi, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, I, Milano, 1972, 222.

³¹⁸ F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982; S. Hernandez, *Le posizioni non contrattuali del rapporto di lavoro*, Padova, 1968

³¹⁹ M. Persiani, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in *Contratto e lavoro subordinato*, Padova, 2000, 112

³²⁰ L'interesse, infatti, non solo può coincidere con un interesse di tipo economico finanziario (Pret. Torino, 18 ottobre 1993, in *GP*, 1994, 338) ma è sufficiente che sia inerente all'attività ed ai fini istituzionali dell'ente distaccante per Cass 23 aprile 1981, n. 2443, in *FIM*, 1981; Cass 18 aprile 1983, n.2655, in *FIM*, 1983 per la quale il distacco è illegittimo qualora le modalità di assunzione e di svolgimento del rapporto denotino la sostanziale estraneità del lavoratore alla struttura organica e funzionale dell'ente distaccante.

“ E’ infatti sufficiente a legittimare la fattispecie anche il solo interesse del distaccante al buon funzionamento dell’organizzazione del distaccatario o, comunque, a sovrintendere l’attività”³²¹.

L’interesse del distaccante si identifica con un interesse produttivo riconducibile all’organizzazione del datore di lavoro ed ai suoi fini.

Con il D.Lgs, n. 276 dl 2003 la prospettiva è radicalmente modificata.

La disciplina dei rapporti di lavoro è stata modificata e dalla abrogazione della legge n. 1369 del 1960, e dall’introduzione della nuova disciplina della somministrazione di manodopera e del distacco.³²²

Ad esempio il contratto di somministrazione in nulla differisce da un comune contratto di lavoro subordinato e, dunque, anche dai contratti di lavoro che il somministratore stipula con il personale che non intende dedicare alla somministrazione .

Sul piano teorico generale possiamo notare che l’effetto della dissociazione prodotto dall’assegnazione del lavoratore ad un utilizzatore non postula una speciale pattuizione ma assume i connotati di una normale vicenda del rapporto di lavoro.

L’assegnazione non solo è un effetto naturale di un contratto di lavoro che il legislatore ha inteso ricondurre al modello dell’art. 2094 c.c. , ma può essere qualificato come esercizio di un potere unilaterale privo di effetti costitutivi che presuppone la preesistenza di una posizione giuridica passiva: l’obbligazione di lavoro subordinato.

Secondo parte della dottrina³²³, il contratto di somministrazione non è un contratto speciale e ciò rileva non solo ai fini della corretta individuazione degli elementi qualificanti il tipo legale ex art. 2094 c.c. ma anche ai fini della interpretazione della nuova disciplina della somministrazione.

³²¹ M. Marazza, *L’interesse tipico del creditore di lavoro subordinato e le due ipotesi di dissociazione tra titolarità del contratto ed esercizio dei poteri di organizzazione del lavoro*, in *ADL*, 2004, 108. Vedi Cass. 16 febbraio 2000, n. 1733, in *Arch.civ.*2000, 564; Cass 13 giugno 1995, n. 6657, in *FIM*, 1995; Pret. Torino, 8 giugno 1998, in *G.Piem.*, 1999, 114, per la quale, nell’ipotesi di imprese collegate, l’interesse del distaccante può coincidere anche con un interesse economico finanziario e, comunque, non va inteso in modo restrittivo.

³²² O. Mazzotta, *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e degli incerti confini della liceità nei rapporti interpositori*, in *RIDL*, 2003, 265 e ss.

³²³ M. Marazza, op. cit,p. 112

Da tale assunto discende che durante i periodi di non utilizzo il prestatore può essere utilizzato anche direttamente dal somministratore e, dall'altro, che anche i dipendenti assunti dal somministratore per operare direttamente all'interno della sua organizzazione possono essere assegnati ad un utilizzatore.

In caso di costituzione di un rapporto di lavoro tra prestatore ed utilizzatore quel rapporto doveva essere costituito tenendo in considerazione tutti gli elementi del contratto stipulato dal somministratore, ivi inclusa l'eventuale clausola del termine ove questa sia giustificata da un'esigenza tecnica organizzativa e produttiva imputabile nella sostanza anche all'organizzazione dell'utilizzatore.

Anche la disciplina del distacco (art. 30 d.lgs. n. 276 del 2003), così come modificata, contribuisce a precisare i requisiti qualificanti della fattispecie del contratto di lavoro subordinato ex art. 2094 c.c.

Il distacco continua ad essere legittimo in presenza di un interesse del distaccante un interesse interno al contratto di lavoro, ovvero già rilevante al momento della sua stipulazione.

Il distacco deve essere considerato come effetto dell'esercizio di un potere specificativo del datore di lavoro.

In tal guisa se l'interesse tipico è qualificato anche per mezzo dell'interesse alla produzione del datore di lavoro ne deriva che la dissociazione tra titolarità del contratto ed utilizzazione della prestazione di lavoro a favore di un terzo risulti funzionale al fine che il datore di lavoro persegue con la sua attività, sia essa imprenditoriale o no.

Oggi la dottrina afferma che il modello di cui all'art. 2094 c.c. consente la dissociazione tra titolarità del contratto e l'esercizio delle prerogative datoriali.

Occorre verificare quali sono gli strumenti che consentono la realizzazione della dissociazione.

Il fenomeno della dissociazione può essere spiegato in termini di trasferimento a terzi del credito di lavoro che in termini di sostituzione di un terzo nell'esercizio dei poteri giuridici del datore di lavoro.

Nella prima ipotesi si ha una effettiva dissociazione tra colui che è parte del contratto e colui che è creditore della prestazione, nella seconda, invece, si assiste ad un

semplice trasferimento ad altri di alcune posizioni giuridiche attive che il contratto di lavoro attribuisce al datore di lavoro.

Ad esempio ci si chiede se la cessione del contratto possa configurare una ipotesi di dissociazione.

La risposta è no, infatti, la titolarità del contratto e delle posizioni giuridiche attive rimangono in capo ad un unico soggetto, viene a configurarsi, viceversa una mera novazione soggettiva di una delle parti del contratto di lavoro che richiede il consenso anche del lavoratore ceduto (art. 1406 c.c.).

Lo stesso vale per la cessione del credito, in quanto non si può ipotizzare con riferimento al credito di lavoro subordinato essendo ritenuta inammissibile per le obbligazioni che hanno ad oggetto un *facere*.³²⁴

Una ipotesi di trasferimento ad un terzo del credito di lavoro subordinato potrebbe invece essere realizzata mediante un contratto a favore di terzi (art. 1411 e s c.c.).

In questo caso pur non avendo stipulato il contratto e non essendo parte in senso formale e sostanziale, il terzo con la sua dichiarazione di voler profittare dell'accordo (art. 1411, secondo comma) diventerebbe creditore della prestazione di lavoro, potendo dunque esercitare nel proprio esclusivo interesse tutti i poteri che derivano dal contratto, come il potere direttivo e disciplinare.

Inoltre, in quanto creditore, il terzo potrebbe anche valutare l'interesse alla prosecuzione del rapporto, richiedendo l'adempimento o agendo per la sua risoluzione.³²⁵

L'interesse dello stipulante non dovrebbe necessariamente consistere in un interesse produttivo, ben potendo coincidere anche con un interesse solo morale.³²⁶

Un limite al contratto a favore del terzo potrebbe essere quello che prevede la non trasferibilità di posizioni giuridiche passive ma solo oneri,³²⁷ e tali non possono

³²⁴ O. Mazzotta, *Rapporto di lavoro, società collegate e statuto dei lavoratori*, in *RTDC*, 1973, 760 e ss; ID. *Rapporti interpositori ecc*, op. cit., p. 104; M. Grandi, *Modificazioni aziendali nel rapporto di lavoro*, in *EGT*, 1990, XX, 5; V. Panuccio, *Cessione dei crediti*, in *ED*, 1960, 860. Ammette la cedibilità del credito di lavoro; P. Magno, *La vicende modificative del rapporto di lavoro subordinato*, Padova, 143 ess.

³²⁵ L.V. Moscarini, *Il contratto a favore di terzi*, Milano, 1997

³²⁶ F. Messineo, *Contratto nei rapporti col terzo*, in *ED*, Milano, 1962, 200 e ss.

³²⁷ L.V. Moscarini, op. ult. Cit, 116.

essere considerate le prestazioni di sicurezza dovute dal datore di lavoro ai sensi dell'art. 2087 c.c. e delle leggi speciali.

Inoltre il contratto a favore di terzi non può spiegare la struttura giuridica della somministrazione e del distacco per ragioni sia formali che sostanziali.

Quanto alle ragioni formali è sufficiente rilevare che la somministrazione non è un contratto a favore di terzi perchè con il contratto di somministrazione il terzo assume l'obbligo di rimborsare i costi del lavoro che sostiene il somministratore ed è solidamente responsabile per i crediti che il lavoratore matura nei confronti del somministratore.

L'utilizzatore risulta gravato di vari e propri obblighi che sono incompatibili, come noto, con la posizione del terzo in cui favore è stato stipulato il contratto.

Il distacco, invece, non è contratto a favore di terzo in quanto può avvenire senza consenso del lavoratore e, cioè, senza che il terzo sia determinato o determinabile.³²⁸

Diverso dal contratto a favore di terzo è la sostituzione nell'attività giuridica altrui e, cioè, l'ipotesi per la quale il titolare del contratto di lavoro e del relativo credito delega ad altri solo alcune posizioni giuridiche attive che da quel contratto scaturiscono.³²⁹

Ne deriva che per effetto della volontà delle parti il terzo si sostituisce nell'attività giuridica del datore di lavoro per la sua esplicita autorizzazione senza diventare creditore del lavoratore.

Il datore di lavoro delegante rimane il creditore della prestazione di lavoro pure trasferendo ad altri l'esercizio del potere direttivo e, quindi, l'utilizzabilità della prestazione di lavoro.

Presupposto essenziale è che il datore di lavoro sia titolare delle posizioni giuridiche che intende trasferire e che esiste un suo interesse qualificato alla loro delega.

Quell'interesse deve essere interno al contratto, solo in questo modo, infatti, può spiegarsi l'irrilevanza del consenso del lavoratore e la coincidenza tra la titolarità del contratto e del credito di lavoro.

³²⁸ Cass. 28 aprile 1989, n. 1993, in *NGL*, 1989, 38; F. Messineo, op. ult.cit., p. 2000. Esclude espressamente che il distacco configura una ipotesi di contratto a favore di terzo, Cass. 26 maggio 1993, n. 5907, in *FIM*, 1993

³²⁹ F. Santoro Passarelli, *Dottrina generale dl diritto civile*, Napoli, 1962, 265 s; E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994, 541 e ss; U. Natoli, *Rappresentanza (dir. priv.)*, in *ED*, Milano, 1987, 472 e ss.

“La delega delle posizioni giuridiche attive ...deve costituire un mezzo di soddisfazione dell’interesse tipico che il creditore attende dalla prestazione di lavoro subordinato, e cioè, dell’interesse al coordinamento della prestazione in funzione del risultato finale che egli persegue con la sua attività, sia essa imprenditoriale o no”³³⁰.

In tal guisa è irrilevante sapere se esiste un interesse rilevante del terzo ad utilizzare le posizioni giuridiche attive a lui delegate dal datore di lavoro.

La delega di posizioni giuridiche attive avviene normalmente a favore di altri dipendenti del datore di lavoro, ma non anche nel loro interesse, onde consentire l’articolazione gerarchica dell’organizzazione del lavoro e, quindi, il suo funzionamento.³³¹

La delega a favore di terzi estranei all’organizzazione del datore di lavoro è interamente disciplinata dalla legge.

Somministrazione e distacco costituiscono entrambe le ipotesi di sostituzione di un terzo nell’attività giuridica del creditore della prestazione di lavoro subordinato e, cioè, del titolare formale e sostanziale del contratto.

In entrambi i casi colui che si sostituisce al datore di lavoro agisce anche per un proprio interesse.

Ciò lo vediamo nella somministrazione, infatti, ai sensi dell’art. 20 , 2° comma , del d.lgs, n. 276 del 2003, per tutta la durata della somministrazione i lavoratori svolgono la propria attività nell’interesse dell’utilizzatore.

Nel distacco non può essere sottaciuto un interesse del distaccatario, desunto dalla elaborazione giurisprudenziale, la quale ne ha richiesto un confronto comparativo con quello del distaccatario³³².

Diversa, viceversa, è la fattispecie dell’appalto, ove titolarità del contratto , del credito e delle conseguenti posizioni giuridiche attive rimane ad un unico soggetto: il datore di lavoro appaltatore.

L’appalto si distingue da ogni ipotesi di dissociazione tra titolarità del contratto ed utilizzatore della prestazione proprio in quanto l’appaltatore esercita con proprio rischio il potere organizzativo e direttivo nei confronti dei suoi dipendenti.

³³⁰ M. Marazza, op. cit., 117

³³¹ P. Sandulli, *La prestazione di lavoro subordinato e attività di rappresentanza*, Milano, 1969, 53 e ss

³³² Cass. 2 novembre 1999, n. 1224, in *NGL*, 2000, 39

Dall'esercizio di quel potere deve dipendere la realizzazione e la qualità dell'opera o del servizio convenuto nel contratto di appalto.

5. Il distacco dei lavoratori: la nuova disciplina e i nuovi orientamenti giurisprudenziali

In ambito privato il distacco è stato per molto tempo privo di definizione e disciplina, le caratteristiche dell'istituto venivano tratte da alcune fattispecie limitate dalla prassi sociale³³³ e dall'intervento giurisprudenziale.

La mancanza di una disciplina specifica in materia pose problemi riguardo alla ipotesi di dissociazione tra titolarità del rapporto e la gestione materiale della prestazione lavorativa.

Infatti il dipendente del distaccante, assegnato presso un diverso soggetto ed integrato nell'organizzazione aziendale per svolgere una prestazione lavorativa risulta sottoposto al potere direttivo ed, organizzativo del distaccatario senza che questo ne diventi sostanzialmente il datore³³⁴.

Fu la giurisprudenza ad elaborare le caratteristiche del distacco per distinguere fenomeni leciti da quelli interpositori vietati.

Secondo i giudici, infatti, con il distacco non sorge un nuovo rapporto di lavoro, ma solo una variazione delle modalità di esecuzione della prestazione,³³⁵ ovvero un cambiamento nell'esercizio del potere direttivo senza che ciò influisca sull'assetto contrattuale.³³⁶

³³³ Ci si riferisce alla possibilità per gli accordi sindacali di riduzione del personale, ex art. 4 legge n. 223 del 1991, di autorizzare il comando temporaneo di uno o più lavoratori dell'impresa in crisi verso l'altra (art. 8 dlgs n. 148 del 1993, convertito in legge n. 236 del 1993) ed il distacco di lavoratori di imprese estere nell'ambito di servizi transnazionali di cui al dlgs n. 72 del 2000: sul punto si rinvia a I. Corso, *Il distacco del lavoratore*, in C. Cester (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato, costituzione e svolgimento*, in F. Carinci, (diretto da), *Commentario di diritto del lavoro*, Torino, 2007, 1587-1588 e 1591-1593. Cfr. sul punto M.T. Carinci, *Art. 2127, La fornitura di lavoro altrui*, Milano, 2000, 179; P. Chieco, *Poteri dell'imprenditore e decentramento produttivo*, Torino, 1996, 375-376; S. Magrini, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Milano, 1980, 55. M. Brollo, *La mobilità interna del lavoratore? Mutamento di mansioni e trasferimento*, Milano, 1997, 472; A. Pizzoferrato, *Prestito di lavoro, interesse del datore "distaccante" e consenso del lavoratore* (nota a Cass. 23 aprile 1992, n. 4851), in *RIDL*, 1993, II, 445 e ss. Sulla prassi del licenziamento con contestuale assunzione presso il distaccatario, nella specie per garantire la mobilità infragruppo vedi G. De Simone, *Titolarità dei rapporti e regole di trasparenza*, Milano, 1995, 327-329.

³³⁴ In dottrina M. T. Carinci, *Art. 2127..op.cit.*, 175 e ss; M.T. Carinci, *Sulla distinzione tra distacco lecito ed interposizione : ha rilievo la natura dell'interesse del distaccante*, in *RIDL*, 2001, 408-409

³³⁵ Cass. 10 agosto 1999, n. 8567, in *DPL*, 2000, 264; Cass. 2 gennaio 1995, n.5, in *GI*, 1995, I, 1, 1466.

³³⁶ Cass. 21 febbraio, n. 4003, in *GCM*, 2007, fasc. 2

Assunte in buona sostanza le vesti di uno strumento organizzativo a disposizione del datore di lavoro, il primo indicatore fu rintracciato nella causa, intesa come lo specifico interesse a giustificazione dell'assenza di alcuni poteri e la persistenza di alcuni obblighi in capo al distaccante.³³⁷

La giurisprudenza delineò le caratteristiche e le individuò nell'interesse del distaccante e nella temporanea del distacco³³⁸.

La assenza di tali requisiti avrebbe ipotizzato una possibile interposizione illecita.³³⁹

In dottrina, invece, c'è chi ha ipotizzato l'esistenza fra il lavoratore distaccato ed il terzo una ulteriore relazione obbligatoria quale conseguenza dell'adempimento dell'obbligazione principale, "con contenuto più ridotto ed in funzione strumentale rispetto all'obbligazione originaria"³⁴⁰, altri hanno riportato il distacco nel generale contratto a favore di terzo di cui all'art. 1411 c.c., perché il lavoratore si obbliga nei confronti del proprio datore di lavoro a svolgere una prestazione a favore di un terzo estraneo al contratto di lavoro³⁴¹.

Altri autori³⁴² hanno parlato di modifiche soggettive nel rapporto obbligatorio ovvero di differenti modalità di attuazione della prestazione di lavoro.

³³⁷ Cass 8 settembre 2005, n. 17842, in OGL, 2005, 848; Trib. Trento 18 febbraio 2005, in GC, 2006, 12, 2955; Cass 18 agosto 2004, n. 16165, in GCM, 2004; Cass. 17 giugno 2004, n. 16165, in GCM, 2004; Cass. 7 novembre 2000, n. 14458, in OGL, 2000, I, 968; Cass 7 giugno, n. 7743, in NGL, 2000, 769; Cass. 2 novembre 1999, n. 12224, in NGL, 2000, 39; Cass 10 giugno 1999, n. 5721, in RIDL, 2000, II, 36; Cass 26 maggio 1993, n. 5907, in GCM, 1993, 928; Cass 15 giugno 1992, n. 7328, in DL, 1993, II, 443; Cass. Sez. Unite 13 aprile 1989, n. 1751, in DPL, 1989, 1468, con nota di E. D'Avossa, Il distacco a tempo indeterminato; Cass 8 febbraio 1988, n. 1325, in NGL, 1988, 628; Cass. 23 luglio 1986, n. 4720, in Inf. Prev. 1987, 298.

³³⁸ Cass. 2 settembre 2004, n. 17748, in DPL 2008, n. 24, 1428

³³⁹ Cass. 7 novembre 2000, n. 14458; Cass 7 giugno 2000, n. 7743; Cass 2 novembre 1999, n. 12224; Cass. 10 giugno 1999, n. 5721; Cass 26 maggio 1993, n. 5967; Cass. 15 giugno 1992, n. 7328; Cass Sez. Un. 13 aprile 1989, n. 1752; Cass 8 febbraio 1988, n. 1325, Cass. 23 luglio 1986, n. 4720

³⁴⁰ S. Magrini, op. cit., 64

³⁴¹ M. Esposito, *Distacco e prestazioni di lavoro a favore del terzo*, in *GDLR*, 1996, 137. Critiche da M. Marazza, *L'interesse tipico del creditore di lavoro subordinato e le due ipotesi di dissociazione tra la titolarità del contratto ed esercizio dei poteri di organizzazione del lavoro*, in *ADL*, 2004, 116

³⁴² M. Grandi, *La modificazione del rapporto di lavoro*, Milano, 1972, 213 e ss

Il distacco è stato definitivamente regolamentato dall'art. 30 d.lgs. n. 276 del 2003³⁴³.

In sede di stesura del decreto delegato, il legislatore ha fatto proprie le pregresse esperienze giurisdizionali³⁴⁴ considerandole in una definizione che nulla aggiunge al panorama già esistente, se non in termini di chiarezza normativa ex art. 30 del dlgs, n. 276 del 2003 il datore di lavoro per soddisfare un proprio interesse pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di un altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa, rimanendo responsabile del trattamento economico e normativo a favore del lavoratore.

Quindi in presenza di un unico rapporto di lavoro che prosegue con il datore distaccante in ragione di un suo interesse specifico a mettere il proprio lavoratore a disposizione di un altro soggetto non si ha l'estinzione dell'originario rapporto di lavoro, cui segue un nuovo rapporto con il terzo, ne può rintracciarsi una coesistenza di due rapporti di lavoro.³⁴⁵

Il lavoratore, nel distacco, si troverà inserito, anche gerarchicamente, nell'ambito della struttura dell'impresa di destinazione da cui dipendere per quanto attiene alle direttive operative.

In linea di continuità rispetto al passato, ed in ragione del carattere non definitivo del distacco stesso, anche ex art. 30 dlgs n. 276 del 2003 esso non è subordinato al consenso del lavoratore, che viene richiesto espressamente solo nel caso

³⁴³ R. Del Punta, *Articolo 1, comma 2, lett. M)no. Appalto, divieto di interposizione, comando*, in M.T. Carinci (a cura di), *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, Milano, 2003, 74

³⁴⁴ G. Falasco, *Distacco del lavoratore*, in M. Magnani, PA Varesi (a cura di), *Organizzazione del lavoro e tipologie contrattuali*, Torino, 2005, 341

³⁴⁵ Cfr. Cass 7 novembre 2000, n. 144458, cit. Escludendo la necessità che entrambi i soggetti siano imprenditori C. Zoli, *Art. 30 distacco*, in M. Pedrazzoli (coordinato da) *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, 2004, 340-341; MP Monaco, *Il distacco del lavoratore*, in MT Carinci, C. Cester (a cura di), *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, in F. Carinci (coordinato da) , *Commentario al D. Lgs n. 10 settembre 2003, n. 276*, Milano, 2004, 212; P. Chieco, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in *WPCSDLE. "Massimo D'Antona"*, 2004, n. 10, 27; S. Magrini, op. cit., 58, Che insiste sulla ricostruzione del distacco come esercizio del potere datoriale quale uno dei modi "di realizzazione dell'interesse contrattuale del datore di lavoro a disporre organizzativamente del comportamento del lavoratore", rimarcando altresì come nell'intermediazione di manodopera il solo interesse soddisfatto sia quello al corrispettivo. Così anche App. Bari 25 luglio 2007, *Massima redazionale Utet*, 2007

in cui vi sia anche un mutamento di mansioni riportandosi così nella ricostruzione data in termini di legittimo esercizio del potere direttivo ed organizzativo del datore.³⁴⁶

L'abrogazione della legge n. 1369 del 1960 ai sensi dell'art. 85 comma 1 lett. C) non ha inciso in modo rilevante sulle conseguenze legate all'illegittima utilizzazione del distacco. Ogni deviazione dalla fattispecie tipica sfocia nell'irregolare somministrazione di manodopera perché priva dei presupposti formali e sostanziali, ex art. 27 dlgs n. 276 del 2003, con la conseguente applicazione delle relative sanzioni.

Affinché, quindi, il distacco non eluda la normativa in materia di interposizione di manodopera (o il vigente regime autorizzatorio della somministrazione) occorre che risponda ad un concreto interesse del datore di lavoro distaccante.³⁴⁷

L'obbligazione del lavoratore viene così temporaneamente adempiuta non in favore della controparte contrattuale, ma in favore del soggetto presso il quale il datore medesimo ha disposto il distacco.

E proprio il suo specifico interesse che consente di qualificare il distacco quale atto organizzativo dell'impresa che lo dispone così determinando una mera modifica delle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa ed il conseguente carattere non definitivo del distacco stesso.

Il medesimo interesse è quello che garantisce la continuità del vincolo sinallagmatico tra le prestazioni oggetto del contratto preservandone la causa e l'unicità del rapporto.³⁴⁸

La giurisprudenza di legittimità ne aveva a suo tempo individuato i caratteri, che possono valere ancora oggi: specificità, rilevanza, certezza e persistenza per tutta la durata, oggetto di accurate indagini circa la sua esistenza o meno³⁴⁹.

A tali requisiti si è aggiunta la necessità di valutarne l'interesse con riferimento al concreto espletamento della attività lavorativa resa dal lavoratore distaccato.

³⁴⁶ Nella necessità del consenso S. Magrini, op. cit., 90 e ss.

³⁴⁷ Cfr. P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, VI, Milano, 2003, 498

³⁴⁸ Cass 7 giugno 2000, n. 7743, in *MGI*, 2000. Cfr anche Cass 3 agosto 2001, n. 10771, in *MGI*, 2001; Cass 4 giugno 1992, n. 6805, in *IP* 1992, 1142; Cass 2 ottobre 1991, n. 6911, in *MGI*, 1991

³⁴⁹ Cass 20 gennaio 2005, n. 1124, in *Guida Dir.*, 2005, 7 50; Cass 18 agosto 2004, n. 16165, in *GCM*, 2004, fasc. 7-8; Cass 17 giugno 2004, n. 11363, in *GCM*, 2004, 6.

Sono stati esclusi lo scopo di abbattimento del costo del lavoro ovvero i meri fenomeni di profitto, che se ravvisabili configurerebbero una interposizione fuori dalle forme autorizzate e la più generale illiceità.³⁵⁰

L'interesse è dunque produttivo, pur ammettendo che debba avere per forza natura economica.

Esso può allora avere carattere solidaristico tipico della cooperativa o delle organizzazioni associative *no profit*.³⁵¹

Sulla distinzione tra distacco lecito e interposizione ha rilievo la natura dell'interesse del distaccante ovvero consistere nella mera volontà di mantenere o accrescere la formazione e la professionalità del lavoratore distaccato.³⁵²

È pacifico che tale dissociazione sia consentita solo a condizione che perduri, sul piano funzionale la causa del contratto di lavoro in essere con il distaccante.³⁵³

La continuità è tuttavia caratteristica dell'interesse e non necessariamente deve investire le modalità di esecuzione, sulla base di questa considerazione l'orientamento maggioritario ha ammesso il distacco a tempo parziale di lavoratori.³⁵⁴

La formulazione dell'art. 30 dlgs n. 276 del 2003 riprende chiaramente la ricostruzione giurisprudenziale ed il requisito dell'interesse dell'intera operazione, in tutte le sue componenti.

Se ne è ammessa tuttavia una interpretazione larga, tale che il distacco risulta legittimato con qualsiasi interesse produttivo del distaccante che non coincida con quello della mera somministrazione, ossia l'interesse al corrispettivo³⁵⁵.

³⁵⁰ L. Angiello, *Il distacco del lavoratore*, in L. Galantino (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro. Commentario al dlgs 10 settembre 2003, n. 276*, Torino, 2004, 340

³⁵¹ Cass 17 gennaio 2001, n. 594, in *RIDL*, 2001, 347, con nota di M.T. Carinci

³⁵² Cass 26 aprile 2006, n. 9557, in *MGI*, 2006; Cass 18 agosto 2004, n. 16165, in *DPL*, 2008, 24, 1428, confermato dall'Interpello Min. Lav. 11 luglio 2005, prot. n. 1006.

³⁵³ Trib. Salerno 26 settembre 2001, in *LG*, 2002, 1210

³⁵⁴ Cass 21 maggio 1998, n. 5102, in *OGI*, 1999, 584; Cass 17 marzo 1999, n. 2880, in *OGI*, 1998, 588.

³⁵⁵ così la Circ. Min. Lav. 15 gennaio 2004, n.3. Contra, in passato, ad ogni interpretazione ampia, Trib. Venezia 20 novembre 1995, in *IP* 1995, 1601 secondo cui non sarebbe corretto legittimare un comportamento, che si risolve, in fatto, in una manifesta violazione della normativa che nota l'intermediazione di manodopera, ravvisando presupposti in un qualsivoglia interesse fattuale al distacco, nella specie volontà di gettare le basi di una futura attività e di crearsi una clientela.

Si può convenire con quella parte della dottrina³⁵⁶ secondo cui l'interesse deve essere coerente con la natura e la funzione della fattispecie, verificata caso per caso. Sembra ritornare l'interpretazione data da parte della giurisprudenza in base alla quale l'interesse deve essere valutato in relazione non allo scopo sociale astrattamente considerato, bensì al concreto espletamento dell'attività della stessa potendo venire escluso solo in caso di evidente ed insanabile contrasto con le finalità proprie dell'oggetto sociale o con le ragioni che abbiano indotto il datore di lavoro ad assumere il dipendente³⁵⁷.

La valutazione dell'interesse al distacco si fa più delicata nei collegamenti societari in ragione dei connotati propri che esso assume, o deve coincidere con “una reale esigenza di imprenditorialità, volta a razionalizzare, equilibrando, le forme di sviluppo per tutte le aziende che fanno parte del gruppo”³⁵⁸.

In dottrina³⁵⁹ si è sottolineato come l'esistenza di un gruppo di società si ponga quale mero presupposto fatto al fine di verificare la sussistenza del concreto interesse di coordinamento o di controllo del distaccante, restando questo il solo elemento qualificante della fattispecie e non il collegamento azionario-patrimoniale.

In ordine ai collegamenti tra società, la giurisprudenza si è mostrata oscillante tra il riconoscimento del distacco ovvero della sospensione del rapporto originario, con tanti rapporti quanti sono i soggetti esercitanti i poteri del datore ex art. 2094 c.c.

L'interesse, a sua volta, acquista una duplice valenza esso è ravvisabile in capo alla società madre o di controllo, nel garantire una uniformità di indirizzo e di gestione, e comunque in capo al gruppo di imprese, quale strumento per l'attuazione della strategia del gruppo di imprese.³⁶⁰

A nulla valgono i vincoli e la comunanza di interessi di gruppo per imputare ad una sola di essa i rapporti di lavoro dei rispettivi dipendenti, trattandosi di soggetti giuridici diversi, titolari ciascuno di proprie e distinte situazioni giuridiche.³⁶¹

³⁵⁶ M. Esposito, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Napoli, 2002, 150

³⁵⁷ Cass 13 giugno 1995, n. 6657, in *MGI*, 1995

³⁵⁸ A. Pizzoferrato, op.cit, 435.

³⁵⁹ G. De Simone, op. cit., 297; P. Ichino, cit., 501

³⁶⁰ Trib. Torino 4 ottobre 2004, in *GP*, 2005, 154

³⁶¹ Cass 5 settembre 2006, n. 19036, in *GD*, 2006, 44, 45; Trib. Milano 18 aprile 1989, in *NGL*, 1989, 386; Pret. Lodi 18 febbraio 1987, in *Foro Padovano*, 1987, I, 562

Pur riconoscendo il gruppo o il collegamento di società come un fenomeno solo economico, senza potersi parlare di autonoma personalità giuridico la quale permane in capo alle singole società, componenti³⁶², tuttavia l'attività lavorativa prestata a favore di più società del gruppo viene riportata nel distacco laddove la prestazione continui comunque a costituire esecuzione ed adempimento del rapporto di lavoro intercorrente con la società di provenienza.³⁶³

Al requisito dell'interesse del distaccante si aggiunge quello della temporaneità del distacco che è stato recepito dall'art. 30 dlgs, n. 276 del 2003. secondo la giurisprudenza la temporaneità è un corollario dell'interesse essendo funzionale alla sua misurazione.³⁶⁴

Affinché il distacco sia legittimo occorre che sia temporaneo, senza che ciò comporti necessariamente una sua predeterminazione iniziale³⁶⁵ una durata limitata nel tempo in relazione al rapporto di lavoro, potendo ben coincidere con la sua intera durata ed essere il distacco contestuale all'assunzione.

Temporaneità non è sinonimo di brevità, ma corrisponde alla non definitività del distacco³⁶⁶ ovvero ancora di eccezionalità e sporadicità della prassi così da escludere ogni situazione ricorrente.

È l'interesse del distaccante a dover essere temporaneo allora come si è detto non deve essere necessariamente predeterminato il periodo in cui il lavoratore resterà presso un terzo, ma è fondamentale che per tutto quel periodo il distaccante, mantenga interesse a che il periodo dipendente presti la sua opera a favore di un altro.³⁶⁷

³⁶² Cass 16 febbraio 2000, n. 1733, in *GCM*, 2000, 355; Cass 10 novembre 1999, n. 12492, in *GCM*, 1999, 2220; Cass 29 novembre 1996, n. 10688, in *GCM*, 1996, 1640; Cass 2 dicembre 1985, n. 6023, in *GCM*, 1985, 1824

³⁶³ Trib. Milano, 27 settembre 1999, in *Giur. Milanese*, 2000, 119

³⁶⁴ Cass. 8 febbraio 1985, n. 1013, in *MGL*, 1985, 153

³⁶⁵ F. Scarpelli, *Art. 30, Distacco*, in E. Gagnoli, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro ed i nuovi modelli contrattuali*, Padova, 2004, 443-444

³⁶⁶ Cass. 17 marzo 1998, n. 2880, *RGLN*, 1998, 13; Cass 12 agosto 1992, n. 9517, in *NGL*, 1993, 42 e ss. Pret. Milano 29 luglio 1997, in *LG*, 1998, 241

³⁶⁷ trib. Genova 5 dicembre 2006, in *DPL*, 2008, n. 24, 1428; Cass 17 marzo 1998, n. 2880, in *OGL*, 1998, 588; Pret. Parma 21 marzo 1994, in *LG* 1994, 700; Cass 19 marzo 1991, n. 2893, in *DPL*, 1991, 1561; Pret. Cosenza 13 giugno 1991, in *NGL*, 1991, 450; Cass 13 aprile 1987, n. 3684, in *GCM*, 1987, 1057; Cass 12 novembre 1984, n. 5708, in *GCM*, 1984, fasc. 11.

La temporaneità non è di per sé sola fondamentale a legittimare il distacco, essendo un fattore strettamente legato all'interesse organizzativo del distaccante.

Nella fase iniziale del distacco il datore esercita uno dei poteri di organizzazione che gli sono propri, cui corrisponde il dovere di obbedienza del lavoratore ex art. 2104 c.c.; per il periodo successivo spettano invece al distaccatario il potere organizzativo e quello direttivo, nella misura in cui essi sono funzionali all'utilizzo della prestazione.

Persistono così con il distaccante i vincoli obbligatori ulteriori rispetto alla normale organizzazione del lavoro, in particolare ogni decisione che modifichi l'assetto contrattuale ed il potere di licenziare, ove ne sussistano i presupposti³⁶⁸, ovvero il potere di richiamare il lavoratore in qualsiasi momento.

Questo sdoppiamento di poteri è determinato dalla considerazione stessa del distacco quale manifestazione del potere unilaterale del datore di lavoro di decidere della mobilità di adempimento da parte del lavoratore.³⁶⁹

Dato il permanere del rapporto con il distaccante, durante la temporanea assunzione presso un terzo, continua altresì a decorrere l'anzianità di servizio in relazione alla struttura di provenienza, senza differenze tra le varie fasi dell'unico rapporto, che è destinato a costruirsi nella sua normalità a seguito dell'eventuale richiamo del datore di lavoro.³⁷⁰

Rimangono in capo al distaccante le obbligazioni retributive sorte nei confronti del lavoratore, come espressamente previsto ora dall'art. 30 comma 2 dlgs n. 276 del 2003 che fa riferimento al trattamento economico e normativo.

Sull'ammissibilità del rimborso, totale o parziale, della retribuzione da parte del distaccatario, senza che ciò possa incidere sulla fattispecie, si sono registrate oscillazioni in passato.

³⁶⁸ Cass 22 marzo 2007, n. 7049, in *GCM*, 2007, 3; Cass 25 febbraio 2000, n. 2151, in *MGI*, 2000; Cass 1 ottobre 1998, n. 9768, in *GC*, 1999, I, 1755; Cass 21 maggio 1998, n. 5102, in *OGL*, 1998, I, 584

³⁶⁹ C. Bizzarro, M. Tiraboschi, op.cit, 366 e 373; M. Marazza, op. cit., 2004, 113; C. Zoli, op. cit., 342; I. Corso, op. cit., 1578. In giurisprudenza, Cass 17 giugno 2004, n. 11363, in *LG*, 2004, 1297; Trib. Salerno 26 settembre 2001, in *LG*, 2002, 1210

³⁷⁰ Pret. Torino 26 aprile 1996, in *Giur. Piem.*, 1997, 223

Si è ritenuto che di per sé l'accollo della retribuzione non fosse indice dell'illiceità dell'operazione, ove sia rintracciabile in ogni caso un interesse del distaccante ad organizzare in tal modo la prestazione del proprio dipendente.³⁷¹

Accanto alle obbligazioni del distaccante nei confronti del lavoratore, sono altresì ammessi autonome e distinte obbligazioni che fanno capo al solo distaccatario.

Si tratta in questi casi, e salvi diversi accordi tra le parti, di obblighi derivanti da diverse condizioni stipulate direttamente con il lavoratore in un ulteriore rapporto collegato all'originario, secondo la giurisprudenza, che trae occasione dalle vicende relative al distacco.³⁷²

Sono in capo al distaccante gli obblighi contributivi quale titolare del rapporto, lo stesso dicasi per l'assegno familiare, il pagamento del premio assicurativo. Un discorso a parte sono gli obblighi di sicurezza.

Se da una parte, si è riconosciuto che residui in capo al distaccante l'obbligo di garantire la persona del lavoratore ex art. 2087 c.c. tuttavia potrebbe ammettersi una concorrente responsabilità del terzo beneficiario nei casi di infortunio ex art. 2043 c.c.

Il distaccante è responsabile dei danni al lavoratore per il solo fatto di averlo assegnato ad un altro soggetto.

Il distaccatario è comunque tenuto a garantire la sicurezza a prescindere dal titolo in base al quale utilizzi e regoli le prestazioni lavorative.

La disposizione, facendo richiamo alla gestione concreta dell'impresa ed alle misure necessaria secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, "individua chiaramente l'obbligo nel datore di lavoro effettivo e reale, vale a dire nel soggetto che dispone concretamente del potere di organizzazione dei fattori della produzione e dei modelli in cui viene prestato il lavoro e che, per la sua contiguità al continuo divenire della tecniche produttive è in grado di dare un contenuto di innovazione e di progresso alla tutela ad oggetto, anche al di là dei confini propri delle prescrizioni di fronte e di elaborazione legale"³⁷³.

La dottrina e la giurisprudenza in passato hanno avuto opinioni divergenti circa la necessità o meno del consenso del lavoratore distaccato.

³⁷¹ In dottrina, S. Magrini, op.cit., 60; P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, op. cit., 496 e 499. La circolare Min. Lav. 15 gennaio 2004, n. 3

³⁷² Cass 1 febbraio 198, n. 877, in *GCM*, 1988, fasc. 2

³⁷³ Cass. pen. Sez. IV, 11 febbraio 2004, n. 14875, in *MGL*, 2005, n. 6, 504

Secondo un orientamento³⁷⁴ ormai risalente nel tempo il rifiuto del lavoratore era legittimo qualora nella prestazione di lavoro vi fosse una qualificazione *intuitu personae*, e in ogni caso qualora si trattasse di svolgere mansioni particolarmente qualificata.

Un orientamento più recente esclude invece, in ogni caso, la necessità del consenso del lavoratore, in quanto, egli sarebbe in ogni caso tenuto ad eseguire la propria prestazione secondo le modalità indicata dal datore di lavoro, in osservanza al dovere di obbedienza disposto dall'art. 2104 c.c.³⁷⁵

Questa lettura è stata fatta propria in alcune occasioni anche dall'autonomia collettiva, che ha previsto delle clausole di ricorso al distacco legate esclusivamente alle specifiche esigenze dell'impresa a prescindere dalla necessità del consenso del lavoratore³⁷⁶.

La nuova disciplina recata dall'art. 30 richiede il consenso del dipendente solo nel caso in cui, a seguito del distacco, si determini un mutamento delle mansioni svolte in precedenza, mentre nulla dice circa la necessità del consenso in tutti i casi in cui il distacco non comporti mutamento di mansioni.

Dal silenzio del legislatore su questo punto si evince che, salva l'ipotesi anzidetta, non è necessario l'assenso preventivo del lavoratore alla sua dislocazione presso un soggetto terzo.

La formulazione originaria dell'art. 30 nulla diceva circa le circostanze derivanti dalla realizzazione del distacco senza il rispetto dei suoi requisiti sostanziali.

Tuttavia, era opinione comune che il distacco di un lavoratore effettuato in coerenza dei presupposti sostanziali previsti dalla legge ricadesse nel regime sanzionatorio di cui all'art. 27, comma 1, dlgs n. 276/2003, che disciplina le ipotesi di somministrazione irregolare.

Nel nuovo assetto normativo risultante dal decreto, infatti, tutte le ipotesi in cui si verifici la messa a disposizione di prestazioni di lavoro in favore di un terzo senza i requisiti previsti dalle rispettive discipline rifluiscono nella disciplina della

³⁷⁴ Cass 4 aprile 1981, n. 1921, in *DL*, 1982, II, 41; Cass sez.un. 15 febbraio, 1979, n. 981, in *FI*, I, c. 616

³⁷⁵ Cass 21 maggio 1998, n. 5162, in *OGL*, 1998, I, 589

³⁷⁶ G. Mieli- G. Scarelli, *Il commando o distacco del personale bancario*, in *Banca e Lavoro-Guide*, 1996, n. 2

somministrazione irregolare, che diventa la fattispecie di riferimento di tutto il nuovo sistema sanzionatorio³⁷⁷.

Così, se il distacco presenta i suoi elementi tipici (interesse, temporaneità) si distingue dalla somministrazione di manodopera, se invece è sprovvisto di tali elementi, e viene realizzato esclusivamente per soddisfare un interesse dell'utilizzatore, esso si concretizza in una forma di somministrazione di manodopera irregolare, in quanto priva dei presupposti formali e sostanziali previsti dalla legge.

Tali conclusioni sono state in seguito avallate dalla novella operata con il dlgs n. 251/2004, la quale ha aggiunto all'art. 30 un comma 4 bis, il quale da un lato dichiara la possibilità per il lavoratore di chiedere, in caso di distacco illegittimo, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore, e dall'altro esplicita l'applicabilità dell'art. 27, comma 2.

L'impianto sanzionatorio dell'art. 27, sul modello di quanto previsto dall'abrogata legge n. 1369/1960, si articola su una pluralità di misure.

Il lavoratore ha facoltà di chiedere, ex art. 414 cpc la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze del soggetto che ne ha utilizzato la prestazione con effetto dall'inizio della somministrazione; inoltre, nei casi più gravi, qualora il comportamento posto in essere integri una violazione della norma in materia di intermediazione e somministrazione di lavoro, alla sanzione civilistica si aggiunge quella penale che punisce l'esercizio non autorizzato della somministrazione, collegandovi anche una sanzione amministrativa accessoria (art. 18).

³⁷⁷ P. Chieco, *Somministrazione, comando, appalto: le nuove forme di prestazione a favore del terzo*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il D. Lgs n. 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004, cit

6. Distacco nei gruppi di imprese

Nell'odierna realtà economica sono molto frequenti gli scambi di personale tra società collegate o appartenenti al medesimo gruppo economico, al fine di ridurre i costi del personale.

La locuzione gruppi di impresa viene utilizzata anche dal dlgs n. 276/2003 per definire le società controllate e collegate che possono delegare alla società capogruppo lo svolgimento degli adempimenti connessi all'instaurazione e alla gestione amministrativa del rapporto di lavoro.

Il problema del distacco assume una particolare fisionomia nel caso sia realizzato tra imprese collegate o facenti parte dello stesso gruppo, in quanto si tratta di stabilire se l'esistenza del collegamento tra l'impresa distaccante e quella distaccataria consente di presumere a priori l'esistenza dell'interesse del datore di lavoro.³⁷⁸

Se il collegamento economico funzionale tra imprese facenti parte di un medesimo gruppo non comporta il venire meno dell'autonomia delle singole società ma, come chiarito dalla giurisprudenza costituisce un fenomeno di mero fatto³⁷⁹, ne deriva che ad esse continuano a fare capo i rapporti di lavoro del personale in servizio presso le diverse imprese; la presenza del nesso societario non basta quindi a legittimare il distacco, ma deve comunque essere accompagnata dall'esistenza di uno specifico interesse della società distaccante ed a nulla vale l'esistenza di un gruppo di società, potendo comunque realizzarsi una fattispecie illecita di somministrazione di personale.

Allo stesso modo rimane inalterata, anche in caso di distacco infragruppo, la necessità che il distacco sia temporaneo, non potendosi accogliere l'orientamento di una parte della dottrina che in passato ha osservato che in relazione al gruppo di imprese ed alla specificità dei rapporti che ad esso fanno capo sarebbe necessario ridefinire il requisito della temporaneità.³⁸⁰

Tale tesi perde infatti di valore a fronte della necessità che la durata del distacco sia connessa unicamente alla perdurante sussistenza dell'interesse, rispetto alla quale risulta irrilevante il fatto che tra distaccante e distaccatario sussista un collegamento societario.

Va rilevato che negli ultimi anni la giurisprudenza affianco all'affermazione di principio che nega rilevanza al gruppo di società e lo definisce come fenomeno di mero fatto, salvo che per i limitati effetti della disciplina del codice civile, ha qualificato in

³⁷⁸ Cass., sez lav 17 marzo 1998, n. 2880, in *De PL*, 1998, 32, 2199; Cass, sez lav 23 agosto 1996, n. 7762, contra cfr. Cass 3 giugno 2000, n. 7450.

³⁷⁹ Cass 27 aprile 1992, n. 5011, in *NGL*, 1992, 617 e Cass sez lav 10 novembre 1999, n. 12492, in *MGL*, 2000, 81

³⁸⁰ G. De Simone, Servo di due padroni, in *RIDL*, 1988, II, 403 e M. Genghini, *Il distacco o comando del lavoratore*, in *MGL*, 1992, 420

determinate circostanze il gruppo di impresa come unico centro di imputazione dei rapporti di lavoro, al fine di rendere effettiva le esigenze di tutela dei lavoratori.³⁸¹

I profili di diritto del lavoro che più frequentemente vengono in rilievo in ipotesi simili sono numerosi e ruotano tutti intorno, alla necessità di garantire il medesimo trattamento economico e contrattuale praticato ai lavoratori delle diverse società.

7. Il distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale : la direttiva n. 86/71³⁸²

La Direttiva n. 96/71 si pone l'obiettivo di definire un quadro di regole alle quali gli Stati membri devono attenersi nella definizione delle condizioni di lavoro e di occupazione dei lavoratori distaccati temporaneamente sul loro territorio da imprese

³⁸¹ Cass sez lav, 24 maggio 2003, n. 4274, in *RIDL*, 2003, II, 740; F. Galgano, *Qual è l'oggetto della società holding*, in *Contratto impresa*, 1986, 327; O. Mazzotta, *Divide et impera: diritto del lavoro e gruppi di impresa*, in *LD*, 1988, 359; G. De Simone, *La forma gruppo nel diritto del lavoro*, in *DLRI*, 1988, II, 403; P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, *Trattato Cecu- Messineo*, Giuffrè, Milano, 2000, I.

³⁸² Pallini, 2006 b, 274, Lyon- Coen 2005, 503 ss, Lo Faro 2005, 437 ss

stabilite in un altro Stato membro nelle tre ipotesi individuate nell'art. 1.3, lett. a, b, c della stessa Direttiva.

Più precisamente, le imprese destinatarie della normativa comunitaria sono quelle stabilite in uno Stato membro, le quali, “ nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, distaccano lavoratori a norma del paragrafo 3, nel territorio di uno Stato membro (art. 11).

Le tre ipotesi rilevanti ai fini della applicazione della Direttiva sono: quella della impresa che distacchi “per conto proprio e sotto la propria direzione nel territorio di uno stato membro, nell'ambito di un contratto concluso tra l'impresa che lo invia e il destinatario della prestazione di servizi che opera in tale Stato membro, purchè durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia (art. 1.3 lettera a); quella dell'impresa che distacchi “ un lavoratore nel territorio di uno Stato membro, in uno stabilimento o in un'impresa appartenente al gruppo, purchè durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia (lett b); quella, infine, dell'impresa di lavoro temporaneo o che svolga attività di cessione temporanea di lavoratori la quale distacchi “un lavoratore presso una impresa utilizzatrice avente la sede o un centro di attività nel territorio di uno Stato membro, purchè durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro fra il lavoratore e l'impresa di lavoro temporaneo o l'impresa che lo cede temporaneamente” (lett. C)³⁸³.

Non si condivide l'opinione secondo la quale la Direttiva ha la funzione di fondare un generale principio di parità tra lavoratori locali e lavoratori distaccati³⁸⁴.

La normativa, viceversa, vuole assicurare una parità di trattamento tra le imprese che svolgono una prestazione di servizi transnazionale e quelle del paese ospitante, per quanto riguarda la parità tra lavoratori distaccati e lavoratori autoctoni, essa è strumentale alla prima e, soprattutto, è solo eventuale, sia perchè l'estensione ai primi delle tutele del lavoro dei secondi riguarda solo un limitato numero di materie, sia

³⁸³ Davies 1997, 572, Orlandini, 1999, 467, Foglia, 2001, 812, Juarez Perez 1999, 1270, Gutierrez- Solar- Calvo 2000, 172, Serrano Olivares 2000, 66 ss e ID 2002, 62, Rico Letosa 2002, 39-40, Esteban De La Rosa- Molina Navarrete 2002, 116, Bellavista 2006, 4-5, Bano 2001, 11, Biagi 1996, 6, Tosi-Lunardon, 2005, 180, Bellavista 2006, 28

³⁸⁴ Balandini, 1998, 118 e 124, Chieco 2004, 63, Maretti 200 b, 1148-1149, Foglia 2001, 806, Tosi- Lunardon 2005, 180, Cremers 2006, 172.

perchè ai lavoratori distaccati è comunque garantita la conservazione dei trattamenti di miglior favore³⁸⁵.

In forza dell'art. 3.10, gli Stati membri possono, nel rispetto del Trattato, imporre “alle imprese nazionali ed a quelle di altri Stati, in pari misura:

- condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti materie diverse da quelle contemplate al paragrafo 1, co 1 del presente articolo, laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico;

- condizioni di lavoro e di occupazione stabilite in contratti collettivi o arbitrate a norma del paragrafo 8 riguardanti attività diverse da quelle contemplate nell'allegato.

Invece, in forza dell'art. 3.9, nello specifico caso di somministrazione transnazionale di lavoratori lo Stato membro di accoglienza può prevedere che siano ad essi applicabili le stesse condizioni applicate ai lavoratori temporanei interni.

Ed infine, mentre ai sensi dell'art. 14, “le imprese stabilite in uno Stato membro non possono beneficiare di un trattamento più favorevole di quello riservato alle imprese stabilite in uno stato membro, reciprocamente, in base all'art. 37, l'obbligo di estensione delle condizioni di lavoro e di occupazione da parte dello Stato ospitante la prestazione di servizi non osta all'applicazione di condizioni “che siano più favorevoli ai lavoratori”.

Evidentemente quelle dello Stato membro di provenienza³⁸⁶.

È da sottolineare che “il requisito della temporaneità è riferito al distacco del lavoratore e non alla prestazione di servizi nel cui quadro avviene il distacco³⁸⁷.

Infatti, l'art. 2.1 stabilisce che “ai fini della presente direttiva, per lavoratore distaccato si intende il lavoratore che, per un periodo limitato, svolge il proprio lavoro nel territorio di uno stato membro diverso da quello nel cui territorio lavora abitualmente”; laddove né all'art. 1.1 né al paragrafo 3, lett a, b, e c dello stesso articolo si fa alcun riferimento alla natura temporanea o meno della prestazione di servizi, ma solo alla temporaneità del distacco.

Tanto meno nei considerando introduttivi si rinviene alcun riferimento alla natura temporanea della prestazione di servizi. D'altro canto, questo connotato non

³⁸⁵ Balandi, 1998, 127 e Foglia, 2001, 809-810

³⁸⁶ Sul punto si veda Foglia 2001, 809, Carabelli- Leccese 2005, 565, Garcia Nivet- Vicente Palacio, 2000, 25

³⁸⁷ Rico Latosa, 2002, 44

deriva neppure in via diretta ed automatica, dalla natura della prestazione medesima, quale risultante dalle tre ipotesi legali. Ed, infatti, nell'ipotesi definita dalla predetta lett.a nulla si dice in ordine alla durata del vincolo giuridico derivanti dal contratto intercorrente tra il prestatore ed il destinatario dei servizi.

Ed analoga considerazione vale per l'ipotesi di cui alla lett.c, con riferimento al contratto che lega l'impresa all'utilizzatore, sulla cui base avviene poi il distacco transnazionale del lavoratore. Nell'uno e nell'altro caso non sembrerebbe da escludere l'eventualità che il contratto di prestazione di servizi, ovvero, in particolare, quello di fornitura di lavoro, possano essere di durata indeterminata mentre sicuramente carattere temporaneo dovrebbe avere il distacco del lavoratore che avvenga nell'ambito di tali contratti.

Invece, per l'ipotesi sub b il problema sembrerebbe non porsi nemmeno, in quanto parrebbe addirittura dubbia l'esistenza di un contratto tra le due imprese come base giuridica del distacco; in relazione a tale ipotesi in altre parole ciò che rileva in via diretta è proprio e solo la temporaneità del distacco del lavoratore presso l'altra impresa del gruppo.

E' nel trattato CE che si trova una risposta all'interrogatorio da cui siamo partiti. Dopo aver sancito all'art. 49, la libertà, di prestazione dei servizi il Trattato stesso, all'art. 50, ai co. 1-2, passa a definire cosa debba intendersi per servizi in ambito comunitario, per poi sancire, al co. 3, che, "senza pregiudizi delle disposizioni del capo relativo al diritto di stabilimento il prestatore può, per l'esecuzione della sua prestazione, esercitare, a titolo temporaneo, la sua attività nel paese ove la prestazione è fornita alle stesse condizioni imposte dal paese stesso ai propri cittadini.

La prestazione di servizi (transnazionali) per la quale il Trattato garantisce la piena libertà di circolazione, insomma, è quella esercitata a titolo temporaneo, quale connotato determinante al fine di evitare sovrapposizioni con la libertà di stabilimento, parimenti sancite dal Trattato, ma agli artt 43 ss.

La presenza di un vincolo giuridico di durata indeterminata, e dunque non temporaneo, ad effettuare una prestazione di servizi in un altro Stato membro, in altre parole sembrerebbe imporre il trasferimento della concreta fattispecie nell'ambito di una diversa libertà economica, soggetta a differenti regole e garanzie.³⁸⁸

³⁸⁸ Foglia, 2001, 806

È da ribadire che la temporaneità della prestazione di servizi va tenuta distinta dalla temporaneità del distacco, la quale, tra l'altro, potrebbe coincidere o meno con la prima: basti pensare che a fronte di un contratto commerciale per la prestazione di servizi o per la fornitura di lavoratori avente durata determinata vi potrebbero essere distacchi di lavoratori di durata coincidente con quella, ma anche più breve³⁸⁹.

Nell'ipotesi di cui alla lett. a la prestazione di servizi presa in considerazione è l'attività produttiva svolta direttamente all'estero dal soggetto distaccante nell'esecuzione di un contratto per la prestazione di servizi transnazionale, nelle altre due ipotesi la prestazione di servizi transnazionale è in realtà costituita dal distacco del lavoratore in sé considerato.

Ciò sembrerebbe essere in contraddizione con la norma dell'art. 1, co. 1, la quale si riferisce ad un distacco che avviene nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale. Questa espressione sembrerebbe intendere il distacco come un elemento per così dire esterno alla prestazione di servizi in sé considerata, nel senso che la prestazione di servizi rilevanti per il legislatore comunitario risulterebbe essere l'attività economica effettuata dal concreto utilizzatore dei lavoratori distaccati per il tramite degli stessi di modo che mentre l'ipotesi della lett. A sarebbe automaticamente aderente a questa definizione, non altrettanto potrebbe dirsi per le altre due: esse, infatti, potrebbero ritenersi assoggettate alla normativa della Direttiva solo se l'utilizzatore dei lavoratori distaccati fosse a sua volta impegnato in una prestazione di servizi transnazionale.

In tal modo è possibile ritenere come prestazione di servizi transnazionale il distacco dei lavoratori in sé considerato.

Soffermandoci sulle due ipotesi di distacco previste dalle lett c e b, va segnalato che mentre nel primo caso tra l'impresa di lavoro interinale o che effettua la cessione temporanea di lavoratori e l'utilizzatore sussiste necessariamente un rapporto contrattuale di tipo commerciale sulla cui base avviene la somministrazione o cessione temporanea del lavoratore, nel secondo pare assente un rapporto contrattuale, quanto meno di questo tipo.

Entrambe queste ipotesi sono caratterizzate dal fatto che il lavoratore risulta distaccato non solo nel senso che il luogo della prestazione di lavoro è diverso da quello

³⁸⁹ Lhernould, 2005, 1195

in cui ha la propria sede giuridica il prestatore di servizi (datore di lavoro), ma anche nel senso che questo ultimo non è colui che gode in vita diretta dell'attività del lavoratore distaccato (come nell'ipotesi della lett. a) tale è nel primo caso l'utilizzatore del lavoratore somministrato (o temporaneamente ceduto) e, nel secondo caso, lo stabilimento o l'impresa del gruppo insediata nello Stato membro di destinazione, presso il quale viene temporaneamente distaccato il lavoratore.

Ancora esaminando la fattispecie di cui alla lett. b), non si può infine tacere un certo imbarazzo che deriva dall'inclusione, tra le ipotesi assoggettate alla disciplina della Direttiva, di quella del distacco temporaneo di lavoratori presso uno stabilimento della stessa impresa distaccante insediata in un altro Stato membro, ovvero presso altre imprese del gruppo, il quale in verità, solo con molta buona volontà appare riconducibile ad una prestazione di servizi.

Qui non c'è, infatti, un prestatore di servizi che, come invece avviene nel caso dell'impresa interinale o che esercita la cessione di lavoratori, svolge professionalmente una siffatta attività, bensì un operatore economico che esercita abitualmente una qualsivoglia attività produttiva, ma che, per ragioni che la direttiva ritiene indifferenti effettua il distacco temporaneo di uno o più dei suoi dipendenti in un diverso Stato membro, presso altro stabilimento della propria impresa ovvero in altra un'impresa del gruppo cui egli stesso appartiene.

E questo distacco, pur se del tutto occasionale rispetto all'attività produttiva svolta normalmente dall'operatore medesimo, viene tuttavia considerato come prestazione di servizi ai fini della inclusione della fattispecie nell'ambito del campo di applicazione della Direttiva stessa.

A prima vista parrebbe esservi un contrasto con l'art. 50 del trattato CE, il quale stabilisce al paragrafo 1 che "ai sensi del presente Trattato sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone", precisando al paragrafo 2 che "i servizi comprendono in particolare a) attività di carattere industriale, b) attività di carattere commerciale, c) attività artigianale, d) attività delle libere professioni".

Inoltre merita di essere segnalato un altro aspetto significativo dell'ipotesi prevista alla lett. a): la sua temporaneità non deve indurci a ricondurlo automaticamente

all'istituto della trasferta (intesa come modificazione temporanea del luogo della prestazione del lavoratore, tramite esercizio del potere direttivo)³⁹⁰.

Vi potrebbero essere casi in cui il lavoratore sia stato assunto a tempo determinato proprio in funzione della temporaneità della prestazione di servizi che l'impresa datrice deve effettuare sul territorio dell'altro Paese membro, onde ciò che viene definito dalla Direttiva come distacco è in realtà configurabile come l'invio presso il luogo unico in cui il lavoratore dovrà assolvere alla sua obbligazione lavorativa per tutta la durata del rapporto a termine.

L'art. 2.1 della Direttiva stabilisce che “per lavoratore distaccato si intende il lavoratore che, per un periodo limitato, svolge il proprio lavoro nel territorio di uno stato membro diverso da quello nel cui territorio lavora abitualmente”.

Parte della dottrina³⁹¹ ritiene che tale definizione possa essere interpretata in senso restrittivo, in modo da escludere quei lavoratori che siano assunti a termine dal prestatore di servizi per essere inviati a lavorare sul territorio di uno Stato membro diverso da quello di assunzione.

Ciò trova conferma nell'ipotesi di lavoro interinale o di cessione temporanea, dove il lavoratore è normalmente assunto a tempo proprio in vista dell'effettuazione della missione.

8. Il rapporto tra la nozione comunitaria di distacco del lavoratore, quale emergente dall'art. 1.3 della Direttiva, e quale contenuta nell'art. 30 D. Lgs n. 276 del 2003

³⁹⁰ Galantino, 2005, 119

³⁹¹ Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, 2009, 29

Le due nozioni di distacco non sono coincidenti ed inoltre una eventuale sovrapposizione si potrebbe avere solo in relazione all'ipotesi definita dalla lett.b della disposizione comunitaria.

Naturalmente tale sovrapposizione è solo parziale, poiché la norma comunitaria fa riferimento al distacco presso uno stabilimento dell'impresa distaccante o presso una impresa appartenente al gruppo, quella dell'ordinamento italiano non richiede necessariamente che ricorra quest'ultimo elemento(laddove, per contro è stato chiarito che il requisito del proprio interesse deve sussistere specificamente anche nel caso di distacco intercorrente tra impresa di uno stesso gruppo, nel senso che la presenza di questo elemento non è di per sé in grado di soddisfare quel requisito)³⁹².

Semberebbe, a questo punto, che il distacco dei lavoratori dipendenti di una impresa di uno stato membro presso un'altra impresa insediata in un altro Stato membro, che non abbia con la prima nessun legame, nemmeno di gruppo ,non rientra nel campo di applicazione della direttiva.³⁹³

Altra differenza tra le due fattispecie è che la Direttiva non richiede formalmente che l'impresa distaccante soddisfi tramite il distacco, un proprio interesse né la necessaria presenza di un siffatto elemento caratterizzante della fattispecie che può essere ricavata in via interpretativa dalla normativa comunitaria³⁹⁴.

Il problema che si pone con riferimento ai casi di potenziale sovrapposizione delle due nozioni è duplice: una impresa insediata in Italia che distacchi un proprio lavoratore presso una impresa del gruppo insediata in altro stato membro deve rispettare la condizione posta dall'art. 30 del DLgs n. 276, o ne è esonerato dalla presenza della giuridica previsione della Direttiva nonché dal fatto che al lavoratore distaccato si applica comunque la normativa di tutela dello Stato membro ospitante?

All' interrogativo si da risposta positiva, infatti, anche nel caso in cui una impresa insediata in Italia distacchi temporaneamenteun lavoratore presso una impresa del gruppo insediata in un altro Stato membro deve sussistere la ricorrenza di un proprio interesse al distacco, ai sensi dell'art. 30 del DLgs n. 276 del 2003.³⁹⁵

³⁹² Cfr. Le circolari Ministeriali nn. 3/2004 de 15 gennaio 2004 e 28/2005 del 24 giugno 2005

³⁹³ Esposito 2002, 67 e Carabelli Leccese 2005 , 565, 566

³⁹⁴ Foglia, 2001, 808

³⁹⁵ Foglia, 2001, 808

9 . La libertà di prestazione dei servizi e la collocazione che le politiche sociali e le tutele del lavoro hanno assunto nell'ordinamento giuridico della comunità europea: orientamenti della Corte di Giustizia

La Corte, partendo dalle storiche sentenze emesse nei casi Dassonville e Cassis de Dijon³⁹⁶ e poi passando per quelle relative a tanti altri casi³⁹⁷ è giunta a ritenere che vi sono ulteriori³⁹⁸ ragioni, o esigenze imperative che possano giustificare interventi nazionali che pure creino ostacolo alla libera circolazione delle merci nella misura in cui tali interventi corrispondano ad un criterio di ragionevolezza, quest'ultimo trasformato in un vero e proprio test di proporzionalità.

Nel 1995, nel caso Gebhard nella quale la Corte ha sottolineato che “ i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo”³⁹⁹.

³⁹⁶ Roccella 1997, 25 ss e 85 ss; Barbera 2000, 48 ss; Esteban De La Rosa- Modena Navvarete 2002, 118 ss; Casas bamonde 2002, 2-4; Orlandini 2003, 245 ss; Giubboni 2003, 165 ss; Carabelli- Leccese 2005, 551 ss; Lhemoud 2005, 55 ss. C-8/74 del 11.7.1974 e C- 120/78 del 20.2.1979

³⁹⁷ tra cui vale la pena di ricordare almeno i casi Torfen, C- 145/88 del 23.11.1989, Stoke-on-Trend, C- 169/91 del 16.12.1992; Semeraro Casa Uno, Cause riunite C- 418/93 e varie altre del 20.6.1996; Keck e Mithonard cause riunite C- 267/91 e 268/91 del 24.11.1993

³⁹⁸ Vedi sentenza caso Schmidberger C-112/00 del 12.6.2003, dove al punto n. 78 si precisa che “la libera circolazione delle merci rappresenta certamente uno dei principi fondamentali nel sistema del trattato; tuttavia, a talune condizioni, essa può subire restrizioni per le ragioni di ciò all'art. 36 (ora art. 30) del Trattato stesso oppure per i motivi imperativi di interesse generale riconosciuti ai sensi di una costante giurisprudenza della Corte a partire dalla sentenza 20 febbraio 1979, causa 120/78, Rewe- Zentral, detta “Cassis de Dijon”

³⁹⁹ C- 55/94 del 30.11.1995. La elaborazione del caso Gebhard è stata ripresa nella sentenza relativa al caso Reisebüro Brode (C-3/95 del 12.12.96) poi seguita da altre pronunce (caso Parodi C- 22/95 del 9.7.1997; Corsten C-58/98 del 3.10.2000; Analir C- 205/99 del 20.2. 2001; Commissione c/Repubblica italiana C- 439/99 del 15.1.2002; Commissione c/Repubblica italiana C- 131/01 del 13.2.2003), la corte in particolare ha detto “la libera prestazione di servizi può essere limitata solo da norme giustificate dall'interesse generale, qualora tale interesse non sia tutelato dalle norme cui il prestatore è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito”.

Le prime due sentenze in cui la Corte ha dovuto affrontare il problema della legittimità di normative interne di tutela del lavoro limitativa della libera prestazione di servizi in ambito comunitario sono state quelle del 1981 e del 1982 relative ai casi Webb e Seco⁴⁰⁰.

Nel caso Webb la Corte afferma che “l’art. 60, 3° comma ha anzitutto lo scopo di rendere possibile al prestatore di servizi l’esercizio della propria attività nello Stato membro destinatario della prestazione, senza alcuna discriminazione nei confronti dei cittadini di tale Stato. Esso non implica tuttavia che qualsiasi disciplina nazionale che si applichi ai cittadini di tale Stato che si riferisca normalmente ad una attività permanente delle imprese stabilite in tale Stato, possa essere integralmente applicata anche ad attività di carattere temporaneo esercitate da imprese aventi sede in altri Stati membri”, poi ancora precisa che “tenuto conto delle speciali caratteristiche di talune prestazioni di servizi non si possono considerare incompatibili col trattato talune condizioni specifiche, eventualmente imposte al prestatore di servizi che siano giustificate dall’applicazione di norme relative a questo tipo di attività.

Tuttavia, la libera prestazione dei servizi, in quanto principio fondamentale sancito dal trattato, può venire limitata solamente da norme giustificate dal pubblico interesse, e obbligatorie nei confronti di tutte le persone e le imprese che esercitino la propria attività sul territorio di tale Stato, nella misura in cui tale interesse non risulti garantito dalle norme alle quali il prestatore di servizi è soggetto nello stato membro in cui è stabilito”.

Siffatta impostazione veniva ripresa nel successivo caso Seco, nella cui sentenza la Corte giungeva ad affermare che “ il diritto comunitario non osta a che gli stati membri estendano le loro leggi o i contratti collettivi di lavoro conclusi tra lavoratori e datori di lavoro, per quanto concerne le retribuzioni minime, a qualsiasi persona che svolga attività lavorativa subordinata, anche di carattere temporaneo, nel loro territorio, quale che sia il paese in cui è stabilito il datore di lavoro del pari il diritto comunitario non vieta agli stati membri di imporre il rispetto di queste norme con mezzi adeguati.

Non si può tuttavia definire mezzo adeguato una normativa o una prassi che imponga in modo generale un onere previdenziale o para-previdenziale, restituivo della libera prestazione di servizi a tutti i prestatori stabiliti in un altro stato membro e che

⁴⁰⁰ Rispettivamente C-279/80 del 17.12.1981 e C-62 e 63/81 del 3.2. 1982

occupano lavoratori cittadini di paesi terzi, indipendentemente dal fatto che essi abbiano o meno rispettato la normativa in materia di retribuzione sociale minima dello stato membro in cui la prestazione viene effettuata, giacchè un siffatto provvedimento generale non è, per natura, idoneo a far rispettare questa normativa né ad arrecare vantaggio, in un modo qualunque, alla mano d'opera di cui si tratta”

Successivamente nel caso *Vanden Elist*⁴⁰¹ la Corte dice che “l’art. 59 del Trattato prescrive non solo l’eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro in base alla sua cittadinanza, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali e a quelli degli altri Stati membri, allorché essa sia tale da vietare o da ostacolare maggiormente le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi “,inoltre, “la libera prestazione di servizi, in quanto principio fondamentale sancito dal trattato può essere limitata solo da norme giustificate dall’interesse generale e vevoli per tutte le persone e le imprese che esercitano un’attività nel territorio dello Stato destinatario, qualora tale interesse non sia tutelato dalle norme cui il prestatore è soggetto nello Stato membro in cui è stabilito”.

Concludendo, l’evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia dimostra come i giudici comunitari a partire soprattutto dalla prima metà degli anni 90 abbiano inteso riconoscere senza incertezze agli interessi sociali nazionali protetti dalle norme interne di tutela del lavoro la qualità di motivi, o meglio ragioni, o se si preferisce esigenze imperative di interesse generale, in grado di comprimere legittimamente, quantunque con i significativi temperamenti imposti dal test di proporzionalità.

⁴⁰¹ C-43/93 del 9.8.84

10. I casi Laval, Ruffert e Commissione c/Lussemburgo e l'applicazione della direttiva n. 96/71: un breve riepilogo dei principi centrali delle tre sentenze⁴⁰²

Il caso Laval, che è stato il secondo dei quattro ad essere deciso dalla Corte pone problemi interpretativi riguardanti direttamente le norme della Direttiva n. 96/71, i quali si intrecciano profondamente con altri più importanti e delicati problemi di diritto sindacale comunitario ed italiano in materia di sciopero per fini contrattuali.

Nel caso Laval, la pronuncia della Corte muove sostanzialmente dall'interrogativo se data la mancanza nell'ordinamento svedese di una normativa sui minimi di trattamento economico di derivazione legale, così come di un sistema di contratti collettivi ad efficacia generale possa essere considerato legittimo lo sciopero effettuato dai sindacati svedesi con la finalità di costringere l'impresa distaccante a concludere un contratto collettivo che fissi le retribuzioni da corrispondere ai lavoratori distaccati. Ma anche se sia legittima la pretesa che un siffatto contratto stabilisca, condizioni più favorevoli di quelle previste dall'applicazione di disposizioni legislative, ovvero addirittura condizioni di lavoro riguardanti materie non previste dall'art. 3.1 della Direttiva.

Tralasciando il ragionamento della Corte riguardante l'azione collettiva e contrattuale dei sindacati svedesi ci occupiamo della Direttiva n. 96/71 non dimenticando però che la premessa logica nel riconoscimento della efficacia diretta orizzontale nei rapporti interprivati dell'art. 49 TCE e dunque anche nei confronti dei sindacati, e che lo sciopero è considerato un diritto fondamentale riconosciuto dall'ordinamento comunitario, ma che il suo esercizio deve essere bilanciato con le

⁴⁰² U. Carabelli, Europa dei mercati e conflitto sociale, Bari, 2009

libertà economiche e, specificamente con quella di circolazione dei servizi, sottoponendolo ad un test di proporzionalità.⁴⁰³

Ed è proprio sulla base di questi assunti che la Corte prende in considerazione i vincoli derivanti dalla disciplina della Direttiva n.96/71 i quali vengono costruiti come limiti funzionali alla protezione della libertà di circolazione dell'azione collettiva del sindacato finalizzata ad ottenere per i lavoratori distaccati migliori condizioni di lavoro ed occupazione:essi finiscono per diventare parte integrante del test di proporzionalità.

Le posizioni della Corte sono in sintesi a)l'art. 3.1 della Direttiva, nell'obbligare gli Stati membri ad estendere ai lavoratori distaccati nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale le condizioni di lavoro e di occupazione previste con riferimento ad una limitata serie di materie, dalle norme imperative di protezione minima fissate da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative o da contratti collettivi o decisioni arbitrale, ha inteso garantire una leale concorrenza con le imprese nazionali, così evitando lo svilupparsi di fenomeni di dumping sociale. Traducendosi nel contempo in un miglioramento delle condizioni di lavoro dei dipendenti distaccati

b) Lo Stato membro può effettuare l'estensione delle predette norme imperative di protezione minima utilizzando i mezzi appropriati, posto che la Direttiva n. 96/71 non è diretta alla armonizzazione dei sistemi per la determinazione delle condizioni di lavoro e di occupazione negli Stati membri. Questi ultimi, pertanto, sono liberi di scegliere a livello nazionale, un sistema non espressamente indicato fra quelli previsti dalla citata direttiva, purchè lo stesso non ostacoli la prestazione dei servizi tra gli stati membri

c) mentre la gran parte delle condizioni e di occupazione relative alle materie di cui all'art. 3.1 della Direttiva n.96/71 sono regolate in Svezia da disposizioni legislative, per quanto attiene ai minimi salariali il legislatore svedese, tenuto conto del sistema volontaristico di relazioni sindacali e contrattuali di quel Paese(il quale implica la stipulazione di contratti che non hanno efficacia generale), non ha seguito una delle vie previste dall'art. 3.1, né dall'art. 3.8 della medesima Direttiva, ed ha affidato alle parti sociali la libera determinazione contrattuale dell'unità dei salari, di modo che secondo la prassi sindacale, nel settore edile la trattativa si svolge caso per caso nei luoghi di lavoro;

⁴⁰³ U. Carabelli, op cit

d) tuttavia, l'obbligo salariale che, ai sensi della Direttiva, gli Stati membri possono imporre ai prestatori di servizi transnazionali che distacchino lavoratori sul loro territorio riguarda solo i minimi salariali determinati secondo le modalità fissate dagli art. 3.1 e 3.8 della medesima Direttiva, di modo che non può essere giustificato nessun obbligo di riconoscere retribuzioni come quelle che nel presente caso, pretendono di imporre le organizzazioni sindacali convenute che non sono retribuzioni minime e non sono determinate secondo le modalità previste in proposta dall'art. 3, nn. 1 e 8, della Direttiva.⁴⁰⁴

Uno Stato membro non ha il diritto di imporre, sulla base della Direttiva, alle imprese stabilite in altri Stati membri una trattativa caso per caso, sul luogo di lavoro affinché possano conoscere la retribuzione che dovranno pagare ai loro lavoratori distaccati.

e) l'estensione ai lavoratori distaccati di condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti materie ulteriori rispetto a quelle previste dall'art. 3.1 della Direttiva è subordinata dall'art. 3.10 della Direttiva n. 96/71 al fatto che essa avvenga nel "nel rispetto del Trattato e nei limiti in cui si tratti di disposizioni di ordine pubblico applicabili allo stesso modo alle imprese nazionali e a quelle degli altri Stati membri".

È da escludere dunque che tale estensione possa avvenire al di fuori della previsione dell'art. 3.10, per il tramite di clausole di contratti collettivi "determinate dalla trattativa fra le parti sociali, che non sono soggetti di diritto pubblico e che non possono avvalersi di tale disposizione per invocare ragioni di ordine pubblico al fine di dimostrare la conformità al diritto comunitario di un'azione collettiva come quella in esame nella causa principale"

f) tanto meno la rivendicazione contrattuale di condizioni migliorative può essere giustificata ai sensi dell'art. 3.7 della Direttiva n. 96/71, il quale stabilisce che l'art. 3.1 non osta "all'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano favorevoli ai lavoratori".

Tale disposizione, infatti, non consente allo Stato ospitante di "subordinare la realizzazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che vadano al di là delle norme imperative di protezione minima" previste dall'art. 3.1 (perché ciò significherebbe "privare di effetto utile la

⁴⁰⁴ U. Carabelli, op.cit

stessa Direttiva), ma semplicemente permette che i lavoratori distaccati conservino (relativamente alle materie previste da tale disposizione) le eventuali condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli di cui “godano già, in applicazione della legge o di contratti collettivi nello Stato membro di origine”. Ciò fermo restando che è “ fatta salva la facoltà, per le imprese aventi sede in altri Stati membri, di sottoscrivere volontariamente nello Stato membri ospitante, in particolare nell’ambito di un impegno preso con il proprio personale distaccato, un contratto collettivo di lavoro eventualmente più favorevole”

g) in conclusione, azioni collettive dirette a indurre le imprese stabilite in altri Stati membri a sottoscrivere un contratto collettivo “del quale talune clausole si discostano dalle disposizioni legislative stabilendo condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli per quanto riguarda le materie di cui all’art. 3 n.1, primo comma, lett.a)-g), della direttiva 96/71, mentre altre riguardano materie non previste da tale disposizione, sono in grado di scoraggiare o rendere più difficile per tali imprese l’esecuzione di lavori di costruzione sul territorio svedese, e costituiscono pertanto una restrizione alla libera prestazione di servizi dell’art. 49 CE”.

Le sopra menzionate argomentazioni sono state riprese dalla Corte nella sentenza Ruffert. Occorre, anche in questo caso, riportare brevemente alcuni passaggi più significativi della sentenza:

b) l’art. 3.1 della Direttiva n.96/71 dispone che gli Stati membri garantiscano ai lavoratori distaccati nell’ambito di una prestazione di servizi transnazionale le tariffe salariali previste da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, ovvero da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale a norma dell’art. 3.8; e a tal fine l’art. 3.8, in mancanza di un sistema di dichiarazione di applicazione generale di contratti collettivi o arbitrati, consente agli Stati membri di avvalersi di contratti collettivi aventi determinati requisiti.

b) La previsione legislativa del Land tedesco, che rinvia, per la fissazione delle retribuzioni dei dipendenti dalle imprese appaltatrici, al contratto collettivo del luogo di esecuzione della prestazione, è, con riferimento al caso di specie, da ritenere in contrasto con la Direttiva. Un contratto collettivo del genere di quello oggetto della causa principale non può essere, infatti, ricondotto alle previsioni di cui agli artt. 3.1 e

3.8, specificamente in quanto l'effetto vincolante di esso "si estende solamente ad una parte de settore edilizio rientrante nell'ambito di applicazione territoriale del contratto collettivo medesimo, poiché, da un lato, la legislazione che ad esso attribuisce tale effetto si applica unicamente agli appalti pubblici, e non anche agli appalti privati, e, dall'altro, il contratto collettivo di cui trattasi non è stato dichiarato di applicazione generale"

c)Ne consegue che una siffatta retribuzione non può essere considerata come minima ai sensi dell'art. 3.1, tenuto anche conto, del resto, che essa, "come altresì osservato dal giudice del rinvio, è superiore alla tariffa minima salariale applicabile" in forza della legge nazionale sul distacco dei lavoratori;⁴⁰⁵

d)Tanto meno siffatta retribuzione contrattuale può essere considerata una condizione di lavoro e di occupazione più favorevole ai lavoratori ai sensi dell'art. 3.7, della Direttiva n. 96/71, per gli stessi motivi già enunciati nella sentenza Laval;

e)Fatta salva, pertanto, la facoltà per le imprese di sottoscrivere volontariamente un contratto collettivo nello Stato membro ospitante, un provvedimento come quello del Land tedesco non è dunque conforme alla Direttiva;

Infine occorre esaminare la sentenza Commissione c/Lussemburgo, in cui la Corte ha precisato in modo più netto alcuni passaggi che possono così essere sintetizzati:

a) la previsione dell'art. 3.10 –la quale "riconosce agli Stati membri la possibilità, nel rispetto del Trattato CE, di imporre in modo non discriminatorio alle imprese che distaccano lavoratori sul loro territorio condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti materie diverse da quelle contemplate (all'art. 3.1), laddove si tratti disposizioni di ordine pubblico – consente una deroga al principio sancito dall'art.3.1. Pertanto va interpretata restrittivamente e la sua portata non può essere determinata unilateralmente dagli Stati;

b)all'uopo può farsi utilmente riferimento alla Dichiarazione n.10 del Consiglio e della Commissione, effettuata in occasione dell'emanazione della Direttiva n. 96/71, secondo la quale, si deve ritenere che la nozione di ordine pubblico "abbracci le disposizioni vincolanti cui non si può derogare e che, per la loro natura e per il loro obiettivo, rispondono alle esigenze imperative dell'interesse pubblico";

⁴⁰⁵ R. Mancino, Distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi, in Nuove leggi civili, 2000

c) in ogni caso l'art. 3.10 della Direttiva n.96/71"dispone che il richiamo alla possibilità ivi prevista non esonera gli Stati membri dal rispettare gli obblighi che incombono loro in forza del Trattato, in particolare quelli relativi alla libera prestazione dei servizi"

d) alla luce di quanto sopra non può essere considerata rispettosa dell'art. 3.10 della Direttiva n. 96/71 la normativa legislativa del Granducato del Lussemburgo che considera come disposizioni imperative di ordine pubblico nazionale una serie di previsioni legali, tra cui, in particolare, quelle che prescrivono anche al prestatore di servizi transnazionale,, in relazione ai lavoratori distaccati, il possesso di un contratto scritto o di un documento conforme alla Direttiva n. 91/533 (in materia di informazioni da erogare al lavoratore); ovvero quella che dichiara applicabile anche ai lavoratori distaccati la disciplina interna in materia di lavoro a tempo parziale e a tempo determinato; ovvero ancora quella che dichiara applicabili in generale sui lavoratori distaccati le previsioni in materia di contratti collettivi di lavoro;

e) infine è da considerare direttamente in contrasto con l'art. 49 TCE la disposizione legislativa del Granducato che impone ai prestatori di servizi transnazionali di "designare un mandatario ad hoc residente in Lussemburgo ai fini della conservazione dei documenti necessari ai controlli esercitati dalle competenti autorità nazionali", posto che, alla luce del test di proporzionalità, "la designazione di un lavoratore presente sul luogo della prestazione di servizi affinché i documenti necessari per il controllo siano messi a disposizione delle componenti autorità nazionali costituirebbe una misura meno restrittiva della libera prestazione dei servizi ed efficace tanto quanto l'obbligo contestato".⁴⁰⁶

⁴⁰⁶ Una vicenda analoga, già prima della Direttiva n. 96/71, era stata trattata nelle sentenze del caso Arblade, Cause riunite C-369/96 e C- 376/96 del 23. 11. 1999. Ve R. Mancino, Distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi, in Nuove leggi civili, 2000

11. L'anomalo limite dell'ordine pubblico nell'articolo 30 3.10 della Direttiva n. 96/71

L'ordine pubblico consente agli Stati membri di estendere ai lavoratori distaccati sul loro territorio un insieme di tutele del lavoro il più possibile equivalenti a quelle applicate dalle imprese locali ai propri dipendenti ciò al fine di evitare fenomeni di dumping sociale ed attuare un giusto riequilibrio, una sana equiparazione, dei trattamenti dei lavoratori operanti in ambito comunitario.

La Corte nel costruire la nozione di motivi imperativi di interesse generale, in grado di apportare restrizioni alla libertà di circolazione sancite dal Trattato ha ricondotto entro tale nozione la tutela dei lavoratori, quale causa giustificativa dotata di una propria specifica autonomia.

La tutela del lavoro, in tal guisa, è stata costruita come ragione giustificativa idonea, di per sé, a condizionare direttamente le libertà di circolazione, senza la

necessità che essa goda di ulteriori connotazioni , come ad esempio riconducibile a ragioni di pubblica sicurezza o di ordine pubblico.⁴⁰⁷

Una ulteriore conferma di questa netta separazione concettuale si può ricavare ora dalla Direttiva sulla libera circolazione dei servizi 2006/123/CE, del 12 dicembre 2006, nella quale, al considerandum n. 40, si afferma che “la nozione di motivi imperativi di interesse generali cui fanno riferimento alcune disposizioni della presente direttiva è stata progressivamente elaborata dalla Corte di giustizia nella propria giurisprudenza relativa agli articoli 43 e 49 del Trattato, e potrebbe continuare ad evolvere.

La nozione copre almeno i seguenti motivi: l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la sanità pubblica ai sensi degli articoli 46 e 55 del Trattato, il mantenimento dell'ordine sociale, gli obiettivi di politica sociale, la tutela dei destinatari di servizi la tutela dei consumatori, la tutela dei lavoratori, compresa la protezione sociale dei lavoratori,...”-

Dopo di che stabilisce che “ai fini della presente direttiva si intende per ...motivi imperativi d'interesse generale”...motivi riconosciuti come tali dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, tra i quali: l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica..., la tutela dei consumatori dei destinatari, di servizi e dei lavoratori...”

Dopo di che, all'art. 4, n.8 della stessa Direttiva si stabilisce che “ai fini della presente direttiva si intende per ..motivi imperativi d'interesse generale”...motivi riconosciuti come tali dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, tra i quali: l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica..., la tutela dei consumatori, dei destinatari e dei lavoratori,”.

Passando ad analizzare la nozione di ordine pubblico, possiamo notare che esiste un paradosso consistente nel fatto che, in assenza dell'art. 3.10, l'estensione ai lavoratori distaccati delle disposizioni interne legislative, amministrative o contrattuali di tutela del lavoro relative a materie ulteriori rispetto a quelle del nucleo duro, sarebbe stato possibile per i legislatori nazionali (sulla base, appunto, del principio di

⁴⁰⁷ Una conferma di questa lettura si può rinvenire in una pronuncia emessa al noto caso Schmidberger C-112/00 12.6.2003, dove si rinviene la puntualizzazione che “la libera circolazione delle merci rappresenta certamente uno dei principi fondamentali nel sistema del Trattato tuttavia, a talune condizioni, essa può subire restrizioni per le ragioni di cui all'art. 36 (ora art.30) del Trattato stesso oppure per i motivi imperativi di interesse generale riconosciuti ai sensi di una costante giurisprudenza della Corte a partire dalla sentenza 20 febbraio 1979, causa 120/78, Rewe- Tentral, detta “Cassis de Dijon”

derivazione giurisprudenziale secondo cui la tutela del lavoro costituisce di per sé una ragione imperativa di interesse generale, previa diretta sottoposizione di quelle disposizioni al test di proporzionalità, quale elaborato dalla giurisprudenza della Corte, con l'introduzione nella Direttiva dell'art. 3.10 e dei limiti dell'ordine pubblico si è imposto una valutazione fondata su parametri assai più restrittivi, dato che una normativa nazionale di tutela del lavoro al fine di essere idonea a restringere la libertà di circolazione dei servizi, dovrà rilevarsi anche ispirata da interessi di ordine pubblico⁴⁰⁸.

A tale preliminare valutazione dovrebbe, poi, far seguito anche il test di proporzionalità, dato che l'estensione di disposizioni di ordine pubblico può avvenire ai sensi dell'art. 3.10, prima parte "nel rispetto del Trattato" (sono inclusi eventuali ulteriori limiti derivabili dalla pluriennale giurisprudenza sulle libertà di circolazione di cui sopra si è detto, tra cui ad esempio, il godimento, da parte dei lavoratori distaccati della stessa o di analogia, tutela sancita dalla normativa interna)⁴⁰⁹.

La Corte con le sentenze *Laval* e *Ruffert*, ma soprattutto in quella *Commissione c/Granducato di Lussemburgo*, ha confermato questa lettura restrittiva, rendendo ancora più evidenti le preoccupazioni manifestate da motivi nei confronti di questa rigidità applicativa. Ed altrove già la Commissione, in una propria Comunicazione 2007, aveva sostenuto che "gli Stati membri possono aggiungere disposizioni di ordine pubblico legate al contesto internazionale"⁴¹⁰.

Al di là delle sue origini politico- legislative, ciò che più importa evidenziare in questa sede è che la scelta effettuata dal legislatore comunitario con l'approvazione dell'art. 3.10, espone la stessa Direttiva ad un grave contrasto con il Trattato⁴¹¹. Ed infatti, le posizioni maturate dalla Corte in termini di bilanciamento tra tutele del lavoro e libertà di circolazione in particolare quella di servizi rappresentano il punto di equilibrio che la stessa Corte, nella sua funzione di interprete del trattato, ha ritenuto equo tracciare tra obiettivi economici e sociali, e dunque tra i principi di iniziativa economica e di tutela del lavoro, nella loro concreta attuazione nelle norme che

⁴⁰⁸ Orlandini 2008 b, 67; Giubboni 2009, 10

⁴⁰⁹ V. punto 44 della sentenza *Commissione c/Granducato di Lussemburgo*; Bano 234 ss.

⁴¹⁰ Giubboni- Orlandini, 2007, 118 ss; Orlandini 2008 a; Bano 2008, 173 ss; Pallini 2009, 197 ss; Davies 1997, 586 ss; Orlandini, 1999, 469-470; Bano 2001, 12; Chieco 2004, 61 ss; Pallini 2006 b, 241.

⁴¹¹ Giubboni, 2009, 10; Orlandini, 2008 b, 59ss; Nadalet 2008, 37 ss

disciplinano le libertà economiche di circolazione ed in quelle comunitarie(e nazionali) che riconoscono e garantiscono diritti sociali ai lavoratori.

La previsione dell'art. 3.10, secondo cui l'estensione di tutele del lavoro aggiuntive ai lavoratori distaccati può avvenire solo se le disposizioni in questione corrispondano anche ad interessi di ordine pubblico rappresenta uno spostamento in favore della libertà di circolazione dei servizi di quel punto di equilibrio, individuato dalla Corte, nella sua opera di bilanciamento, come elemento costitutivo ed essenziale del Trattato, ad opera di una disposizione contenuta in una fonte secondaria qual è una Direttiva.

In quanto, detto spostamento, o meglio la disposizione che lo prevede, costituisce una violazione del Trattato medesimo.

CAPITOLO IV

LA TUTELA DEI LAVORATORI NEI PROCESSI DI ESTERNALIZZAZIONE

1. La successione nel contratto di lavoro, il licenziamento e le dimissioni

Occorre a questo punto della trattazione dell'argomento in questione verificare quali effetti una simile vicenda determini sulla posizione dei singoli lavoratori coinvolti con riferimento alla successione di cessionario nei rapporti di lavoro inerenti al complesso aziendale trasferito.

A norma del primo comma dell'art. 2112 c.c. "in caso di trasferimento d'azienda il rapporto di lavoro continua con l'acquirente", in tal guisa possiamo notare che la conseguenza principale derivante dall'applicazione del sopracitato articolo è la prosecuzione del rapporto di lavoro con il cessionario.

Si può parlare della c.d. spersonalizzazione della posizione da datore di lavoro,⁴¹² espressione con il quale si vuole indicare una indifferenza della sua persona, a fronte di una emersione della rilevanza dell'organismo aziendale all'interno del quale la prestazione di lavoro si inserisce⁴¹³.

È proprio la fattispecie di trasferimento di azienda e di parte di essa che evidenzia il carattere di sostanziale fungibilità della posizione del datore di lavoro, in modo tale che le vicende che coinvolgono la relativa sfera giuridica non comportano lo scioglimento del rapporto di lavoro ma la sua continuazione ogniqualevolta, nonostante il cambiamento della persona dell'imprenditore, permanga in vita l'organismo aziendale di cui questi si avvaleva nell'esercizio dell'attività economica⁴¹⁴.

⁴¹² R.Romei, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda*, cit. 91. Sul punto vedi S. Magrini, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, cit. 97, il quale ricorda che norme come quelle sul trasferimento d'azienda "costituiscono pur sempre una deroga alla ricordata regola generale per la quale a diversità di soggetti corrisponde diversità di rapporti", in tale prospettiva, "l'interprete è dunque richiamato, se mai, ad un atteggiamento di cautela nell'affermare l'insensibilità del rapporto rispetto alle vicende della sua titolarità".

⁴¹³ M. Grandi, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, cit. 250

⁴¹⁴ M. Grandi, op.loc. ultt. citt.

Nell'ipotesi esaminata, quindi si verifica la sostituzione di un soggetto ad un altro nella titolarità del rapporto di lavoro⁴¹⁵. Naturalmente l'effetto successorio si verifica ope legis senza necessità dell'accordo delle parti ed a prescindere dal consenso del contraente ceduto⁴¹⁶. L'art. 2112 c.c. realizza, così come accade con l'art. 2558 c.c., una "successione ex lege a titolo particolare nel rapporto contrattuale"⁴¹⁷.

A questo punto si può notare che la successione si presenta come un effetto naturale del negozio traslativo del complesso aziendale, viceversa il subingresso nei rapporti di lavoro non può che essere considerato come un suo effetto necessario, in

⁴¹⁵ S. Magrini, op. ultt. citt. 1106 ss, il quale così riassume i "connotati distintivi della vicenda :a) estinzione delle posizioni soggettive inerenti al rapporto di lavoro, in capo ad una delle parti originarie;b) imputazione delle stesse posizioni, oggettivamente immoificate ad un'altra entità dotata di soggettività giuridica;c) nesso di derivazione fra la sostituzione del soggetto originario e quella del soggetto subentrante, stabilito da una norma (legale, o convenzionale su base legale) che fornisce una specifica qualificazione di identità fra le due situazioni": il cessionario subentra nella posizione contrattuale del cedente; A. Cessari, *Trasferimenti d'azienda e rapporti di lavoro*, RDC, 1975, I, 222 secondo il quale "il riferimento alla continuità del rapporto non lascia dubbi sull'effetto pienamente successorio nel contratto, ciò equivale a dire che l'imprenditore alienante, sia dal lato attivo, sia dal lato passivo, con identità di diritti ed obblighi rispetto ad ogni singolo prestatore di lavoro addetto all'impresa" ossia nella "situazione giuridica definita dal complessivo regolamento contrattuale"; M. Grandi, *Modificazioni aziendali del rapporto di lavoro*, cit.12; R. Romei, op. ult. cit., 144; M. Marinelli, *Decentramento produttivo*, cit. 86 ;M. Grandi, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, cit., 256

⁴¹⁶ CM. Bianca, *Diritto civile*, III, art. 726; G. Ferrari, *Azienda*, cit. 32.

⁴¹⁷ M. Grandi, op. ult. cit, 257, il quale descrive la "successione ex lege a titolo particolare nel rapporto contrattuale", che si verifica nel trasferimento d'azienda, come "il subingresso di un soggetto ad un altro nel complesso delle situazioni giuridiche attive e passive, che qualificano il contenuto del rapporto stesso". V. in diverso ordine di idee S. Magrini, op. ult. cit., 188 ss, il quale esclude che "connotato identificante" della vicenda di sostituzione soggettiva sia "la successione nella totalità delle posizioni soggettive, attive e passive, derivanti dal contratto originario"; secondo l'Autore, infatti, il problema non dovrebbe "essere impostato in termini di posizioni soggettive, cioè di valori giuridici definitivi, ma piuttosto in termini di valori giuridici parziali o potenziali, per i loro riflessi sul futuro svolgimento del rapporto". In una simile prospettiva, la "nota caratterizzante" della vicenda" dovrebbe allora ravvisarsi nella imputazione ad un soggetto terzo di tutti i valori di rilevanza giuridica già espressi nel regolamento contrattuale di interessi realizzato fra le parti originarie: nuova imputazione, o reiterazione di valutazioni normative nei confronti di un nuovo soggetto, che l'ordinamento riconnette a determinati presupposti legali... od alla quale abilita l'autonomia privata...Di codesto effetto essenziale, la successione nelle posizioni soggettive contrattuali...non costituirebbe allora che un riflesso": il nuovo soggetto, "elevato a centro di imputazione dell'originario regolamento negoziale", assume "la titolarità delle posizioni soggettive che da tale regolamento traggono fondamento".

conseguenza del suo carattere imperativo ed inderogabile della disposizione che lo prevede.⁴¹⁸

Se è vero che, alla base di entrambe le norme, è possibile riscontrare una analoga esigenza di tutela dell'integrità funzionale e delle potenzialità produttive del complesso aziendale, in vista della sua circolazione, la ratio dell'art. 2112 c.c. si arricchisce di un ulteriore profilo, che assurge a presupposto del carattere inderogabile della disposizione, quello della garanzia della continuità del rapporto di lavoro.

Si nota, a tal punto una certa insensibilità del rapporto di lavoro rispetto alle vicende che incidono sulla sfera giuridica dell'imprenditore, in modo da scongiurare il rischio di possibili pregiudizi alla posizione del lavoratore, la cui prestazione, privata del sostrato organizzativo necessario alla sua esecuzione, diventerebbe, per l'originario datore di lavoro, sostanzialmente inutile.

Emerge con chiarezza il nesso indissolubile che lega le prestazioni di lavoro all'organizzazione aziendale cui le medesime ineriscono⁴¹⁹, imponendo al lavoratore di seguire le sorti del complesso aziendale nel quale è inserito: l'unico strumento attribuito al lavoratore per sottrarsi al passaggio alle dipendenze del cedente è il potere di recesso, non essendogli riconosciuta la facoltà di continuare a svolgere la propria attività lavorativa presso il cedente⁴²⁰.

La previsione della necessaria continuazione del rapporto con il cessionario va letta in relazione al quarto comma dell'art. 2112 c.c., come modificato dal dlgs n. 18 del 2001, a norma del quale “ferma restando la facoltà di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti, il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento”. In virtù di tale disposizione, l'inderogabilità dell'effetto successorio pare essersi riempita di più densi significati a tutela dei lavoratori anche in

⁴¹⁸ M. Grandi, op.cit, 259 ss;G. Santoro Passatelli, *Il trasferimento d'azienda*, cit., 599; In argomento S. Magrini, op. cit. 109 ss secondo il quale la discussione deve “essere incanalata su due piani distinti: quello funzionale, cioè relativo agli interessi protetti con le due normative ed agli strumenti giuridici di tutela, e quello strutturale, cioè relativo all'individuazione delle fattispecie. Sul punto dei due piani, la disciplina dell'art. 2112 e quella dell'art. 2558 non paiono effettivamente riconducibili ad un denominatore comune”. Sul secondo, invece, sembrerebbe sussistere tra le due norme una coincidenza di fattispecie, che si troverebbero, insomma, in un rapporto tra “normativa generale” e “normativa speciale”.

⁴¹⁹ M. Grandi, op. ult. cit 262 il quale afferma che “nella considerazione legislativa, pertanto, il nesso tra prestazione di lavoro e organizzazione aziendale appare indissolubile”.

⁴²⁰ L. Tartaglione, *Gli effetti del trasferimento dell'impresa sui diritti individuali dei lavoratori*, in AAVV, *Il trasferimento dell'impresa*, cit, 49.

seguito all'introduzione di un regime limitativo dei licenziamenti ad opera della l. 15 luglio 1966, n. 604, non potendo il licenziamento avvenire che per giusta causa o per “giustificato motivo”.⁴²¹

Così, l'esclusione dal novero delle cause che legittimano il recesso, tanto da parte del cedente quanto del cessionario, offre effettività al principio della continuità dei rapporti di lavoro.

Una simile limitazione non comporta una completa soppressione del potere di licenziamento delle parti del negozio traslativo, ma solo una sua compressione in vista del trasferimento. Sia il cedente che il cessionario possono esercitare il potere di recesso nei confronti dei lavoratori, ma sempre, nel rispetto dei requisiti di sostanza e di forma previsti dalla disciplina limitativa dei licenziamenti individuali e collettivi.⁴²²

Non può poi essere valutata negativamente l'ipotesi in cui il lavoratore, già licenziato dal cedente prima dall'alienazione del complesso aziendale, risulti immediatamente riassunto dal cessionario, trattandosi, almeno in via presuntiva, di una pratica fraudolenta volta ad eludere la disciplina apprestata a tutela del lavoratore.⁴²³

Ad analoghi vincoli è soggetto anche il potere di recesso del cessionario, il quale, dopo il trasferimento, può procedere a licenziamenti individuali e collettivi con l'unico limite della non invocabilità della vicenda traslativa come giustificazione.

L'eventuale licenziamento deve considerarsi legittimo qualora dopo il trasferimento, anche se per effetto del medesimo, si verifichi un mutamento nella

⁴²¹ M. Grandi, op. cit., 264, il quale sottolinea che “l'esclusione del potere di recesso *ad nutum* dell'imprenditore ha accentuato la tipicità dell'ipotesi di successione *ope legis*, prevista dall'art. 2112, la quale assume, così, rispetto all'ipotesi di cui all'art. 2558, il carattere di vicenda necessaria e incondizionata”. Nel medesimo ordine di idee, cfr V. Lucani, *Trasferimento d'azienda e tutela dei lavoratori*, cit., 562 ss

⁴²² S. Magrini, op. ult. cit. 133 ss; R. Romei, op. ult. cit. 94; M. Grandi, *Trasferimento d'azienda*, cit., 8; U. Carabelli, *Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda: la dimensione individuale*, RIDL, I, 44; S. Nappi, *Negozi traslativi dell'impresa*, cit., 32; P. Lambertucci, *Le tutele del lavoratore*, cit., 59 ss. Cfr. A. Mazeand, *Licenciements économiques a l'occasion du transfert d'entreprise: les droit des salaries*, DS, 2003, 482 ss ;

⁴²³ G. Santoro Passatelli, op.ult.cit. ; R. Romei, op. ult. cit, 100. Cass16 maggio 1998, n. 4944, NGL, 1998, 596; Cass 25 agosto 1987, n. 7020, RFI, 1987, Lavoro (rapporto), 2172, e Cass. 29 marzo 1985, n. 2214, OGL, 1985, 1230, secondo la quale simile comportamento “deve essere valutato con legittimo sospetto e deve presumersi in violazione del diritto del prestatore d'opera all'infrazionabilità dell'indennità di anzianità”, pur essendo, tuttavia, la presunzione di tale “carattere fittizio e fraudolento” suscettibile di prova contraria. Nel medesimo ordine di idee, in dottrina R. Cosio, *Disciplina del trasferimento d'azienda*, cit., 114

struttura aziendale tale da rendere necessaria una riorganizzazione e, di conseguenza, il recesso dal rapporto di lavoro.⁴²⁴

Proprio una simile situazione di compressione del potere di licenziare del cedente e del cessionario conferma la prevalenza dell'interesse alla continuità del rapporto di lavoro su quello alla libera circolazione dell'azienda, ma non fino al punto di sopprimere il potere di recesso del datore di lavoro.

Abbastanza controversa è la questione riguardante la possibilità, per il cedente, di conservare presso di sé alcuni rapporti di lavoro inerenti al ramo aziendale oggetto di trasferimento, escludendone il passaggio al datore di lavoro cessionario.⁴²⁵

Mentre alcuni autori, argomentando dall'indissolubilità del nesso funzionale che lega il lavoratore all'unità produttiva alla quale è assegnato, contestano l'ammissibilità di tale soluzione, riconoscendo così al prestatore di lavoro un vero e proprio diritto di passare alle dipendenze del cessionario.⁴²⁶ Altri autori, evidenziando la finalità principale del primo comma dell'art. 2112 c.c., quale quella di assicurare la continuità

⁴²⁴ A. Minervini, *Le vicende del rapporto di lavoro nella fase del trasferimento d'azienda*, DL, 1992, I, 318; P. Lambertucci, op. ult. cit., 60 ss; F. Scarpelli, op. ult. cit, 94

⁴²⁵ G. Santoro Passatelli, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 28, secondo il quale, la riforma del 2003, attenuando, attraverso il riconoscimento al cedente ed al cessionario di un "elevato tasso di autonomia ...nella determinazione del trasferimento parziale", il carattere di inderogabilità della disciplina del trasferimento d'azienda, avrebbe lasciato "uno spazio più ampio agli accordi, anche a livello individuale, con i lavoratori che desiderano rimanere presso il cedente". Un'analoga rilevanza, poi, dovrebbe essere riconosciuta ad eventuali accordi sindacali che, nell'ambito della procedura di consultazione sindacale, possano "consentire ad alcuni lavoratori afferenti alla parte di azienda ceduta di restare presso il cedente"

⁴²⁶ G. Santoro Passatelli, *Il trasferimento di azienda rivisitato*, cit., 470 e M. Grandi, *Diritti e aspettative nel trasferimento d'azienda*, in AAVV, *Le trasformazioni aziendali in vista del Mercato europeo*, cit., 86; M. Marinelli, op. cit, 87 ss; F. Scarpelli, op. loc. ultt. citt.

del rapporto di lavoro e la conservazione dei diritti che ne derivano, non si mostrano contrari ad un simile eventualità.⁴²⁷

Occorre ora soffermarsi sul modo in cui un simile passaggio automatico al cessionario incida sulla posizione del prestatore di lavoro.

In proposito, pare opportuno rilevare come la natura inderogabile della disposizione che impone la successione ex lege dell'acquirente del complesso aziendale nei rapporti di lavoro spieghi i suoi effetti anche nei confronti del lavoratore, il quale non potrà manifestare il suo dissenso al trasferimento che rassegnando le proprie dimissioni.⁴²⁸

Non è attribuita al lavoratore la facoltà di restare alle dipendenze del cedente, per cui l'unico strumento riconosciutogli per opporsi al trasferimento è il suo potere di recesso, esercitabile in qualsiasi momento, con il solo limite dell'osservanza del periodo di preavviso (art. 2118 c.c.).⁴²⁹

Non sembra che il fatto in sé del trasferimento d'azienda possa legittimare il recesso per giusta causa del lavoratore, risultando, al contrario, necessario, per integrare gli estremi delle dimensioni ex art. 2119 c.c., il verificarsi di fatti diversi e ulteriori, sebbene al medesimo eventualmente in qualche modo connessi.⁴³⁰

⁴²⁷ R. Foglia, *Trasferimenti di azienda ed effetti sui rapporti di lavoro*, cit., 332; R. Romei, op., ult., cit., 103 e U. Carabelli – B. Veneziani, op. cit., 132. Cass. 11 dicembre 2003, n. 19105, *RFI*, 2003, *Lavoro (rapporto)* 1402, dove si evidenzia che “ in caso di cessione di ramo di azienda, la garanzia della continuazione del rapporto di lavoro dei dipendenti addetti al ramo ceduto... ben può attuarsi, nel rispetto della procedura di consultazione sindacale... con il mantenimento, da parte dell'impresa cedente, nelle attività aziendali non interessate dalla cessione, dei rapporti di lavoro con i dipendenti , già addetti all'attività oggetto di cessione, senza che la esclusione del passaggio dei predetti dipendenti alla cessionaria comporti una lesione del diritto di costoro”. Invero, anche a voler escludere la realizzabilità di una tale scelta imprenditoriale, perché contrastante con il principio del passaggio automatico dei dipendenti al cessionario, non può comunque negarsi la possibilità per il datore di lavoro cedente di esplicitare pienamente, nei limiti previsti dall'art. 2103, il proprio ius variandi, anche in un momento immediatamente precedente al trasferimento, mutando le mansioni svolte dal lavoratore, nel rispetto del principio di equivalenza, o trasferendolo ad altra unità produttiva, sulla base di “ comprovare ragioni tecniche, organizzative e produttive. In senso sostanzialmente analogo, v. M. Detrassi, *Trasferimento di ramo di azienda e trasferimento parziale dei dipendenti ad esso addetti*, *ADL*, 1998, 921, e s. Nappi, op. ult., cit. 34

⁴²⁸ Cfr. R. Scognamiglio, *Relazione di sintesi*, cit., 138 s

⁴²⁹ R. Romei, op. ult. cit, 94, il quale osserva come “ l'interesse del datore di lavoro all'integrità funzionale del complesso mai risolversi in una limitazione della facoltà di recesso conferita al prestatore di lavoro dagli artt. 2118 e 2119 c.c. “, potendo, allora, questi “in ogni momento fare uso della propria facoltà di recedere dal contratto con la sola cautela dell'osservanza di un periodo di preavviso”

⁴³⁰ S. Magrini, op.ult. cit., 150e R. Romei, op. ult. cit., 92; Analogamente, L. Tartaglione, op. cit, 53 ss.; M. Grandi, op. cit., 53 s.

Una certa rilevanza, a tal fine, potrebbe essere attribuita ad un giudizio sull'affidabilità del cessionario, condotto sulla base di una valutazione della sua consistenza patrimoniale e della relativa posizione economica⁴³¹, nei limiti in cui simili circostanze siano idonee ad incidere, in prospettiva sulla esattezza dei futuri adempimenti del datore di lavoro⁴³², nonché sulla sicurezza e sulla stabilità del posto di lavoro, pure in conseguenza del venir meno dei presupposti normativi per l'applicazione di specifiche discipline poste a garanzia del prestatore di lavoro.

Dubbia risulta la possibilità di configurare in capo all'alienante, una responsabilità nei confronti del lavoratore per i danni che questo abbia subito per essere stato costretto a recedere per giusta causa dal contratto attraverso l'applicazione analogica della previsione stabilità, in linea generale, dall'art. 2558 c.c.⁴³³

Una speciale facoltà di recesso è, poi, prevista dal quarto comma dell'art. 2112 c.c., come modificato dal decreto legislativo n. 18 del 2001, secondo il quale “il lavoratore, le cui condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica nei tre mesi

⁴³¹ R. Romei, op.ult. cit., 94, secondo il quale “le condizioni personali del datore di lavoro debbono considerarsi in linea di principio del tutto irrilevanti nell'economia del singolo rapporto, ispirato, al contrario, all'opposto principio della spersonalizzazione della persona del datore di lavoro”. Sul punto v. già M. Grandi, op. ult. cit. 266 s.

⁴³² F. Mazziotti, *Diritto del lavoro*, Napoli, 2001, 499.

⁴³³ A norma dell'art. 2558 c.c., “ se non è pattuito diversamente, l'acquirente dell'azienda subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale. Il terzo contraente può tuttavia recedere dal contratto entro tre mesi dalla notizia del trasferimento, se sussiste una giusta causa, salvo in questo caso la responsabilità dell'alienante”. In proposito, cfr. anche per gli opportuni riferimenti bibliografici, A. Vanzetti, *Osservazioni sulla successione nei contratti*, cit., 1999 ss. Piuttosto problematica risulta, in effetti, la questione applicazione alle dimissioni del lavoratore dell'art. 2558 c.c., che disciplina in genere la facoltà di recesso per giusta causa del contraente ceduto nell'ipotesi di successione nei contratti inerenti all'esercizio dell'azienda. Tale questione, infatti, se, con specifico riguardo al potere di recesso del lavoratore, si dimostra di scarso rilievo, come del resto, rilevato da R. Romei, op. cit., 93, spiegando efficacia la disciplina di carattere generale del recesso per giusta causa, stabilita dall'art. 2119 c.c., sembrerebbe, invece, assumere un certo interesse cionon riferimento alla responsabilità dell'alienante, prevista dal medesimo art. 2558, comma 2, per i danni che il terzo può aver subito per essere stato costretto a recedere per giusta causa dal contratto: in argomento, v. A. Vanzetti, op. cit., 2119 s, il quale individua il fondamento di tale responsabilità in “ una prestazione di garanzia” posta a carico dell'alienante, quale “effetto naturale del contratto stipulato per l'esercizio dell'azienda”. In una simile prospettiva, sembrerebbe potersi escludere che una analoga esigenza di tutela sussista anche per il lavoratore il cui rapporto contrattuale sia stato trasferito al cessionario in forza dell'art. 2112 c.c., dovendo trovare applicazione, anche in tale ipotesi, le normali garanzie previste dall'art. 2119 c.c. in favore del lavoratore che receda per giusta causa. In giurisprudenza, cfr., nel senso dell'esclusione della possibilità di applicare l'art. 2558 c.c., ai rapporti di lavoro, Cass 2 marzo 2002, n. 3045, *Contr*, 2003, 57ss., con nota di L. Zappata, *Contratti normativi e cessione di azienda*.

successivi al trasferimento d'azienda, può rassegnare le dimissioni con gli effetti di cui all'art. 2119 , primo comma”.

Sembra da considerare quella parte della dottrina che individua nell'art. 2112 c.c. , comma 4 c.c. , una ipotesi di recesso ulteriore e diversa rispetto a quella prevista in via generale dall'art. 2119 c.c.⁴³⁴

Al riguardo, occorre rilevare come la dottrina in prima applicazione della norma abbia attribuito un senso piuttosto esclusivo all'impressione utilizzata dal legislatore, costruendo una fattispecie dai confini non sempre certi, idonea a comprendere al suo interno ipotesi apparentemente eterogenee, accomunate dal fatto di comportare, a scapito del lavoratore, un peggioramento delle condizioni di lavoro⁴³⁵ , indipendentemente dalla loro fonte(la legge o il contratto collettivo applicabile; un atto unilaterale in sé legittimo del datore di lavoro)⁴³⁶, ma tali da determinare il dissenso del lavoratore alla continuazione del rapporto presso il cessionario⁴³⁷.

⁴³⁴ C. Cester, *Trasferimento d'azienda. La disciplina del trasferimento d'azienda*, cit., 113, M. De Cristofaro, *Trasferimento d'azienda e successive dimissioni del lavoratore*, DL, 2002, I, 510, e F. Scarpelli, op. ult. cit., 102 ss.

⁴³⁵ Cfr., sul punto C. Cester, op. cit., ult., il quale riconduce all'espressione condizioni di lavoro “tutti gli elementi che definiscono ...il modo di essere del lavoratore in una certa struttura: dal tipo di mansioni alle condizioni ambientali, dai rapporti con i compagni di lavoro e con i preposti alle prospettive di carriera e di crescita professionale, fino alla disciplina applicabile nel nuovo rapporto ecc”.

⁴³⁶ MV. Ballestero, *Trasferimento d'azienda e trattamento dei lavoratori*, LD, 2002, 213

⁴³⁷ Cfr., nello stesso senso, F. Scarpelli, op. ult. cit. Una così ampia interpretazione del concetto di modificazione delle condizioni di lavoro sembra trarre origine dalla considerazione della sua provenienza da un altro ordinamento nazionale, quello francese. Invero, la giurisprudenza francese tende a distinguere nettamente tra due vicende: la “modification du contrat de travail” e il “ changement des conditions de travail”. Mentre la prima vicenda, concernendo la sfera contrattuale, non può che intervenire con il consenso del prestatore di lavoro, la seconda, costituendo espressione del potere di direzione dell'imprenditore, può essere imposta unilateralmente. Una tale distinzione è stata di recente sostituita dalla Cassazione a quella tradizionale tra “modifications substantielles et modifications non substantielles du contrat de travail”: le prime, più importanti non possono essere realizzate che con l'accordo dei due contraenti, le seconde, invece, si impongono unilateralmente al prestatore di lavoro. Sui termini della distinzione, nonché sulle conseguenze dell'accettazione e del rifiuto, cfr. G. Lyon -Caen -J. Pelissier- A. Supiot, *Droit du travail*, cit., 373 ss. Il riferimento ad un simile sistema pare, peraltro, difficilmente conciliabile con la previsione dell'art. 2112, comma 4, c.c.: quest'ultima norma sembrerebbe ricostruire la vicenda modificatoria delle condizioni di lavoro come una conseguenza diretta sugli effetti del trasferimento d'azienda, così come disciplinati dall'art. 2112 c.c., ed in particolare dell'effetto sostitutivo dei contratti collettivi, laddove, invece, la nozione di modificazione delle condizioni di lavoro, emergente dall'ordinamento francese, parrebbe presupporre una specifica manifestazione di volontà del datore di lavoro. In una tale prospettiva, allora, gli eventuali comportamenti del nuovo datore di lavoro, costituenti, ad esempio, esercizio del suo potere direttivo, non potranno che essere disciplinati secondo le regole generali, imponendosi unilateralmente al lavoratore nei limiti fissati dalla legge, senza dar origine ad alcun particolare potere di recesso di quest'ultimo.

Sono state, così, ricondotte all'art. 2112, comma 4, c.c. le ipotesi di peggioramento del trattamento economico previsto dai contratti collettivi, la modifica del regime di tutela di licenziamenti, oppure i possibili pregiudizi derivanti dal legittimo esercizio di prerogative datoriali.^{438 439}

In realtà, una corretta ricostruzione del significato di una simile previsione, non può che partire da un'analisi del diritto comunitario, dal quale la medesima disposizione, con il suo riferimento al concetto di "condizioni di lavoro", trae origine.

L'art. 4, par. 2, dir. 2001/23/CE, che, in effetti, riconosce l'esistenza di una responsabilità del datore di lavoro per il caso di dimissioni del lavoratore motivate da una "sostanziale modifica delle condizioni di lavoro", non può che essere letto in relazione all'articolo precedente, il quale, tra le altre cose, disciplina, al par. 3, il mantenimento delle "condizioni di lavoro convenute mediante contratto collettivo".

Ed è proprio con riferimento ad una simile disposizione che deve essere interpretata pure la norma in esame: la direttiva, infatti, non assicura in ogni caso il mantenimento di tali condizioni di lavoro anche al di là della "data della risoluzione o della scadenza del contratto collettivo o dell'entrata in vigore o dell'applicazione di un altro contratto collettivo", per cui potrebbe ben verificarsi, a causa del trasferimento d'azienda ed in conseguenza della possibile sostituzione dei contratti collettivi in vigore presso il cessionario a quelli in precedenza applicati dal cedente, un sensibile peggioramento delle condizioni di lavoro per i dipendenti trasferiti. In queste ipotesi, allora, trova applicazione l'art. 4 par. 2, il quale non fa altro che ricondurre alla responsabilità del datore di lavoro un eventuale recesso del lavoratore trasferito, quando

⁴³⁸ Cfr. , F. Scarpelli, op. cit., 102, secondo il quale "l'istituto delle dimissioni ex art. 2112, infatti, si pone su un piano diverso da quello della tutela dei diritti lavoratore, per attingere entro certi limiti a quello della tutela degli interessi e delle aspettative del medesimo, assegnando una sorta di compensazione al significativo mutamento del contesto lavorativo, del tipo di inserimento professionale, del rapporto sinallagmatico tra prestazione e trattamenti economici, ecc. Il piano è quindi diverso e ulteriore rispetto a quello dell'inadempimento sul quale opera l'istituto delle dimissioni per giusta causa"

⁴³⁹ In tal senso, v. S. Ciucciovino, op. ult. cit., 112, la quale, però , sembrerebbe attribuire rilievo prevalente al "caso in cui il deterioramento delle condizioni di lavoro derivi dall'applicazione di una regolamentazione collettiva meno favorevole alla precedente". In un simile ordine di idee, cfr. F. Scarpelli, op. loc. Ult. citt., V. Nuzzo, *Trasferimento di azienda e rapporto di lavoro*, cit., 74 s; G. Pacchiana Perracivini, *Trasferimento e dissenso individuale: la modifica del comma 4° dell'art. 2112 c.c.*, in AAV., *Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese*, cit., NLCC, 2002, 1292. Pone l'attenzione sul pregiudizio derivante "dall'esercizio legittimo di facoltà inerenti il potere direttivo e organizzativo del nuovo datore di lavoro", C. De Marchis, *Aspetti vecchi e novi del trasferimento d'azienda alla luce del decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 18, RGL*, 2001, I, 133

sia causato, appunto, da un rilevante mutamento del trattamento economico e normativo cui il medesimo aveva diritto in forza dei contratti collettivi in vigore presso il cedente.

Ad analoghe conclusioni può pervenirsi anche con riguardo all'interpretazione dell'art. 2112 c.c., con l'unica precisazione, però, che tale articolo, al terzo comma, invece di richiamare la più generica nozione, di origine comunitaria, di "condizioni di lavoro convenute mediante contratto collettivo", preferisce far riferimento ai "trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi. Pertanto, nell'ipotesi in cui, nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, il lavoratore subisca, in conseguenza all'effetto di sostituzione dei contratti collettivi del cessionario quelli del cedente, una rilevante modifica del trattamento economico e normativo, al medesimo è riconosciuta la facoltà di recedere senza preavviso e con il diritto alla relativa indennità, operando, così, il legislatore una sostanziale equiparazione di una simile vicenda, pregiudizievole per il prestatore di lavoro, ma contempla espressamente dal terzo comma dell'art. 2112 c.c. , alla giusta causa di recesso prevista dall'art. 2119 c.c.

2. Le altre garanzie previste dall'art. 2112 c.c. a tutela della prestazione del lavoratore

Dall'art. 2112 c.c. si evince che il principale effetto previsto è la continuazione *ex lege* dei rapporti di lavoro con il cessionario, riconducibile, senz'altro, ad una vicenda di sostituzione soggettiva nel rapporto contrattuale.⁴⁴⁰

⁴⁴⁰ S. Magrini, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, cit., 106 ss.

Infatti, realizzata la fattispecie descritta dall'art. 2112 c.c., il cessionario, subentra automaticamente nella posizione di datore di lavoro.⁴⁴¹

La previsione del primo comma dell'art. 2112 c.c. , in base alla quale "il lavoratore conserva tutti i diritti" che derivano dal rapporto di lavoro, pare, in effetti, aver dato luogo a non pochi problemi interpretativi, relativi, soprattutto, alla precisa determinazione del novero delle situazioni soggettive coinvolte nell'effetto successorio.

Risultano interessate dalla vicenda successoria quelle situazioni giuridiche soggettive, attive e passive, già definite ed attuali⁴⁴² per le quali la fattispecie costitutiva si dimostri completa già prima del trasferimento d'azienda, dovrebbero ritenersi escluse, invece, quelle posizioni di debito e di credito non ancora perfezionata, la cui fattispecie si riveli ancora in via di formazione.

L'art. 2112 c.c., infatti, facendo riferimento al concetto di diritto, per il quale, oltretutto, solo sembrerebbe aver senso parlare di un effetto successorio, pare risolvere negativamente la questione della rilevanza delle aspettative.

⁴⁴¹ R. Romei, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda*, cit., 151, il quale rileva come " il trasferimento d'azienda determini il subentro dell'acquirente nella qualità di parte di un rapporto di lavoro in atto che già faceva capo al soggetto alienante", diviene "centro di imputazione dell'originario regolamento traggono fondamento". S. Magrini, op. ult. cit., 195, il quale ravvisa nel fenomeno della sostituzione soggettiva nel rapporto contrattuale la "imputazione ad un soggetto terzo di tutti i valori di rilevanza giuridica già espressi nel regolamento contrattuale di interessi realizzato fra le parti originarie...Di codesto effetto essenziale, la successione nelle posizioni soggettive contrattuali...non costituirebbe allora un riflesso".

⁴⁴² R. Romei, op. cit., 148

Nel senso della possibilità di comprendere nella formula “diritti” anche le “aspettative di diritto”⁴⁴³, nozione di non chiara ed univoca determinazione.⁴⁴⁴

Sono da escludere dalla vicenda successoria pure quelle situazioni di credito e di debito già maturate, già entrate nel patrimonio del lavoratore, perché derivanti da prestazioni eseguite prima del trasferimento d’azienda in favore del datore di lavoro alienante.

Simili situazioni potranno dare luogo all’applicazione della previsione del 2° comma dell’art. 2112 c.c. che sancisce la responsabilità solidale del cedente e del cessionario per tutti i crediti vantati dal lavoratore al tempo del trasferimento.

Inoltre, il terzo comma dell’art. 2112 c.c. stabilisce che “il cessionario è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all’impresa del cessionario”.

L’effetto di considerazione dei trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi in vigore presso il cedente pare limitato alle sole ipotesi in cui il

⁴⁴³ M. Grandi, *Diritti e aspettative*, cit., 87 ss; R. Cosio, *Discipline del trasferimento d’azienda*, cit., 93 ss; S. Nappi, *Negozi traslativi dell’impresa*, cit., 36.

⁴⁴⁴ R. Scognamiglio, *Aspettative di diritto*, ED, III, Milano, 1958, 223 ss, il quale, dopo aver rilevato che “la concezione cennata dell’aspettativa di diritto non è affatto pacifica in dottrina”, sottolinea “l’impossibilità di ravvisare un diritto di aspettativa, quando si voglia dare all’espressione il suo significato tecnico”. L’A., infatti, passando in rassegna le principali ipotesi generalmente ricondotte dalla dottrina alla figura dell’aspettativa, evidenzia come in alcune ipotesi non si produca in realtà alcun effetto giuridico, mentre nelle altre, pur riproducendosi degli effetti, questi consisterebbero, in sostanza, nei c.d. “effetti preliminari”, che traggono origine dai casi di “formazione successiva della fattispecie negoziale” e che corrispondono alla “esigenza di garantire e preparare l’avverarsi della situazione finale”. Nel senso della riconduzione della nozione di “aspettativa giuridica” alle fattispecie in corso di formazione, v. A. Falzea, *Efficacia giuridica*, cit., 480 s., il quale rileva che “la fattispecie che fonda una aspettativa è una parte della più comprensiva fattispecie donde nasce una situazione giuridica. La relazione tra aspettativa giuridica e situazione giuridica si riporta così alla relazione già studiata tra fattispecie parziale e fattispecie totale. E poiché sappiamo che alla fattispecie totale corrisponde la efficacia giuridica, mentre alla fattispecie parziale è legata la rilevanza giuridica, è forza concludere che il fatto produttivo della aspettativa giuridica è un fatto rilevante ma non efficace”.

cessionario non applichi alcun contratto collettivo, verificandosi, altrimenti, l'effetto di sostituzione dei trattamenti originari con quelli applicati da quest'ultimo.⁴⁴⁵

Ed è proprio tale vicenda sostitutiva che costituisce la possibile causa dei maggiori pregiudizi subiti dal lavoratore in conseguenza del trasferimento d'azienda.

L'effetto di sostituzione si realizza indipendentemente dal livello qualitativo e quantitativo dei trattamenti in vigore presso il cedente e il cessionario, risultando senz'altro esclusa la rilevanza di una qualsiasi verifica comparativa: al prestatore di lavoro saranno comunque applicati i trattamenti economici e normativi cui sono soggetti i dipendenti del cessionario, anche nel caso in cui questi risultino deteriori qualitativamente o inferiori quantitativamente rispetto a quelli goduti dal medesimo lavoratore presso il cedente.

L'unica garanzia riconosciuta al prestatore di lavoro nel caso di modifica in senso peggiorativo dei trattamenti economici e normativi previsti dai contratti sono le dimissioni con gli effetti di cui all'art. 2119, primo comma c.c..

Dopo la riforma del 2001 non sembra più possibile negare che simile effetto di sostituzione operi automaticamente⁴⁴⁶ risultando ogni altra interpretazione incompatibile con la previsione, aggiunta dal dlgsn. 18, in base alla quale tale effetto si produce esclusivamente fra contratti collettivi del medesimo livello.

⁴⁴⁵ A.Maresca, *Tutela collettiva e garanzie individuali*, cit., 217 s e P. Lambertucci, *Profili ricostruttivi della nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, RIDL, 1992, I, 192, v. R. Romei, op.ultt.citt., il quale sottolinea che “la lettera della legge sembra infatti alludere non ai contratti collettivi già applicati al momento del trasferimento, ma ad altri contratti collettivi, che in altra sede si sono definiti di ingresso”, facendo salva soltanto l'ipotesi in cui “il trattamento scaturente dal contratto collettivo in vigore presso la di lui azienda possa dirsi..non inferiore al trattamento derivante dalla precedente disciplina collettiva”, dovendosi, infatti, ritenere adempiuto, in tal caso, l'obbligo di conformazione gravante sul cessionario.

⁴⁴⁶ M. V. Balestrero, *Il trattamento economico e normativo*, cit., 120; S. Ciucciiovino, *La disciplina del trasferimento d'azienda*, cit., 110; A.Maresca, op. ultt.citt., P. Tosi, *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda*. Opinione, DLRI, 791 s.; M. Grandi, *Trasferimento d'azienda*, cit., 10; P. Lambertucci, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, cit., 53; G. Villani, *Trasferimento d'azienda*, cit. 820 s.

In giurisprudenza Cass. 8 settembre 1999, n. 9545, MGL, 1999, 1147 ss, con nota di F.Lunardon, *Avvicinamento delle discipline collettive e continuità del rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*. Sulla problematica v. A. Stanchi, *Il mantenimento dei diritti dei lavoratori e la contrattazione collettiva applicabile*, in AAVV, *Il trasferimento dell'impresa*, cit. 125 ss; D. Calafiore, *I contratti collettivi applicabili*, in AAVV, *la nuova disciplina del trasferimento d'impresa*, cit., 107 ss; M. Galliano, *Disciplina collettiva applicabile nel trasferimento d'azienda*, in AAVV., *Mantenimento dei diritti dei lavoratori*, cit., NLCC, 2002, 1264 ss

L'opinione che prospettava la necessità di adottare, in sostituzione dei trattamenti economici e normativi applicati dal cedente, un contratto collettivo di ingresso⁴⁴⁷, si dimostra contraria alla lettera dell'art. 2112, comma 4 c.c.

Tale disposizione presuppone che l'effetto di sostituzione sia per tutti i diversi livelli della contrattazione collettiva, e non solo per quello aziendale.

Solo, allora, nel caso in cui il cessionario non applichi contratti collettivi del medesimo livello di quelli in vigore presso il cedente il prestatore di lavoro conserva, fino alla scadenza di questi ultimi contratti, i relativi trattamenti economici e normativi, determinandosi, tra l'altro, rilevanti problemi di coordinamento nell'ipotesi in cui l'effetto di sostituzione si produca unicamente per il contratto collettivo di livello nazionale o aziendale, continuando a trovare applicazione l'altro.

Ciò che sembra emergere da una simile ricostruzione è la prevalenza attribuita dal legislatore all'interesse del cessionario all'applicazione di trattamenti uniformi ai propri dipendenti, rispetto a quello del prestatore di lavoro a non essere in alcun modo pregiudicato dalla vicenda traslativa del complesso aziendale.

In effetti si considera sufficiente, nella prospettiva della tutela dei lavoratori la sola garanzia dell'applicazione di un trattamento come quello goduto presso il cedente, con sostanziale sacrificio del tendenziale principio di una insensibilità del rapporto di lavoro rispetto alle vicende riguardanti la sfera del datore.

I diritti che trovano origine nel contratto collettivo, risentono necessariamente delle modificazioni subite dalla loro fonte, non rilevandosi improbabile l'evenienza che il nuovo contratto collettivo non preveda simili diritti o che, pur prevedendoli, li disciplini in maniera differente. Simili modificazione possono incidere, sempre in una prospettiva futura, o solo sulla "disciplina degli effetti", oppure anche sulla stessa "spettanza" del medesimo diritto.⁴⁴⁸

⁴⁴⁷ V. R. Romei, op. ult. cit., 200 s., il quale definisce i contratti di ingresso come dei "contratti collettivi finalizzati ad armonizzare progressivamente fino a smussarle del tutto, le differenze esistenti tra le diverse discipline collettive in vigore presso l'alienante e presso l'acquirente". V. G. Santoro Pizzerelli, *Il trasferimento d'azienda rivisitato*, cit., 472; R. Foglia, *Trasferimenti di azienda*, cit., 334; S. Liebman, *Trasferimento d'azienda*, cit., 37; AR Tinti, *La nozione di trasferimento d'azienda*, cit., 662 s. In senso critico nei confronti della possibilità di un effetto di sostituzione automatica, pure dopo la riforma del 2001, v. G. Santoro Passatelli, *La disciplina del rapporto di lavoro*, cit., 12 s e F. Scarpelli, *Il mantenimento dei diritti del lavoratore*, cit., 107 ss.

⁴⁴⁸ R. Romei, op. loc. ultt. citt.

La garanzia della conservazione esplica, invece, una piena efficacia qualora i diritti del lavoratore siano previsti e disciplinati dal contratto individuale, non potendo questi subire, in tal caso, alcun pregiudizio dalla vicenda traslativa del complesso aziendale, ciascun diritto del lavoratore segue le sorti della fonte contrattuale, individuale o collettiva, che lo prevede e disciplina: mentre la prima è destinata a restare sempre immutata nel trasferimento, la seconda può subire modificazioni, anche di notevole rilevanza, in conseguenza del verificarsi dell'effetto di sostituzione.

Risultano insensibili alla vicenda successoria connessa alla garanzia della conservazione dei diritti, e al fenomeno della sostituzione dei trattamenti economici e normativi previsti da fonte collettiva, quelle situazioni soggettive di credito già maturate ed entrate nel patrimonio del lavoratore, perché derivanti da prestazioni eseguite prima del trasferimento d'azienda in favore del datore di lavoro alienante.⁴⁴⁹

Per queste ultime situazioni il legislatore ha previsto una speciale responsabilità solidale del cedente e del cessionario.

Ciò che sembra verificarsi, allora, non è una vicenda di successione di un soggetto ad un altro nella titolarità della situazione soggettiva di diritto⁴⁵⁰, ma solo l'assegnazione ex lege al prestatore di lavoro⁴⁵¹ di un nuovo debitore, accanto a quello

⁴⁴⁹ M. Grandi, *Le modificazioni del rapporto di lavoro*, cit., 357 ss, e R. Romei, op. ult. cit., 155 s. In senso contrario M. Marinelli, op. ult. cit., 115 ss

⁴⁵⁰ Non si vede, infatti, perché mai “ il legislatore, intendendo pervenire al risultato della duplicazione dei soggetti obbligati, avrebbe dovuto far ricorso da una costruzione così macchinosa, come quella di espeller dal rapporto obbligatorio il debitore originario, di sostituirvi un altro debitore e di affiancare di nuovo a questi lo stesso debitore originario stavolta nella veste di corresponsabile solidale” : S, Magrini, op. ult. cit., 206. Di contrario avviso si mostra M. Marinelli, op. ult. cit., 116, secondo il quale la disciplina del trasferimento d'azienda, oltre all'effetto successorio per il futuro, “ prevede anche la successione in tutte le situazioni giuridiche consolidate, che abbiano già assunto la posizione di veri e propri diritti perfezionati, quale che sia la loro fonte, tra i quali rientrano in primo luogo i diritti di credito già maturati nei confronti del cedente”. Secondo tale A., infatti, se “titolare della posizione debitoria restasse soltanto il cedente, ed il cessionario si aggiungesse come garante della posizione debitoria, l'estinzione dell'obbligazione principale”, conseguente alla liberazione del cedente, realizzata a norma dell'art. 2112, comma 2, c.c., “determinerebbe l'estinzione dell'obbligazione solidale”.

⁴⁵¹ In dottrina si fa spesso ricorso alla figura dell'“accollo cumulativo ex lege”, che si verifica “ quando a determinare fattispecie la legge annette l'acquisto di un nuovo obbligato per il creditore, senza che sia necessaria alcuna attività da parte di lui”: cfr., anche con particolare riferimento all'art. 2112, comma 2, c.c., P. Rescigno, op. ult. cit., 278 s e 307, R. Cicala, *Accollo*, ED, I, Milano, 1958, 285, e F. Santoro Passatelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1972, 220 s. In senso critico, con riguardo alla fattispecie in discussione, v. M. Grandi, op. ult. cit., 364 s.

originario⁴⁵², per quei crediti sorti in conseguenza dell'esecuzione del rapporto di lavoro successivamente trasferito al cessionario, con la relativa trasformazione soggettiva dell'obbligazione da semplice in complessa.

Inoltre l'art. 2112 c.c. comma secondo prevede la possibilità, per il cedente, di essere liberato dalle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro, nel caso in cui il lavoratore presti il proprio consenso con le procedure di cui agli artt. 410 e 411 del codice di procedura civile". Appare evidente come la liberazione del cedente non costituisca un effetto necessario del trasferimento d'azienda, ma trae la sua origine in una specifica manifestazione di volontà del creditore, circondata da adeguate garanzie, idonea a determinare una trasformazione soggettiva dell'obbligazione da complessa in semplice⁴⁵³.

⁴⁵² R. Romei, op. ult. cit., 176, il quale rileva come possa "escludersi che le manifestazioni introdotte dalla L. n. 428/1990 abbiano alterato la sostanza del fenomeno, che permane quindi un fenomeno di aggiunta di un debitore nuovo al vecchio e non di successione del primo al secondo". Sul punto, v. già M. Grandi, op. ult.cit., 367, S. Magrini, op. ult. cit., 205, e G. Santoro Passatelli, *Il trasferimento d'azienda*, cit., 603.

⁴⁵³ M. grandi, op. ult. cit., 375, e g. Santoro Passatelli, op. ult. cit., 620. Nell'ipotesi in cui, invece, il consenso alla liberazione del cedente sia manifestato dal lavoratore in un momento antecedente il trasferimento, la vicenda successoria nella posizione di debito risulterà più correttamente configurabile nei termini di un accollo liberatorio, comportante non una trasformazione soggettiva dell'obbligazione da semplice in complessa, ma, più semplicemente, la successione del cessionario nel rapporto obbligatorio.

3. La posizione del lavoratore coinvolto in processo di esternalizzazione: l'equilibrio tra flessibilità e tutela

Se si riflette sulla circostanza che, nel caso dell'esternalizzazione, il lavoratore-trasferito dall'impresa decentrante a quella decentrata e successivamente impiegato nell'esecuzione del contratto di appalto stipulato tra i medesimi soggetti-continua ad eseguire la prestazione lavorativa, alle dipendenze del cessionario, in una situazione di integrazione nella struttura organizzativa dell'originario datore di lavoro, non si può mancare di sottolineare come il rischio di un eventuale peggioramento del relativo trattamento economico e normativo possa manifestarsi, essendo possibile favorire operazioni di esternalizzazione finalizzate esclusivamente ad una riduzione del costo del lavoro.

In una simile prospettiva, poiché l'art. 2112 c.c. non offre alcuna garanzia-se non quella della speciale facoltà di recesso prevista da 4° comma- a tutela del trattamento economico e normativo spettante al prestatore di lavoro, la ricerca di possibili strumenti di protezione della sua posizione non pare potersi appuntare, allora, che sulla seconda fase del processo di esternalizzazione e, dunque sulla relazione contrattuale che si viene ad instaurare tra le due imprese.

Ed è necessario proprio di un riconoscimento generalizzato ai lavoratori coinvolti in tali processi, della duplice garanzia della responsabilità solidale illimitata e della parità di trattamento, anche alla luce dei principi già introdotti dall'ormai abrogata l. n. 1369 del 1960e, sostanzialmente, riproposta-anche se non espressamente –nel d.lgs n. 276 del 2003.

L'applicazione di una disciplina protettiva della posizione del lavoratore si dimostra idonea a perseguire due obiettivi: da un lato, impedisce la diffusione di processi di esternalizzazione finalizzati esclusivamente ad un abbattimento del costo del lavoro, con conseguente pregiudizio della posizione del lavoratore; dall'altro, realizza un più equo contemperamento tra le opposte istanze di flessibilità nell'organizzazione dell'impresa e di tutela dei prestatori di lavoro. Ed è proprio con tale ultimo indirizzo di politica legislativa che si presenta decisiva nella prospettiva di un adeguamento dell'ordinamento giuridico alle nuove esigenze provenienti dalla realtà socio-economica, il necessario riconoscimento di maggiori spazi di flessibilità nell'acquisto e nell'organizzazione della forza lavoro che non può inoltre essere bilanciato, per scongiurare il rischio di una evoluzione della flessibilità in precarietà, da un rafforzamento delle tutele del lavoratore all'interno del rapporto contrattuale⁴⁵⁴, non solo sotto il profilo di un diffuso riconoscimento di trattamenti economici e normativi equamente commisurati alla qualità e quantità del lavoro prestato (art. 36 Cost.), ma anche attraverso la previsione di un più corposo apparato strumentale volto a favorire un pieno sviluppo della personalità del prestatore, risultando, pur sempre, la comunità di lavoro una delle formazioni sociali che maggiormente è destinata ad incidere sullo svolgimento della vita dell'individuo (art.2 Cost.).

Un grave rischio cui risulta esposto il lavoratore coinvolto in un processo di esternalizzazione risulta quello della possibile perdita del posto di lavoro.

Non può che imporsi all'interprete la ricerca di ulteriori strumenti di tutela del lavoratore capaci di colpire, in modo efficace il negozio traslativo anche quando l'entità trasferita alla luce della suddetta verifica preliminare degli elementi della fattispecie, si dimostri effettivamente qualificabile come un ramo d'azienda.

⁴⁵⁴ T. Treu, *La riforma del mercato del lavoro: prime notazioni*, cit., 10 secondo il quale “è fondamentale bilanciare l'aumento di flessibilità con la creazione di nuove forme di tutela, diffuse per i vari tipi di lavoro, modulate in relazione alle loro caratteristiche e accompagnate da politiche attive del lavoro”.

4. I limiti al controllo sindacale sui processi di esternalizzazione all'autonomia privata dell'imprenditore

Risulta opportuno rilevare come l'atteggiamento dei sindacati nei confronti del decentramento produttivo si sia rilevato decisamente ostile, soprattutto in ragione del pericolo dell'indebolimento della propria forza contrattuale all'interno dell'impresa⁴⁵⁵.

Simili processi, infatti, comportando il tramonto della grande impresa fordista, luogo di elezione della politica sindacale, sembrerebbero determinare una perdita del potere delle organizzazioni sindacali, inserite, così, in un contesto produttivo incentrato sull'attività delle piccole e medie imprese e, dunque, caratterizzato da una maggiore

⁴⁵⁵ F. Scarpelli, *Interposizione ed appalto nel settore dei servizi informatici*, cit. 27

difficoltà di penetrazione del sindacato nell'azienda e da una minore capacità di aggregazione degli interessi collettivi dei lavoratori⁴⁵⁶.

Proprio al fine di evitare tale pericolo i sindacati sembrano essere stati spinti verso politiche volte alla limitazione o, comunque, al controllo delle pratiche di esternalizzazione, pure nella prospettiva di un incremento delle tutele, peraltro già riconosciute ai lavoratori da fonti normative primarie.

Sembra, in tal guisa possibile ricondurre le diverse clausole dei contratti collettivi a due ordini di previsioni le prime dirette a limitare la libera esplicazione dell'autonomia privata dell'imprenditore incidendo così, sulle scelte concernenti la concreta determinazione dell'organizzazione produttiva aziendale; le seconde, invece, rivolta ad assicurare un più elevato livello di tutela ai lavoratori coinvolti nei processi di esternalizzazione, al fine di evitare i possibili pregiudizi derivanti dal peggioramento del trattamento ad essi spettante o, addirittura dalla perdita del posto di lavoro, nella prospettiva di una conservazione dei livelli qualitativi e quantitativi dell'occupazione aziendale⁴⁵⁷ la quale agisce a monte delle decisioni imprenditoriali, muovendosi sul piano dell'autonomia privata contrattuale”, la seconda, destinata a svilupparsi “in verticale” sul piano della “tutela dei lavoratori nella quale il sindacato agisce a valle, ovvero tenta di controllare le conseguenze sui rapporti di lavoro della decisione imprenditoriale di scorporo, fusione, appalto, esternalizzazione, ecc.

Sotto il primo profilo, particolare rilevanza deve essere riconosciuta a quelle clausole contrattuali dirette a tracciare i confini del decentramento produttivo lecito, prevedendo ora il divieto di affidamento ad imprese terze, ora, invece, la necessità di ulteriori requisiti per la liceità dell'appalto.

Di grande importanza si dimostra l'art. 28 disc. Gen. Sez. III, del ccnl del settore dell'industria metalmeccanica dell'otto giugno 1999, che da un lato, al secondo comma, esclude la possibilità di appaltare i lavori in azienda direttamente pertinenti le attività di trasformazione proprie dell'azienda stessa, nonché quelle di manutenzione ordinaria

⁴⁵⁶ M.G. Garofano, *Decentramento produttivo, impresa –rete e area contrattuale dei lavoratori*, RGL, 1991, I, 72; F. Scarpelli, op.loc. ultt.citt.; P. Lambertucci, *Area contrattuale e autonomia*, DLRI, 1999, 278

⁴⁵⁷ F. Lunardon, *Contrattazione collettiva e governo del decentramento produttivo*, DIDL, 2004, I, 215

continuativa, fissando, così, in sostanza, un divieto di esternalizzazione per simili attività, mentre dall'altro, al 4° comma, stabilisce, quale presupposto per la stipulazione di contratti di appalto continuativi svolti in azienda, il requisito della sussistenza di esigenze tecniche, organizzative, gestionali ed economiche, che su richiesta delle rappresentanze sindacali unitarie, potranno formare oggetto di verifica con la Direzione”.

Simili previsioni, adottate sotto il vigore della precedente normativa in materia di appalto ed interposizione, necessitano di un ripensamento al fine di coordinarle col nuovo impianto sistematico introdotto dal d.lgs n. 276/2003.

Se il secondo comma del citato art. 28 si dimostra rigido e restrittivo, alla luce del d.lgs. n. 276/2003, il quarto comma sembra conservare la propria utilità, comportando solo un controllo, da parte delle organizzazioni sindacali, sull'affidamento a soggetti esterni di attività da svolgersi all'interno dell'azienda, comunque in linea con l'indirizzo seguito dal legislatore, tendente ad ammettere la somministrazione di lavoro a tempo determinato “a fronte di ragioni di carattere tecnico produttivo, organizzativo o sostitutivo”(art. 21, comma 4, dlgs. 276/2003) e quella a tempo indeterminato nelle ipotesi espressamente stabilite dalla legge o nelle altre previste dalla contrattazione collettiva(art. 21, comma 3).

Inoltre, risultano ricorrenti nella contrattazione collettiva, clausole dirette a sottoporre l'affidamento all'esterno delle attività aziendali ad obblighi di informazione e consultazione di intensità variabile.⁴⁵⁸

⁴⁵⁸ L. Guaglione, *La disciplina degli appalti “introaziendali”*, cit., 168. Cfr., l'art. 7 del ccnl del settore delle cooperative alimentari del 5 luglio 1999, che attribuisce alla Commissione territoriale dell'Osservatorio nazionale poteri di controllo e vigilanza sul “fenomeno degli appalti, del decentramento produttivo e delle terziazioni, con riferimento alle conseguenze ed implicazioni riguardanti l'occupazione e le condizioni di lavoro, nel comune intento della salvaguardia delle normative di tutela del lavoro”.

Nella prospettiva analoga a quella di alcune previsioni di legge (come, ad esempio, l'art. 47 della l. n. 428/1990 sul trasferimento d'azienda) dell'introduzione di vincoli di natura procedimentali all'esercizio dei poteri del datore di lavoro⁴⁵⁹.

Occorre, a tal proposito, distinguere tra due tipi di procedure di informazione: quelle previste in via preventiva, che consentono un controllo effettivo sul singolo atto di esercizio del potere, al fine di scongiurare la possibile produzione di conseguenze pregiudizievoli sulla posizione del lavoratore, e quella a carattere periodico, che, permettendo una verifica continua delle strutture organizzative aziendali, costituiscono il presupposto per le valutazioni di indirizzo dell'azione sindacale nell'azienda.

In tutte le queste ipotesi il potere del datore di lavoro non subisce restrinzioni di carattere sostanziale rimanendo questi libero di affidare determinate attività in appalto, appunto nel rispetto degli obblighi procedurali fissati dal contratto collettivo consistenti, di volta in volta, in doveri di informazione e consultazione preventiva, nel momento antecedente la stipula del contratto, o in doveri di informazione periodica, volti a fornire un quadro complessivo del novero di attività eseguite pure all'interno dell'azienda da imprese appaltatrici e, in pratica, della diffusione stessa del fenomeno del decentramento produttivo.⁴⁶⁰

5. La tutela convenzionale dei lavoratori

⁴⁵⁹ C. Zoli, *La tutela delle disposizioni "strumentali" del lavoratore*, Milano 1988, 75 ss e 163 ss, il quale esamina "quei vincoli di carattere meramente 'procedimentale', che la contrattazione collettiva crea, introducendo l'obbligo per il datore di lavoro di fornire determinate informazioni e/o di esperire particolari procedure di consultazione, facendo sorgere conseguentemente, in ordine al rispetto di tali regole, diritti soggettivi in capo ai sindacati e – nell'opinione della dottrina che a tale ricostruzione ha dato vita- interessi legittimi a favore dei singoli lavoratori". In argomento, cfr., con specifico riferimento agli obblighi di informazione relativi al fenomeno del decentramento produttivo, L. Mariucci, op. ult. Cit., 240 ss., nonché P. Lambertucci, op. ult. Cit., 298, e F. Lunardon, op. ult. Cit., 28.

Analizzando le clausole volte ad incidere sul livello di tutela dei lavoratori coinvolti nei processi di esternalizzazione è da rilevare come queste risultino caratterizzate dalla predisposizione di un adeguato apparato protettivo della posizione dei lavoratori, al fine di evitare i possibili pregiudizi derivanti dal peggioramento del trattamento ad essi spettante o, addirittura dalla perdita del posto di lavoro, nella prospettiva, quindi, di una conservazione dei livelli qualitativi e quantitativi dell'occupazione aziendale.

Un primo gruppo di clausole si prefigge l'ampliamento dell'ambito di applicazione di alcune tutele già previste dal legislatore, come la responsabilità solidale e la parità di trattamento, anche al di là dei limiti fissati dalle norme che la prevedono.⁴⁶¹

È in tale prospettiva che il contratto collettivo prevede il riconoscimento al lavoratore di simili garanzie in tutte le ipotesi in cui l'appalto abbia ad oggetto una determinata attività, indipendentemente dall'accertamento delle circostanze che consentono di qualificarlo come appalto interno.⁴⁶²

Più diffuse nella contrattazione collettiva risultano le c.d. clausole sociali, ossia quelle statuizione che impongono all'appaltatore di applicare ai propri dipendenti un determinato contratto collettivo, che potrà essere quello applicato all'appaltante, oppure quello applicabile all'appaltatore in base al settore di appartenenza.⁴⁶³

La finalità di tali clausole risulta quella di assicurare un trattamento derivante da fonte collettiva ai dipendenti dell'appaltatore, così da evitare che l'affidamento all'esterno di determinate attività possa favorire lo sviluppo di aree di lavoro sottotutelato.⁴⁶⁴

⁴⁶¹ F. Lunardon, *Contrattazione collettiva e governo del decentramento produttivo*, cit., 225 s

⁴⁶² si tratta di previsioni di grande rilievo, giacchè attribuiscono alla contrattazione collettiva la possibilità di individuare, a seconda del settore interessato, tutte quelle attività nelle quali risulti opportuno il riconoscimento ai dipendenti dell'appaltatore delle garanzie della responsabilità solidale e della parità di trattamento, indipendentemente dall'accertamento della situazione di integrazione del lavoratore nell'organizzazione produttiva del committente. Cfr., ad esempio, l'art. 15 del ccnl del settore edile del 22 giugno 2000, il quale stabilisce la possibilità di applicare le due garanzie sopra richiamate in tutti i casi di conferimento di appalto o subappalto di lavori edili da parte di un'impresa del settore, indipendentemente dal luogo di esecuzione.

⁴⁶³ E. Ghera, *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, DRI, 2001, 133 ss; M. Marinelli, *Decentramento produttivo*, cit., 189 s; L. Calcaterra, *L'approccio al decentramento produttivo*, cit., 611, e F, op. ult. cit., 226 s.

⁴⁶⁴ E. Ghera, op. ult. cit., 137 e F. Scarpelli, *Interposizione ed appalto*, cit., 109.

Una simile tecnica, invero, riprende quella già utilizzata dal legislatore dello Statuto dei lavoratori, il quale con l'art. 36⁴⁶⁵ ha sancito l'inserimento, nei capitolati di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, della scuola determinante l'obbligo dell'appaltatore "di applicare o di far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona"⁴⁶⁶.

Pure tali situazioni di origine contrattuale obbligano il committente ad inserire nel contratto di appalto un'apposita clausola in forza della quale l'appaltatore è tenuto a garantire ai propri dipendenti l'applicazione di un contratto collettivo, che, come dianzi accennato, a seconda delle diverse previsioni contrattuali, sarà quello stesso dell'impresa appaltante, oppure quello del settore di appartenenza dell'appaltatore.

L'eventuale inosservanza di tale obbligo da parte del committente comporta la possibilità per il sindacato di fare ricorso, oltre che agli strumenti di autotutela, ai normali mezzi previsti dal diritto civile per ottenere l'adempimento delle obbligazioni, non potendo, invece, questi utilizzare l'art. 28 St.Lav., salvo il caso in cui la condotta omissiva dell'imprenditore, anche in conseguenza delle sua sistematicità, costituisce impedimento allo svolgimento dell'attività sindacale.

L'inadempimento da parte dell'appaltatore oltre a determinare una responsabilità nei confronti del committente, pare attribuire una legittimazione diretta dei lavoratori a richiedere all'appaltatore il trattamento dovuto in base al contratto collettivo,⁴⁶⁷ venendo

⁴⁶⁵ G. F. Mancini, *Sub. Art. 36*, in G. Grezzi-G.F. Mancini-L. Montuschi-U. Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna, 1972, 542 ss; C. Assanti, *Sub.art. 36*, in C. Assanti -G. Pera, *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, 1972, 419 ss, nonché C. Romei, *La clausola sociale dell'art. 36 dello Statuto: Corte costituzionale e legge n. 327/2000, LG*, 2001, 613 ss; M. Marinelli, *op. ult. cit.*, 187 ss.

⁴⁶⁶ M. Marinelli, *op. ult. cit.*, 191 ss il quale la ritiene applicabile anche agli "appalti di lavori pubblici non attinenti all'esecuzione di opere pubbliche" ed agli "appalti di servizi e di fornitura".

⁴⁶⁷ L. Guaglione, *La disciplina degli appalti "introaziendali"*, cit., 171, P. Lambertucci, *op.ult.cit.*, 303, E. Ghera, *op. ult. cit.*, 133 e M. Marinelli, *op.ult.cit*, 195

la clausola sociale, almeno ove effettivamente inserita nel contratto di appalto⁴⁶⁸ generalmente configurata come contratto a favore di terzo.⁴⁶⁹

Di particolare importanza sono anche quelle clausole che, prendendo in considerazione il fenomeno dell'esternalizzazione, consentono il trasferimento all'esterno di determinate attività, purchè venga garantita la conservazione, per i lavoratori coinvolti, del trattamento economico e normativo previsto dal contratto collettivo applicato all'impresa decentrante.

In simili ipotesi la clausola in forza della quale l'appaltatore si impegna ad applicare il contratto collettivo del committente, una volta inserita, pare configurarsi come una condizione di efficacia dello stesso negozio di trasferimento di ramo di azienda il cui inadempimento, rilevabile anche dai singoli lavoratori, costituirebbe un impedimento alla stessa realizzazione del processo di esternalizzazione.

Un altro strumento utilizzato dalla contrattazione collettiva, nella prospettiva del controllo dei processi di esternalizzazione, al fine di realizzare una omogeneità nel trattamento dei lavoratori che partecipano al medesimo ciclo produttivo ed evitare una disgregazione dei relativi interessi collettivi, è rappresentato dall'allargamento dell'area contrattuale dell'impresa appaltante fino a comprendervi pure le attività esternalizzate, possibile solo nelle ipotesi in cui l'appaltatore aderisca all'associazione sindacale che ha stipulato il contratto collettivo applicato al committente.⁴⁷⁰

⁴⁶⁸ Controversa risulta la possibilità di configurare come contratto a favore di terzo l'obbligo stabilito in linea generale dall'art. 36 St. lav., oppure la clausola del contratto collettivo di per sé presa, indipendentemente, dunque, dall'effettivo inserimento della clausola sociale stessa nel contratto di appalto: per la soluzione negativa, cfr. L. Guaglione, op. ult.cit., 172, e, in giurisprudenza, v. Cass. 10 marzo 1999, n. 2108, *MGL*, 1999, 378, ove si afferma che "nell'ipotesi di omessa inserzione, non è configurabile un diritto dei dipendenti di fruire del trattamento minimo previsto dalla contrattazione collettiva".

⁴⁶⁹ G. F. Mancini, op.ult.cit., 555 ss; C. Assanti, op.ult.cit., 42; P. Lambertucci, op. ult. cit., 302 s; Cass 21 dicembre 1991, n. 13834, *GI*, 1993, I, 640 ss con nota di I. Piccinini, *Sull'art. 36 dello statuto dei lavoratori: casse edili e "clausola sociale"*.

⁴⁷⁰ Cfr., ancora, P. Lambertucci, op. ult.cit., 305 s., ove si evidenzia che altrimenti si verificherebbe "una evidente violazione dei principi di libertà sindacale garantiti dall'art. 39, c. 1, Cost.". Sul punto, v., già, M. G. Garofano, *Decentramento produttivo*, cit., 71 ss. Ma v. F. Lunardon, op. ult. cit., 231, secondo la quale "non vi è vantaggio diretto, invero, se si richiede, per l'espansione dell'area, che l'impresa appaltatrice aderisca all'associazione sindacale stipulante il contratto collettivo. Piuttosto il vantaggio viene raggiunto qualora l'estensione venga realizzata attraverso la scorciatoia del controllo di fatto o del vincolo contrattuale, senza lesione alcuna, peraltro, della libertà sindacale, giacchè l'impulso dell'applicazione del contratto scaturirebbe dall'interno dei rapporti tra le imprese".

I criteri utilizzati dalla contrattazione collettiva in particolare nel settore del credito sono principalmente due: l'uno soggettivo, che guarda all'attività svolta, riconnettendovi tutte le altre attività ad essa preordinata e funzionale⁴⁷¹, e altro soggettivo, che attribuisce rilevanza alla situazione di controllo che lega le due imprese, intendendolo in senso ampio, non solo quale controllo di diritto, individuato dall'art. 2359 c.c., ma anche come controllo di fatto, consistente in un vincolo di dipendenza economica determinata dai rapporti di committenza.

Conseguenza della previsione contrattuale è il sorgere in capo all'impresa controllante di un obbligo di influenza finalizzato al rispetto, da parte dell'impresa controllata, del contratto collettivo.

La sanzione per l'inadempimento di un simile obbligo, non potendo comportare, se non in casi particolari, l'applicazione dell'art. 28 stat. lav., sarà necessariamente da ricondurre ai normali strumenti di autotutela ed ai rimedi generali previsti dal diritto civile, senza costituire, dunque, alcun diritto in capo ai singoli lavoratori⁴⁷².

Sempre nella prospettiva del controllo sindacale sui processi di esternalizzazione, una particolare rilevanza deve essere attribuita ai c.d. accordi di armonizzazione, quelle clausole, cioè, destinate ad incidere sugli effetti del trasferimento d'azienda al fine di mitigare i pregiudizi e le irrazionalità derivanti dall'automatica sostituzione dei contratti collettivi del cessionario a quelli del cedente come disciplinata dall'art. 2112, comma 3, c.c.

La ragione di simili accordi non può che essere ricercata nell'obiettivo di evitare che il processo di esternalizzazione si risolva a danno dei lavoratori coinvolti, comportando, in particolare, un peggioramento nel trattamento economico e normativo ad essi spettante e, quindi nella volontà di integrare la disciplina legislativa del

⁴⁷¹ I ccnl del settore del credito del 23 novembre 1990, nel definire l'arma contrattuale fa riferimento a quelle "entità economico-produttive di intermediazione finanziaria" e "quelle attività che siano a tale intermediazione intrinsecamente ordinate e funzionali",

⁴⁷² O. Mazzotta, *Legge e contratto collettivo nelle trasformazioni dell'impresa*, in AAVV, *Le trasformazioni aziendali in vista del Mercato europeo.*, cit., 57 s, il quale, se ritiene applicabile l'art. 28 St. lav. Al caso di violazione dell'obbligo di influenza, non si spinge, però, fino a riconoscere un diritto di credito in capo ai lavoratori.

trasferimento d'azienda, la quale, sancendo il principio della sostituzione automatica dei contratti collettivi, si dimostra sotto tale profilo inadeguata⁴⁷³.

Infine, qualche osservazione va fatta alle c.d. clausole di riassunzione, ossia quelle clausole che, nell'ipotesi di successione di due imprenditori in un contratto di appalto, impongono al subentrante di riassumere i lavoratori già impiegati dal primo appaltatore per l'esecuzione del contratto stesso. Quest'ultima rispondono alla esigenza di tutela del posto di lavoro, nella prospettiva della salvaguardia dei livelli occupazionali.⁴⁷⁴

Tali clausole di riassunzione, se previste dal contratto collettivo applicato all'appaltatore oppure dal contratto collettivo del committente, sembrano poter essere ricondotte alla figura del contratto preliminare a favore del terzo,⁴⁷⁵ determinando il sorgere in capo al lavoratore di un diritto di agire per far valere, in via risarcitoria l'inadempimento dell'appaltatore e pure la possibilità di ottenere, a norma dell'art. 2932 c.c., una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso⁴⁷⁶.

È necessario tentare di tracciare un bilancio complessivo della disciplina del fenomeno dell'esternalizzazione nella contrattazione collettiva, in modo tale da verificare quali clausole risultino utili nella prospettiva di una accentuata tutela dei

⁴⁷³ L'accordo di armonizzazione incide, infatti, già sul negozio traslativo del ramo d'azienda e, quindi, sulla prima fase del processo di esternalizzazione. Si è, peraltro, rilevato come il medesimo risultato di evitare il peggioramento del trattamento economico e normativo spettante ai lavoratori esternalizzati possa essere conseguito, operando sul piano del rapporto contrattuale che si instaura nella seconda fase del processo di esternalizzazione, attraverso il riconoscimento della garanzia della parità di trattamento.

⁴⁷⁴ Mentre, in alcune ipotesi, il contratto collettivo si limita ad imporre solo un incontro tra l'impresa subentrante ed il sindacato, per cercare di raggiungere in via consensuale un accordo per il mantenimento dei livelli occupazionali, in altre, invece, si spinge fino ad obbligare specificamente l'appaltatore subentrante a garantire l'assunzione dei dipendenti già impiegati nell'esecuzione del contratto, spesso assicurando loro un trattamento economico non inferiore a quello goduto in precedenza.

⁴⁷⁵ In un simile ordine di idee, cfr., in giurisprudenza, Cass. 24 maggio 1985, n. 3162, MGL, 1985, 283 ss., con nota di M. Genghini, *Vertenze concluse con patto di riassunzione di ex dipendenti: contratto preliminare a favore di terzo o accordo aziendale collettivo?*, MGL, 1986, 154 ss., e Cass. 8 ottobre 1991, n. 10560, DL, 1992, II, 397 ss., con nota di M.T. Saffiotti, *Natura obbligatoria del contratto collettivo e contratto a favore di terzo*; ma v., in senso contrario, Cass. 22 maggio 1987, n. 4658, FI, 1989, I, 2833 ss.

⁴⁷⁶ Nel senso della possibilità di applicare l'art. 2932 c.c. anche nel caso di inadempimento della clausola di riassunzione, purchè non sussista indeterminatezza circa i requisiti essenziali del contratto di lavoro, v., anche per gli opportuni riferimenti di dottrina e giurisprudenza, M. Marinelli, op. ult. cit., 220 s. In argomento G. Spagnolo Vigorita, *Contratto collettivo, contratto a favore di terzi, limiti al potere dispositivo del sindacato*, DLRI, 1993, 47 ss.

lavoratori coinvolti in simili vicende e quali si dimostrino inutili o, talvolta dannosi, cagionando un eccessivo irrigidimento dell'organizzazione dell'attività di impresa.

Se si ha riguardo al gruppo di clausole destinate ad incidere sulle scelte concernenti la determinazione della struttura produttiva aziendale non sembra possibile nascondere una valutazione negativa di quelle contenenti divieti di appalto per specifiche attività, a causa dell'irragionevole compressione dell'autonomia privata dell'imprenditore, risultando preferibili le altre previsioni, diretta a sottoporre l'eventuale esternalizzazione ad obblighi di informazione e consultazione, presentandosi queste idonee a realizzare il controllo delle organizzazioni sindacali sullo sviluppo e sulle conseguenze del fenomeno del decentramento produttivo.

Di indubbio rilievo si dimostrano pure le c.d. clausole sociali, in quanto capaci di assicurare per tutte le ipotesi di appalto una più diffusa applicazione dei contratti collettivi e dei trattamenti economici e normativi in essi contenuti, manifestando una scarsa utilità proprio con riferimento specifico ai processi di esternalizzazione giacché si ritiene che questi determinino, già in forza della disciplina legislativa l'applicazione della duplice garanzia della responsabilità solidale illimitata e della parità di trattamento.

Un giudizio positivo va dato alle clausole di riassunzione.

Se, infatti, l'applicazione del fenomeno dell'esternalizzazione della disciplina contenuta nell'art. 2112 c.c. comporta la prosecuzione del rapporto di lavoro con il concessionario, un effetto analogo non risulta garantito nell'ipotesi di outsourcing di seconda generazione, salvo che l'affidamento del servizio al nuovo appaltatore non venga accompagnato dalla cessione di una entità economica qualificata come ramo d'azienda.

Il lavoratore trasferito all'impresa decentrata, una volta cessata il contratto di appalto ed affidata l'attività in precedenza esternalizzata ad una altra impresa ove non transiti al nuovo appaltatore in forza dell'art. 2112 c.c., si trova ad essere esposto al grave rischio di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

In tale prospettiva potrebbero essere utili le clausole di riassunzione, dimostrandosi idonee ad assicurare al dipendente la conservazione del posto di lavoro, nonostante l'avvicinamento di più imprenditori nello svolgimento dell'attività

esternalizzata⁴⁷⁷, senza, peraltro, comportare l'accoglimento di un' inaccettabile nozione di trasferimento di ramo di azienda, comprendente tutte le ipotesi di successione nell'appalto.

6.I diritti di informazione e consultazione sindacale e la nuova disciplina del dlgs n. 25 del 2007

Nel nostro ordinamento, l'azione sindacale per tutelare i diritti dei lavoratori si realizza non solo mediante la tradizionale attività di stipulazione del contratto collettivo che ha ad oggetto la disciplina dei rapporti di lavoro, ma anche mediante il controllo dell'esercizio dei poteri del datore di lavoro⁴⁷⁸.

⁴⁷⁷ Inoltre, il prestatore di lavoro, impiegato dall'imprenditore subentrante nell'esecuzione del contratto di appalto in una situazione di integrazione nell'organizzazione aziendale del committente, avrà diritto alla duplice garanzia della responsabilità solidale illimitata e della parità di trattamento, non risentendo, così, di alcun pregiudizio neppure dai successivi passaggi di gestione dell'attività esternalizzata. Tale effetto della conservazione dei trattamenti goduti presso il precedente datore di lavoro (salvo un possibile "riproporzionamento" in sede di incontro tra le parti sociali) è, peraltro, previsto anche dalla contrattazione collettiva come obbligo aggiuntivo a quello della riassunzione: cfr., ad es., l'art. 333 del ccnl de settore del turismo Confcommercio del 22 gennaio 1999.

⁴⁷⁸ M. Persiani, G. Proia, *Contratto e rapporto di lavoro*, 2007, p. 87

Sempre sono più numerose le disposizioni, prima della contrattazione collettiva⁴⁷⁹ e poi della legge, che favoriscono quel controllo, attribuendo diritti di informazione e consultazione ai rappresentanti dei lavoratori, di contenuto sempre più esteso.

In una ottica di valorizzazione del modello partecipativo, quei diritti, prima riconosciuti solo con riguardo a fattispecie e a situazioni particolari, sono stati generalizzati con il dlgs n. 25 del 2007 che ha attuato la direttiva CE dell'11 marzo 2002 n. 14⁴⁸⁰.

Per effetto della nuova disciplina ogni datore di lavoro che occupa più di 50 dipendenti, e anche quello che non applica il contratto collettivo, ha l'obbligo di riconoscere ai rappresentanti dei lavoratori i diritti di informazione e consultazione che sono individuati dai contratti collettivi.

Il dlgs n. 25 del 2007, pure affidando ai contratti collettivi il compito di individuare anche il contenuto dei diritti di informazione e consultazione ne limita, però, l'autonomia quando impone che l'informazione e la consultazione debbano, almeno ed in ogni caso, riguardare: l'andamento dell'attività d'impresa e la sua situazione economica; la situazione dell'occupazione nell'impresa e, in caso di rischio per i livelli occupazionali, le misure di contrasto che si intendono adottare; ed anche le decisioni dell'impresa che comportino modifiche rilevanti dell'organizzazione del lavoro e dei contratti di lavoro.

⁴⁷⁹ M. D'Antona, *Programmazione e diritti sindacali di informazione*, in *G.DLRI*, 1981, p. 597 e ss; G. Ghezzi, *La partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese e il sistema contrattuale delle informazioni e della consultazione del sindacato*, in *RGL*, 1978, I, p. 53 e ss; L. Silvagna, *Il diritto di informazione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1977, p. 72; T. Treu e S. Negrelli, *I diritti di informazione nell'impresa*, Bologna, 1985; M. Ricci, *Informazione e consultazione nella contrattazione collettiva* in *Tra conflitto e partecipazione* a cura di M. Ricci e B. Veneziani, Bari, 1988, 23; A. Perulli, *I diritti di informazione*, Torino, 1991, p. 65 e ss; A. Minervini, *Dall'informazione alla partecipazione*, Milano, 2002, 79

⁴⁸⁰ M. Magnani, *Direttiva comunitaria di vecchia e nuova generazione e trasformazioni dell'impresa*, in *Società europea, diritti di informazione e partecipazione dei lavoratori*, a cura di L. Ficari, Milano, 2006, 145 ss; G. Arrigo, *I diritti di informazione e di consultazione nell'ordinamento comunitario di Salvatore Hernandez*, p. 69 e ss; A. Minervini, *I diritti di informazione e di consultazione tra ordinamento comunitario e ordinamento interno* in *LG*, 3003, 523 e ss; M. Napoli, *Note introduttive. L'informazione e la consultazione sono un diritto*, in *L'impresa di fronte all'informazione e consultazione dei lavoratori (dlgs 6 febbraio 2007, n. 25)* *Commentario sistematico a cura di M. Napoli*, in *nuove Leggi civili commentate*, 2008, n. 4, p. 84 e ss; Czoli, *I diritti di informazione e di consultazione: il dlgs 6 febbraio 2007, n. 25*, in *RIDL*, 2008, I, 161 e ss; F. Lunardon, *La Direttiva n. 2002/14 CE e il Dlgs 6 febbraio 2007, n. 25: ordinamenti a confronto*, in *Informazione consultazione e partecipazione dei lavoratori*, a cura di F. Lunardon, Milano, 2008, 3 e ss; R. Pessi, *Informazione e partecipazione tra esperienze nazionali ed indirizzi comunitari*, in *Società Europea, diritti di informazione e partecipazione dei lavoratori*, a cura di L. Ficari, Milano, 2006, p. 51 e ss.; T. Treu, *Informazione, consultazione e partecipazione. Prospettive comunitarie e realtà italiana*, in *QDLRI*, 1991, n. 10, 57 e ss; M. Corti, *Informazione e consultazione in Italia, tra continuità formale e sviluppi sistematici*, in *L'impresa di fronte all'informazione e consultazione dei lavoratori (dlgs 6 febbraio 2007, n. 25)* op. cit., p. 849 e ss

7. La dimensione internazionale dell'impresa nella valutazione del legislatore comunitario: i diritti di informazione e di consultazione nell'economia globale

Il legislatore comunitario ha mostrato molta sensibilità soprattutto per le dinamiche dei processi di integrazione fra imprese e gruppi di imprese di dimensioni internazionale, dichiarando la propria preoccupazione per le possibili distorsioni competitive e sociali che possono scaturire da un uso troppo disinvolto dei differenziali

nazionali di tutela.⁴⁸¹ Varie direttive hanno perseguito l'obiettivo di salvaguardare le prerogative sociali e sindacali di un mondo del lavoro investito sempre più diffusamente dai processi di globalizzazione.

L'elemento della rilevanza della dimensione transnazionale dei rapporti contrattuali di scambio è stato valorizzato in modo originale principalmente nella direttiva sulla creazione di comitati aziendali europei.⁴⁸²

La direttiva 94/45/CE resa il 22 settembre 1994 contrariamente alle previsioni poste dalle altre direttive rese in tema di diritti di informazione e consultazione, tutte caratterizzate dalla limitazione del relativo ambito di applicazione alla sola dimensione nazionale dell'impresa⁴⁸³, è destinata ad operare al di là dei confini comunitari concentrandosi soprattutto sul dato della mobilità dell'impresa della sua dimensione transnazionale e della articolazione in gruppo⁴⁸⁴.

In particolare, l'adozione da parte del Consiglio dei Ministri europeo della direttiva ad oggetto "dell'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensione comunitaria" rappresenta un significativo progresso per lo sviluppo di un dialogo sociale europeo comune sull'impresa, specie perchè muove dalla considerazione della sua ormai tendenziale internazionalità.

L'intervento comunitario ha contribuito in misura rilevante ad avviare il processo di costruzione di nuove pratiche transnazionali, coniugando nuovi modelli di solidarietà tra lavoratori e imprese transnazionali, attraverso la previsione, per la prima

⁴⁸¹ S. Leonardi, *Esternalizzazioni e diritto del lavoro*, LG, 2001, 528

⁴⁸² G. Dondi, *Comitati aziendali europei: il d.lgs. n. 74 del 2002 per l'attuazione della direttiva n. 94/45/CE*, ADL, 2003, 103 ss.

⁴⁸³ G. Arrigo, *Informazione e consultazione dei lavoratori nel nuovo diritto sociale comunitario*, in F. Guarriello- S. Leonardi (a cura di), *Globalizzazione e relazioni industriali. Consultazione dei lavoratori nelle imprese transnazionali*, Roma, 2003, 60 ss

⁴⁸⁴ A. Lyon-Coen-S. Sciarra, *La concezione di Roma e i principi del diritto del lavoro*, cit., 20

volta, di forme comuni di rappresentanza e di tutela senza frontiere di alcuni fondamentali diritti dei lavoratori.⁴⁸⁵

Infatti i comitati aziendali europei consentono agli stessi lavoratori di avere quella visione transnazionale dell'andamento dell'impresa da cui dipendono, necessaria in una fase dell'economia in cui le fusioni transfrontaliere e la costituzione di società, a dimensione transnazionali aumentano progressivamente.

La direttiva cerca di migliorare il diritto di informazione e consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie mediante la previsione dell'obbligo di costituire in ogni impresa o gruppo di imprese di dimensione comunitaria un comitato aziendale europeo ovvero una procedura di informazione e consultazione dei lavoratori.

La stessa impone alla direzione centrale dell'impresa l'obbligo di riunirsi con la delegazione speciale di negoziazione al fine di fornire informazioni sulle scelte economiche e strategiche che la complessiva struttura imprenditoriale intende assumere.

Uno dei fattori di debolezza dell'azione dei comitati aziendali europei è rappresentato dal fatto che la loro azione appare destinata a rimanere circoscritta ai ristretti ambiti istitutivi della informazione e consultazione, con il conseguente rischio di dar vita ad una pratica di mero scambio di opinioni, ovvero all'instaurazione di un dialogo tra i rappresentanti dei lavoratori e la direzione centrale o qualsiasi altro livello di direzione più appropriato⁴⁸⁶ i cui risultati concreti sono però tutti rimessi alla eterodeterminazione aziendale. Del resto, le procedure d'informazione e consultazione possono persino risolversi in meri adempimenti formali che l'impresa può decidere di assolvere soltanto nel momento terminale dell'iter decisionale.

In verità, nozioni di informazione e consultazione più avanzate di quelle previste nella direttiva 94/45/CE e procedure di coinvolgimento dei lavoratori orientate nel senso

⁴⁸⁵ A. Lyon-Coen- S. Sciarra, *La convezione di Roma e i principi del diritto del lavoro*, cit., 20, i quali sottolineano come “ la direttiva si propone fra l'altro, di evitare disuguaglianze di trattamento tra i lavoratori a causa della struttura transnazionale dell'impresa esposta in quanto tale a procedure differenziate di informazione anche se, al contempo, vedono “di non difficile costruzione” “ qualunque diretta rilevanza all'interno del rapporto di lavoro”.

⁴⁸⁶ A. Perulli, *Contrattazione transnazionale nell'impresa europea e CAE: spunti di riflessione*, *DRI*, 2000, 190

dell'anticipazione della consultazione rispetto al momento delle decisioni sono contenute nelle successive direttive nn. 2001/86/CE, 2002/14/CE e 2003/72/CE⁴⁸⁷.

Nelle direttive che completano i regolamenti comunitari relativi agli statuti della Società Europea e della Società Cooperativa Europea ed in quelle che istituiscono un quadro generale relativo all'informazione e alla consultazione dei lavoratori, le procedure informativo-consultativa non hanno solo lo scopo di far conoscere ai rappresentanti dei lavoratori ciò che l'impresa ha già deciso di fare in merito a processi significativi per la propria vita sul mercato (come trasformazioni e riorganizzazione societarie in ambito transnazionale), ma si propongono soprattutto di attribuire ai rappresentanti dei lavoratori il diritto di esercitare una influenza su queste decisioni.⁴⁸⁸

È evidente che la successiva produzione normativa in materia di coinvolgimento dei lavoratori sia stata influenzata dall'accelerazione dei processi di modulazione dell'attività d'impresa su base transnazionale indotti dalla globalizzazione.

In altri termini, con la legislazione comunitaria di seconda generazione è divenuta strutturale la consapevolezza da parte del legislatore dell'esigenza di assicurare interventi più incisivi rispetto a quelli garantiti dalla direttiva n. 94/45/CE.

Un segnale importante in tal senso si è ricevuto almeno sotto alcuni versanti con l'emanazione della direttiva comunitaria n. 96/71/CE sul distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, giacché la stessa appare ispirata a precise finalità di contrasto degli atti di concorrenza sleale tra imprese e dei fenomeni di dumping salariale e forse proprio per questo è stata dichiarata applicabile anche alle ipotesi di distacco realizzata all'interno dei gruppi di imprese operanti in ambito comunitario.⁴⁸⁹

La direttiva si propone di garantire un livello minimo di tutele a favore dei lavoratori distaccati in uno stato membro, imponendo all'impresa distaccante per tutto il

⁴⁸⁷ R. Pessi, *Informazione e partecipazione tra esperienze nazionali ed indirizzi comunitari*, MGL, 2004, 874; G. Arrigo, G. Barbucci, W. Buschek, W. Cerfeda, F. Vasquez, *Europa e democrazia industriale. Il coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa europea*, Roma, 2004; E. Balletti, *Società europea, regimi normativi e tutele "occupazionali"*, LG, 2006, 238

⁴⁸⁸ W. Buschak, *Il ruolo del sindacato nell'applicazione della direttiva sul coinvolgimento dei lavoratori*, in G. Arrigo, G. Barbucci, W. Buschak, W. Cerfeda, F. Vasquez, *Europa e democrazia industriale*, cit., 25 ss

⁴⁸⁹ R. Foglia, *Il distacco del lavoratore nell'Unione europea: la normativa comunitaria*, MGL, 2001, 806 ss; G. Badaloni, *La direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, QDLRI, 1998, 115 ss.

periodo del distacco ed inadeguatamente dalla legge applicabile al rapporto di lavoro, il rispetto di un corpus predefinito di norme (relative al rapporto di lavoro, alla durata delle ferie annuali, alle tariffe minime salariali, alla sicurezza ed alla salute dei lavoratori) vigente nel paese in cui la prestazione di servizi deve essere resa.

Non si può negare che non ci troviamo in presenza di una disposizione armonizzante, ma di una fonte finalizzata ad individuare solo determinate condizioni minime di lavoro propria della disciplina nazionale dello stato membro ospitante applicabile ai rapporti di lavoro dei lavoratori distaccanti, e comunque la stessa appare scoordinata rispetto alla direttiva n. 94/45/CE⁴⁹⁰.

La direttiva, pur trovando applicazione anche nella ipotesi di distacco poste in essere all'interno di un gruppo transnazionale tra imprese tra loro collegate, mostra un punto di arresto significativo almeno laddove non sembra guardare a questi fenomeni come ad entità unitarie. Anzi la sua impostazione, specie se coniugata con le differenti normative del lavoro poste dai singoli stati membri finisce per lasciare trasparire debolezze e contraddizioni, fonte di pericolose differenziazioni di trattamento o addirittura di dumping⁴⁹¹ destinate certamente ad accentrarsi con l'allargamento della Comunità verso l'Est. Europeo.

⁴⁹⁰ A. Lo Faro, " *Turisti e vagabondi*": riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell'impresenza confini, *LD*, 2005, 406

⁴⁹¹ U. Carabelli, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, in *Working Papers CSDLE "Massimo D'Antona"INT 49/2006*, 66 ss, in *www. Unict.it*; G. Oralndini, *diritto di sciopero , azioni collettive transnazionali e mercato europeo*, ivi, n. 45/2006; M. Pallini, *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto del lavoro comunitario ha già la sua Bolkestein?*, *RIDL*, 2006, 239 ss

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Come si è notato dall'elaborato l'esternalizzazione è ormai un modello organizzativo molto diffuso, incentrato su fasi, ciascuna affidata ad una diversa impresa.

Cio' consente alle imprese esternalizzanti di concentrarsi meglio sul proprio core business, affidando attività accessorie o marginali ad altre imprese specializzate, con - almeno in prospettiva - un miglioramento di efficienza ed una riduzione di costi.

Questo dovrebbe essere lo scopo fisiologico di quell'ormai affermato fenomeno industriale e sociale, che fa sì che l'impresa alla ricerca di una sempre maggiore flessibilità in un mercato tanto più competitivo quanto più globalizzato, rompendo le sbarre della gabbia di regole e di garantismi talora eccessivi, possa dar vita ad una rete, che può peraltro diventare un labirinto di imprese funzionalmente coordinate.

Ma, per converso questa aspirazione - che è spesso una vera necessità - a muoversi con più scioltezza e dinamismo sul mercato, può venir distorta al più o meno recondito fine di alleggerimento di personale, fuori dalle maglie strette di mobilità o di licenziamenti collettivi.

Il mezzo più praticato per raggiungere tali scopi, leciti, ma talora surrettizi, è il ricorso al trasferimento d'azienda.

La legislazione recente si è mossa in questa direzione, ma il diritto vivente, vale a dire la prevalente interpretazione che della complessiva normazione viene offerta da giudici e dottori, risente delle opposte spinte e contropunte cui si è fatto cenno.

Il punto di equilibrio fra le opposte istanze e pulsioni risiede in una definizione di "ramo di azienda", il più possibile oggettiva, come "articolazione funzionalmente autonoma".

Ma, quanto più tale autonomia funzionale - come tale identificabile dal cedente e

dal cessionario al momento del trasferimento (secondo l'ultima versione del testo dell'art. 2112, comma 5, c.c., come introdotta dall'art. 32 della c.d. legge Biagi, il D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276) - si attenui o sia equivalente tanto più si aggrava il rischio della creazione di articolazioni fittizie: ciò soprattutto dopo la soppressione del requisito della "preesistenza" del ramo trasferito, operata dal cit. art. 32.

L'orientamento dell'interprete sulla qualificazione del trasferimento di azienda o di un suo ramo, dovrebbe comunque consistere da un lato nell'evitare la vanificazione della tutela dei lavoratori in ordine alla continuità del rapporto, e dall'altro nel non togliere all'imprenditore la libertà di articolare la sua azienda nella maniera più consona ad una sana concorrenzialità, senza stravolgere la originaria – ma tuttora persistente – ratio protettiva dell'art. 2112 nelle sue diacroniche versioni, e senza dunque avallare operazioni di esternalizzazione miranti solo ad espellere personale, con impropria applicazione dell'automatismo contenuto in detta norma.

Il fenomeno oggi dibattuto può, nel quadro di semplici e chiare regole a tutela del lavoro, consentire alle imprese quella flessibilità e capacità di pronto adeguamento a nuove tecnologie e nuove esigenze, che potrà essere foriera di quello sviluppo industriale tanto necessario alla sospirata e non facile ripresa economica del nostro Paese, nella cornice di un'Europa unita e promotrice di lavoro e di benessere.

Ora a frontare il tema delle esternalizzazioni significa addentrarsi nella più vasta problematica della riforma del mercato del lavoro, con cui da oltre un decennio i vari paesi della comunità europea, chi più chi meno, hanno dovuto misurarsi.

Come è noto, il mercato globalizzazione del lavoro negli ultimi decenni ha subito, in tutto il mondo, una trasformazione storica, epocale, nel passaggio dalla società industriale alla società postindustriale. Trasformazione, indotta dall'evoluzione dei processi di innovazione tecnologica e dalla progressiva globalizzazione dei mercati.

A fronte dell'incontestabile dato di fatto del radicale cambiamento del mondo economico e, di riflesso, del mondo del lavoro, caratterizzato da una crescente riduzione degli occupati in conseguenza dell'innovazione tecnologica, che porta a sostituire con ritmo sempre crescente i lavoratori con le macchine e con i robots, sarebbe del tutto illusorio pensare che il diritto del lavoro possa rimanere stabile ed immutabile. Il diritto del lavoro, infatti, proprio per la sua aderenza alla realtà sociale, ha bisogno di trasformazioni e di mutamenti, di adattamenti alla realtà e di costruzione

di nuove categorie e istituti quando la realtà si trasforma .

Nella riunione informale del Consiglio Europeo tenutasi il 27 ottobre 2006 ad Hampton Court il primo Ministro inglese Tony Blair (in sede di relazione del rapporto dal quale emerge, tra l'altro, come l'Europa continui a perdere quote di mercato mondiale, al contrario di paesi extraeuropei come Cina e India) ha sostenuto la necessità di modernizzare il modello sociale europeo. Tale necessità è imposta dall'esigenza di affrontare le sfide della globalizzazione ma anche dalla dura realtà di un tasso di disoccupazione troppo elevato.

Tutti i paesi dell'Unione Europea debbono, dunque, fare i conti, sia pure in misura differenziata, con il problema della modernizzazione, e questo tema – come è stato osservato – si gioca sulla labile linea di confine tra espansione del dominio del mercato e conservazione delle forme di protezione sociale, che rappresentano il cuore del modello sociale, specie in paesi quali la Germania e l'Italia.

L'Italia da qualche anno-sembra essersi mossa su tale linea. prospettica con un processo di riconoscimento legislativo delle forme di lavoro flessibile che, iniziato già negli anni '90 con il c.d. pacchetto Treu, è sfociato nella riforma del mercato del lavoro introdotta, in attuazione della legge delega n. 30/2003, dal D.Lgs: n. 276 del 2003 e meglio conosciuta come "riforma Biagi"

La riforma, come è noto, si è prefissa come principale obiettivo quello di dotare il mercato del lavoro di maggiori livelli di flessibilità, senza tuttavia ignorare l'esigenza, ribadita dal Libro Bianco, secondo cui l'introduzione di massicce dosi di flessibilità non dovrà avvenire restringendo le tutele e le protezioni bensì spostandole dalla garanzia del posto di lavoro all'assicurazione di una piena occupabilità durante tutta la vita lavorativa .

Tale obiettivo è stato perseguito procedendosi alla definizione di nuove tipologie contrattuali diverse dal modello costruito sull'art. 2094 c.c. ed ad un consistente restyling di istituti esistenti nel tentativo di favorire l'occupazione, con la creazione di nuovi moduli normativi più consoni ai processi di trasformazione del mondo del lavoro.

Maggiore flessibilità significa, fra l'altro, migliore possibilità per l'impresa di adeguare la propria organizzazione aziendale ed il proprio fabbisogno di manodopera, modellandolo alle specifiche esigenze produttive, ma significa anche incentivare

l'emersione di una domanda di lavoro sufficiente ad assorbire sia le forze lavoro in uscita dai settori produttivi attanagliati dalla crisi, sia le nuove forze di lavoro che entrano sul mercato.

In questo contesto, in cui le imprese sono spesso costrette, per sopravvivere e rimanere competitive sul mercato, ad andare incontro a modificazioni strutturali volte a conseguire risparmi ed ottimizzazioni organizzative, acquista indubbiamente un rilievo centrale il fenomeno del trasferimento di azienda: materia che in questi ultimi anni ha costituito uno dei temi sicuramente più tormentati del diritto del lavoro.

Negli ultimi cinque anni, infatti, si registrano ben tre interventi del Legislatore nazionale (il D.Lgs. n. 18 del 2001, gli artt. 29, comma 3, e 32 del D.Lgs. n. 276 del 2003 e l'art. 9, del D.Lgs. n. 251 del 2004), un intervento del Legislatore comunitario (la direttiva n. 23/2001), vari interventi della Corte di Giustizia (sentenze Temco , Abler e, recentemente, Gueney-Goerres) e una serie di sentenze della Corte di Cassazione che, in una sorta di dialogo a distanza con la Corte di Giustizia, hanno preso posizione su alcuni punti alquanto problematici della materia. Al punto che giustamente si è parlato di cantiere perennemente aperto, in cui è dato registrare un interessante fenomeno di interazione tra l'ordinamento nazionale e quello comunitario, a volte anche dal basso, nel senso che, se normalmente è l'ordinamento comunitario a orientare il diritto interno, a volte si verifica il fenomeno inverso: è, cioè, il diritto nazionale ad influenzare quello comunitario.

Il trasferimento d'azienda, nato e tuttora concepito essenzialmente a tutela e garanzia del lavoratore in operazioni di mutazioni soggettive dell'impresa, è uno degli istituti-giuridici che si presta indubbiamente a svolgere la funzione di strumento di alleggerimento dell'impresa stessa, fornendo copertura giuridica e legittimazione ad operazioni volte al decentramento produttivo ed allo snellimento dell'azienda, con la riduzione sovente al minimo del suo "nucleo duro" o core business direttamente gestito e con l'affidamento a terzi, attraverso vari marchingegni organizzativi e giuridici, di tutta una serie di attività prima gestite in fabbrica.

Questi processi, volti all'affidamento ad imprese terze di segmenti del processo produttivo, vengono definiti, con termine sicuramente non bello, ma ormai entrato a far parte del linguaggio comune, come di "esternalizzazione".

Si tratta della prima fase della complessa operazione del decentramento

produttivo, cui segue e fa riscontro una seconda fase c.d. di "internalizzazione"; termine, quest'ultimo, con il quale viene indicato il fenomeno di ritorno, in cui beni e servizi esternalizzati vengono nuovamente acquisiti dall'impresa originaria mediante un contratto di appalto o altro contratto commerciale⁹.

Costituisce oggetto di vivace dibattito in dottrina come la nuova disciplina del trasferimento d'azienda, nell'assetto assunto a seguito degli ultimi interventi legislativi sopra richiamati, si collochi in questa realtà sociale, organizzativa, economica che va sotto la generica denominazione di "esternalizzazione".

Ciò induce il giurista e chi presiede all'applicazione della legge ad alzare il livello di vigilanza, onde impedire che possano prendere piede ed anzi stroncare sul nascere "i tentativi volti a sfruttare in maniera fraudolenta le cessioni di rami d'azienda attraverso la concentrazione di lavoratori in un ramo, solo apparentemente autonomo, allo scopo di utilizzare la cessione in funzione espulsiva dei dipendenti".

Bibliografia

AaVv, *Quale futuro per il diritto del lavoro? Atti della giornata di studio* (Milano, 12 aprile 2002), Milano, 2002

A.aV.V., *La trasformazione aziendale in vista del Mercato europeo: legge e contratto collettivo*, in NGL suppl., Roma, 1992

AaVv, *Subfornitura*, a cura di V. Franceschelli, Milano, 1999

AaVv., *subfornitura. Commento alla legge 18 giugno 1998, n. 192*, a cura di G. Alpa e A. Clarizia, Milano, 1999

AaVv, *La subfornitura*, a cura di G. de Nova, Milano, 1998

AaVv, *La nuova disciplina del trasferimento di impresa*, a cura di G. Santoro-Passarelli e R. Foglia, Milano, 2002

AaVv., *Mutamento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti e di parti di stabilimenti*, a cura di P. Tosi, NLCC, 2002

AaVv., *Il trasferimento d'azienda*, Torino, 2004

AaVv., *Costituzione europea: quale futuro?*, Roma, 2006

AaVv., *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di V. Cuffaro, Napoli, 1998

AaVv., *Il post-fordismo. Idee per il capitalismo prossimo venturo*, Milano, 1998

AaVv., *Percorsi di lavoro flessibile*, a cura di M. Magatti e G. Fullini, Roma, 2002

AaVv., *Diritto del mercato del lavoro*, a cura di M. Rusciano e L. Zoppoli, Napoli, 1999

AaVv., *Il post-fordismo. Idee per il capitalismo prossimo venturo*, a cura di E. Rullami ed E. Romano, Milano, 1998

AaVv., *Il lavoro temporaneo*, a cura di L. Galantino, Milano, 1999

AaVv., *Il lavoro temporaneo. Commento alla legge n. 196/1997*, a cura di F. Liso e U. Carabelli, Milano, 1999

AaVv., *Il lavoro temporaneo ed i nuovi strumenti di promozione dell'occupazione*, a cura di L. Galantino, Milano, 1997

AaVv., *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, a cura di O. Mazzota, Milano, 1990

AaVv., *Sviluppo e occupazione nell'europa federale. Itinerari giuridici ed economici su regioni e autonomie locali*, a cura di G. Ferraro, Milano, 2003

AaVv., *Interpretazione giuridica ed analisi economica*, a cura di G. Alpa, F. Pulitini, S. Rodotà e F. Romani, Milano, 1982

AaVv., *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sopranazionali*, a cura di S. Scarponi, Milano, 2001

Accornero- G. Altieri- C. Oteri, *Lavoro flessibile. Cosa pensano davvero imprenditori e manager*, Roma, 2001

Alaimo, *Il diritto al lavoro fra Costituzione nazionale e Carte europee dei diritti: un diritto "aperto" e "multilivello"*, in Working Papers CSDLE "Massimo D'Antona". Int, n. 60/2008. [Http://www.lex.unict.it/ricerca/wp/int/alaimo_n60-2008int.pdf](http://www.lex.unict.it/ricerca/wp/int/alaimo_n60-2008int.pdf)

L. Albertini, *Gli accordi strategici, strumenti per la costruzione di un'impresa network*, Milano, 1991

P.G. Alleva, *I lavori atipici: pericolo od opportunità?* RGL, 2000, I

Idem, *La ricerca e le analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003 in materia di occupazione e mercato del lavoro*, in www.Cgil.it/giuridico (2003)

Alpa, *Strumenti privatistici ed esigenze economiche. Ipotesi sintomatiche di interventi correttivi, adesivi o distorsivi delle regole del mercato*, SD, 1990, 1-2

Altieri, “New economy”, lavori “atipici” e conseguenze di genere, DML, 2001, I

Alvino, *Riforma del mercato del lavoro: possibili ripercussioni sui processi di esternalizzazione*, ADL, 2004

Andreoni, *Precarizzazione del lavoro e tutela nel mercato (dal decreto legislativo n. 368/2001 al disegno di legge delega n. 848/2001)*, in AaVv, *Il Libro Bianco e la corte di Nizza. Il futuro dei diritti sociali in Italia e in Europa*, a cura di G. Ghezzi, G. Naccari e A. Torrice, Roma, 2002

Idem, *Impresa modulare e trasferimento di azienda. Le novità del dlgs. n. 276/2003*, in www.cgil.it/giuridico (2003)

Andreoni, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico*, Giappichelli, Torino, 2006

G. Arrigo, *Il diritto del lavoro nell’Unione europea*, Padova, 2002

T. Ascarelli, *Ordinamento giuridico e processo economico*, in T. Ascarelli, *Problemi giuridici*, Milano, 1959

Idem, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell’impresa*, Milano, 1962

Idem, *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell’interpretazione*, in T. Ascarelli, *saggi giuridici*, Milano, 1949

Idem, *Norma giuridica e realtà sociale*, in T. Ascarelli, *Problemi giuridici*, Milano, 1959

Auletta, *Azienda, I) Diritto commerciale*, EGT, IV, Roma, 1988

Idem, *Note in tema di circolazione dell’azienda*, R. Soc., 1969

Balandi, *La Direttiva comunitaria sul distacco dei lavoratori: un passo avanti verso il diritto comunitario del lavoro*, in QDRI, 1998

Baldassarre, *Iniziativa economica privata*, ED, XXI, Milano, 1971

M. V. Ballestrero, *Europa dei mercati e programmazione dei diritti*, in *Working Paper CSDLE Massimo D’Antona. Int, n. 55/2007*, <http://www.lex.unict.it/eurilabor/ricerca/wp/int/ballestrero.doc>

Idem, *Trasferimento d’azienda e trattamento dei lavoratori*, LD, 2002

Idem, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia bilancia il diritto di sciopero*,

in *LD*, 2008

Balletti, *Il contratto di inserimento al lavoro: profili strutturali e funzionali del nuovo modello negoziale*, *LG*, 2004

Idem, *Contratto di inserimento*, in AaVv., *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi Modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, a cura di E. Gragnoli e A. Perulli, Padova, 2004

Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901

Idem., *Il contratto di lavoro, nel diritto positivo italiano*, II, Milano, 1917

Idem, *Il diritto del lavoro, Vol III*, Milano, 1949

R. Baratta, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Milano, 1991

E. Barracco, *Cessione di ramo d'azienda e irrilevanza del consenso dei lavoratori trasferiti*, *LG*, 2003

Barrocci, *Economia globale e sviluppo locale. Per una dialettica della modernità avanzata*, Pisa, 1998

Barbieri e E. Mingione, *Il futuro del lavoro*, Roma, 2003

P. Barcellona, *Diritto privato e processo economico*, Napoli

Barresi- B. Comunale, *Libertà di iniziativa economica e utilità sociale*, in AaVv, *Studi sull'art. 41 della Costituzione*, Bologna, 1969

V. Bavaro, *Tre questioni su quattro sentenze della Corte di giustizia: a proposito di geo-Diritto del lavoro, meta- diritto all'impresa e all'autonomia collettiva*, in Vimercati Aurora 2009

Z. Bauman, *La società dell'incertezza*, Bologna, 1999

U. Beck, *La società del rischio*, Roma, 2000

Bellavista, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, in A. Plavia (a cura di), *La competizione tra ordinamenti giuridici. Mutuo riconoscimento e scelta della norma più favore del nello spazio giuridico europeo*, Milano, 2007

P. Bellocchi, *Contratto di inserimento*, in AaVv, *Il nuovo mercato del lavoro*, coordinato da M. Pedrazzoli, Bologna, 2004

Idem, art. 4, comma 1 lett. a)c)d)e)f). *Le nuove tipologie di lavoro: il lavoro a chiamata, il lavoro coordinato e continuato, il lavoro occasionale e accessorio; il*

lavoro ripartito, in AaVv, *La legge delega in materia di occupazione e mercato del lavoro*, a cura di M.T. Carinci, Milano, 2003

Idem, *Interposizione e subordinazione*, ADL, 2001

G. Benedetti, *Profili civilistici dell'interposizione nel rapporto di lavoro subordinato*, RTDPC, 1965

Berti, *Subcontratto, subfornitura e decentramento produttivo fra imprese*, Milano, 2000

E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, II, Milano, 1955

M. Biagi, *L'outsourcing: una strategia priva di rischi?* In Marco Biagi, *Un giurista progettuale*, a cura di L. Montuschi, M. Tiraboschi e T. Treu, Milano, 2003

Idem, *I lavori "atipici" tra deregolazione e disciplina normativa*, in M. Biagi, *Un giurista progettuale*, a cura di L. Montuschi, M. Tiraboschi e T. Treu, Milano, 2003

Idem, *L'impatto della European Employment strategy sul ruolo del diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, RIDL, 2000, I

Biagi- M. Tiraboschi, *Ipotesi di lavoro per la predisposizione di uno statuto dei lavoratori*, QAGENS, 2004, I

M. Biagi- A. Lopez, *Terziario avanzato e nuovi lavori: osservazioni dal punto di vista della normativa prevenzionistica*, DRI, 2000

Idem, *La fortuna ha sorriso alla Presidenza italiana dell'Unione Europea: prime note di commento alle direttive sul distacco dei lavoratori all'estero e ai permessi parentali*, in DRI, n.3

C.M. Bianca, *Diritto civile, VI (La proprietà)*, Milano, 1999

Idem, *Diritto civile, V (la responsabilità)*, Milano, 1994

F. Bianchi D'Urso- C. Chisari, *Lavoro interinale e contratto per prestazioni di lavoro temporaneo*, ADL, 1998

R. Bocchini, *La somministrazione di servizi*, ED, Agg., IV, Milano, 2000

Idem, *La somministrazione di servizi*, Padova, 1999

Bonajuto, *Il trasferimento dell'azienda e del lavoratore, in il diritto del lavoro nella dottrina e nella giurisprudenza, collana di monografie curata da Balletti*, Padova, 1999

O. Bonardi, *L'utilizzazione indiretta dei lavoratori*, Milano, 2001

F. Bortolotti, *I contratti di subfornitura*, Padova, 1998

- M. Borzaga, *Trasferimento d'azienda e successione di contratti di appalto, prima e dopo il dlgs n 276 del 2003 tra diritto comunitario scritto e giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *LG*, 2004
- M. Brollo, *Il lavoro decentrato nella dottrina e nella giurisprudenza*, *QDLRI*, 8, 1990
- G. Bronzini, *L'Europa e il suo modello sociale: l'innovazione istituzionale alla prova*, in *RDSS*
- Buonajuto, *Il trasferimento dell'azienda e del lavoratore*, Padova, 1999
- V. Buonocore, *Il "nuovo" testo dell'art. 2112 del codice civile e il trasferimento di un ramo di azienda*, *G. Comm.*, 2003, II
- F. Butera, *Il castello e la rete. Imprese, organizzazione e professioni nell'Europa degli anni 90*, Milano, 1992
- A. Caiafa, *Mantenimento dei diritti dei lavoratori (in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di stabilimenti)*, I, *NLCC*, 2001
- G. Calabresi, *Il costo degli incidenti*, *Trad. it.*, Milano, 1975
- Idem, *Il futuro dell'analisi economica del diritto*, *SD*, 1990, 1-2
- L. Calcaterra, *L'approccio al decentramento produttivo. Una retrospettiva e qualche riflessione*, *MGL*, 2003
- Idem, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro: problemi applicativi e prospettive di riforma*, in *AaVv*, *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, a cura di De Luca Tamajo, Napoli, 2002
- G.F. Campobasso, *Diritto commerciale, 1 (Diritto dell'impresa)*, Torino, 1993
- Idem, *Diritto commerciale, 1 (Diritto dell'impresa)*, Torino, 1993
- R. H. Caose, *La natura dell'impresa*, in *Idem*, *Impresa, mercato e diritto*, a cura di M. Grillo, Bologna, 1995
- U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari, 2009
- Idem, *Trasferimento d'azienda: la nuova direttiva europea*, *LI*, 1998, n. 21
- Idem, *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di giustizia nei casi Laval e Viking*, in *GDLRI*, 2008
- U. Carabelli-V. Leccese, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favore di non regresso nelle direttive sociali*, in *contratto e impresa/ Europa*, 2005

F. Carinci, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro*, in *AaVv, Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro, atti del VIII Congresso Nazionale di diritto del Lavoro*, Napoli, 12-14 aprile 1985, Milano

M. T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui. Interposizione, comando, lavoro temporaneo, lavoro negli appalti*, in *Il codice civile. Commentario, diretto da P. Schlesinger, ar. 2127 c.c., Milano, 2000*

Carraro, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943

Idem, *Frode alla legge*, in *RDC*, 1994, I

Caruso, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, in *Working papers CSDLE Massimo D'Antona. Int, n. 61/2008*, http://lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/int/caruso_n61-2008int.pdf

Idem, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in Sciarra Sivana-Caruso Bruno, *Il lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da Ajani G. e Benacchio G. A., Giappichelli, Torino, V, 2009

Casale, *Trasferimento d'azienda e appalti tra Corte comunitaria e legislatore nazionale*, in *FI,IV*, 2004

M. Casanova, *Impresa e azienda(le imprese commerciali)*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, X, I, Torino, 1974

Idem, *Azienda, Digesto, IV, sez. comm. II*, Torino, 1987

G.P. Cella, *Comportamento economico e razionalità sociale*, *SD*, 1990, 1-2

Idem, *Il sindacato*, Roma-Bari, 1999

Cessari, *L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*, Milano, 1959

Idem, *In tema di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, *DL*, 1961, II

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

Idem, *Il trasferimento d'azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa: l'attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?* In *AaVv, Commentario al dlgs 10 settembre 2003 n. 276*, coordinato da F. Carinci, II, *artt.20- 32 Somministrazione, comando, appalto e trasferimento d'azienda*, a cura di MT.Carinci e C. Cester, Milano 2004

Idem, *La novità in materia di trasferimento di ramo d'azienda*, in Carinci e Miscione (a cura di), *Il diritto del lavoro dal "Libro Bianco" al digetso di legge delega 2002*, Milano, 2002

P. Chieco, *Poteri dell'imprenditore e decentramento produttivo*, Torino, 1996

Idem, *somministrazione, comando, appalto: le nuove forme di prestazione a favore del terzo*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il DLgs n. 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004

S. Chiusolo, *Trasferimento di ramo d'azienda, art. 2112 c.c. e normativa comunitaria: la cessione del rapporto di lavoro è subordinata al consenso del lavoratore ceduto*, *D & L*, 1999

S. Ciucciovino, *Trasferimento di ramo d'azienda ed "esternalizzazioni"*, *ADL*, 2000

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

G.E. Colombo, *L'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, III, Padova, 1979

L. Corazza, *L'outsourcing negli Stati Uniti d'america. Spunti di comparazione alla luce dell'analisi economica del diritto*, in AaVv., *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, a cura di De Luca Tamajo, Napoli, 2002

Idem, *Esternalizzazione di un'attività dell'impresa e trasferimento di ramo d'azienda: il caso Ansaldo*, *ADL*, 1998

Idem, *Trasferimento di attività costituisce trasferimento di impresa ai sensi della direttiva 77/187*, *LG*, 1996

M.E. Corrao, *Profili internazionali- privatistici dei rapporti di lavoro nei gruppi di società*, *LD*, 205

Cosio, *La cessione del ramo d'azienda: un cantiere aperto*, *NGL*, 2003 e *LPO*, 2003

Idem, *Appalti e trasferimenti di imprese*, *FI*, 2004, I

Idem, *Il trasferimento di impresa dal d. legs 18/01 al patto per l'Italia*, *NGL*, 2002, e in *MGL*

Idem., *Discipline del trasferimento d'azienda. Differenziazione ed unità dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1995

Idem, *La nuova disciplina del trasferimento di impresa: ambito di applicazione*, *FI*, 2001, I

Idem, *Alcune precisazioni sulla Suprema corte in tema di trasferimento d'azienda. Prosegue il dialogo con la Corte di Giustizia*, in *FI*, 1997, I

Idem, *Disciplina del trasferimento d'azienda*, Milano, 1995

L. Corazza, *Il modello statunitense dello "staff leasing e la somministrazione di manodopera": qualche appunto in prospettiva di una riforma*, *DRI*, 2002

Idem, *Contractual integration, impresa e azienda*, *DLRI*, 1999

Idem, "Contractual Integration" e rapporti di lavoro, ed. provv. Trento, 2003

G. Couturier, *L'article L. 122-12 du Code du Travail et les pratiques d'« externalisation »*, *DS*, 2000

D'Antona, *Partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, in *EGT*, 1990, vol. XXII, e in *Opere. Scritti sul diritto sindacale*, a cura di Caruso e Sciarra, Milano, 2000, Vol. II

M.De. Cristofaro, *Il lavoro a domicilio*, Padova, 1978

Idem, *Trasferimento d'azienda e successive dimissioni del lavoratore*, *DL*, 2002, I

G. Della Rocca, *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, *MGL*, 2001

M. Dell'Olio, *Lavoro a domicilio*, *Noviss. Dig.it.*, IV, Torino, 1983

Idem, *Lavoro (intermediazione e interposizione)*, *Digesto*, IV, sez. comm., Torino, 1992, VIII

R. De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessioni di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in *AaVv*, *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, a cura di De Luca Tamajo, Napoli, 2002

Idem, *I processi di terzizzazione intra moenia ovvero la fabbrica multisocietaria*, *DML*, 1999, I

Idem, *La nuova del trasferimento d'azienda nel quadro dei processi di esternalizzazione produttiva*, in *AaVv*, *forme e regole del decentramento produttivo, atti del seminario di Roma 9 luglio 2001*

R. De Luca Tamajo e M. Grandi, in *AaVv*, *Il lavoro e il mercato*, *RIDL*, 1997, I

S. Deakin- F. Wilkinson, *Il diritto del lavoro e la teoria economica*, *DLRI*, 1999

Idem, "Capabilities", *ordine spontaneo del mercato e diritti sociali*, *DML*, 2000, I

M. De Felice, *Il trasferimento d'azienda ed il trasferimento del ramo d'azienda nel decreto Legislativo attuativo della legge 30/2003*, in www.cgil.it/giuridico (2003)

N. De Marinis, *La flessibilità senza confini: brevi note a margine della l.n. 30/2003*, MGL, 2001 n. 18,

Idem, *La nuova nozione di trasferimento d'azienda. Brevi note in margine al dlgs 2 febbraio 2001 n. 1* in DL, 2001, I

De Marchis, *Aspetti vecchi e nuovi del trasferimento d'azienda alla luce del decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 18*, RGL, 2001, I

R. Del Punta, *Mercato o gerarchia? Il disagio del diritto del lavoro nell'era dell'esternalizzazioni*, DML, 2000

Idem, *La "fornitura di lavoro temporaneo" nella l.n. 196/1997*, RIDL, 1998, I

Idem, *Appalti di manodopera e subordinazione*, DLRI, 1995

Idem, *Problemi attuali e prospettive in tema di interposizione di manodopera*, ADL, 2002

G. De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza*, Milano, 1995

Idem, *Modificazioni soggettive dei gestori di servizi pubblici locali e disciplina del trasferimento d'azienda. Prime osservazioni sul rapporto tra norme speciali e norme generali dopo il dlgs n. 18/2001*, Ld, 2002

Idem, *Servo di due padroni*, in RIDL, 1988, II

Idem, *La forma gruppo nel diritto del lavoro*, in DLRI, 1988, II

Di Ciommo, *Evoluzione, Tecnologia e regole di responsabilità civile*, Napoli, 2003

Idem, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, DLRI, 2001

M. D'Onghia, *I contratti a finalità formativa, apprendistato e contratto di inserimento*, in AaVv, *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, a cura di P. Curzio, Bari, 2004

M. Esposito, *Problemi ricostruttivi e prospettive in tema di interposizione nel rapporto di lavoro*, LD, 1993

Idem, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Napoli, 2002

Faleri, *I giudici comunitari rivedono la nozione di trasferimento d'azienda* in RIDL, 1998, II

A. Falzea, *Efficacia giuridica*, ED, XIV, Milano, 1965

Ferrara jr, *La teoria giuridica dell'azienda*, Milano, 1982

M. R. Ferrarese, *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Torino, 1992

Idem, *Globalizzazione e nuovi percorsi delle istituzioni*, in S. Scarponi (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sopranazionali*, Milano, 2001

Idem, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000

Ferraro, *La flessibilità in entrata alla luce del Libro bianco sul mercato del lavoro*, *RIDL*, 2002, I

Idem, *Tipologie di lavoro flessibile*, Torino, 2004

Idem, *I lavori flessibili nella riforma del mercato del lavoro, relazione alle giornate di studio sul tema sviluppo e occupazione nel mercato globale, tenutesi a Napoli, il 4 e 5 dicembre 2003*

Ferrari, *Azienda (dir. priv.)*, *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959

G. Ferri, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1996

L. Ficari, *Lavoro a domicilio*, *EGT*, XVIII, Roma, 1990

Filadoro, *Il lavoro interinale*, Milano, 2001

R. Flammia, *Trasferimenti di aziende e rapporti di lavoro*, in AaVv, *Le trasformazioni aziendali in vista del Mercato europeo: legge e contratto collettivo*, Roma, 1992

R. Foglia- G. Santoro Passarelli, *Profili di diritto comunitario del lavoro*, Torino, 1996

R. Foglia, *L'attuazione giurisprudenziale del diritto comunitario del lavoro*, Padova, 2002

Idem, *Il distacco del lavoratore nell'Unione europea: la normativa comunitaria*, in *MGL*, 2001

Fontana, *La successione dell'imprenditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1970

Franceschini, *Il caso "Ansaldo" all'esame della Cassazione: è ramo d'azienda solo se vi è autonomia funzionale e organizzata preesistente al trasferimento*

M. Frauenfelder, *Das Geld als allgemeiner Rechtsbegriff*, Bern, 1938

Frignani, *Il franchising*, Torino, 1990

M. Fuchis, *La disciplina del trasferimento d'azienda nel diritto tedesco*, *QDLRI*, 28

A.Fumagalli, *Flessibilità e gerarchia nel mercato del lavoro: il potere dell'economia sul diritto*, *RGL*, 2001, I

- L. Gaeta, *Lavoro a distanza e subordinazione*, Napoli, 1993
- L. Galantino, *Diritto comunitario del lavoro*, Torino, 2005
- Galgano, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, CI, 2000
- Idem, *Qual e' l'oggetto della società holding*, in *Contratto impresa*, 1986
- Idem, *Le fonti del diritto nella società post-industriale*, SD, 1990, 1-2
- Idem, *Lex mercatoria*, Bologna, 1993
- Idem, *Diritto civile e commerciale*, III, 1, Padova, 1999
- Idem, *Art. 41 in Commentario alla Costituzione* a cura di G. Branca, *Rapporti economici*, II, a cura di F. Galgano e S. Rodotà, Bologna- Roma, 1982
- Idem, *L'imprenditore*, Bologna, 1970
- Idem, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna , 2005
- L. Gallino, *Il conto umano della flessibilità*, Bari, 2001
- S. Gambino, *Le sfide dell'unione europea: l'integrazione attraverso i diritti*, in *Infante (cura di)*, *Crescita e prospettive dell'Unione allargata*, Il Mulino, Bologna, 2006
- Garilli, *flessibilità e subordinazione*, DL, 2002, II
- M.G. Garofalo, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, RGL, 2003,I
- Idem, *Un profilo ideologico del diritto del lavoro*, in *Studi sul lavoro. Scritti in onore di Gino Giugni*, Bari, 1999
- Idem, *Decentramento produttivo, impresa-rete e area contrattuale dei lavoratori*, RGL, 1991, I
- M. Genghini, *Il distacco o comando del lavoratore*, in *MGL*, 1992
- Ghera, *La flessibilità: variazioni sul tema*, RGL, 1996, I
- Idem, *Considerazioni sulla giurisprudenza in tema di sciopero*, in *Indagine sul sindacato*, ISLE, Milano, 1970
- Ghezzi – U. Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, Bologna, 1995
- Idem, *La partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese e il sistema contrattuale delle informazioni e della consultazione del sindacato*, in *RGL*, 1998, I
- M. Ghidini, *Disciplina giuridica dell'azienda*, Milano, 1950
- Giacobbe, *Frode alla legge*, ED, XVIII, Milano, 1969

- S. Giubboni, *L'outsourcing alla luce della direttiva 98/50/CE*, in AaVv, *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo, Atti delle Giornate di studio AIDLASS, Trento, 4-5 giugno 2004*, Milano 2000
- Idem, *Diritti sociali e mercato*, Bologna, 2003
- Idem, *Libertà di circolazione dei lavoratori e libera prestazione dei servizi nell'ordinamento comunitario*, in URGE WP, http://www.urge.it/files/papers/2_wpurge1_2009.pdf
- S. Giubboni- G. Orlandini, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Bologna, 2007
- G. Giugni, *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo*, DLRI, 2000
- Idem, *Diritto sindacale*, Bari, 2000
- Gottardi, *Diritti sindacali e libertà economiche al Parlamento europeo. I nodi del coordinamento sistematico*, in L&D, 1992
- M. Grandi, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, ADL, 1999
- M. Grandi, *Modificazioni aziendali del rapporto di lavoro*, EGT, XX, Roma, 1990
- Idem, *Le modificazioni del rapporto di lavoro, I) Le modificazioni soggettive*, Milano, 1972
- Idem, *Trasferimento d'azienda (dir. lav)* EGT, XXXI, Roma, 1994
- Idem, *Fusione di società e trasferimento d'azienda: problemi (irrisolti) di diritto del lavoro*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, IV, 33, Milano, 1998
- Gramiccio, *Superati con la legge di attuazione della direttiva i problemi tra ordinamento comunitario e interno*, Gdir, 2002, 44
- Graziani, *L'impresa e l'imprenditore*, Napoli, 1959
- Greco, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939
- Grezzi, *Commento all'art. 46 cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, Branca (diretto da), Bologna-Roma, 1980
- P. Grossi, *Scienza giuridica e legislazione nella esperienza attuale del diritto*, RDC, 1997, I
- Idem, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, FI, 2002, V
- Gottardi, *Lavoro a domicilio*, Digesto, IV, sez. comm., Torino, 1992

Guarriello, *Il contributo del dialogo sociale alla strategia europea per l'occupazione*, LD, 2004

P. Ichino, *Il dialogo tra economia e diritto del lavoro*, RIDL, 2001, I

Idem, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa*, DLRI, 1999

Idem, *Il lavoro interinale e gli altri varchi nel "muro" del divieto di interposizione*, DLRI, 19997

Idem, *Il contratto di lavoro, I*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cecu e F. Messineo, Milano, 2000

Idem, *Le nuove forme di decentramento produttivo*, RIDL, 1999, III

Ingravallo, *La Corte di giustizia tra diritto di sciopero e libertà economiche fondamentali. Quale bilanciamento?.*, in ViMercati 2009, 2009

N. Irti, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, RDC, 1999

Idem, *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà*, RDC, 1997, I

Idem, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma- Bari, 2003

Idem, *Le ragioni delle leggi e la legge della ragione*, in N. Irti, *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984

Idem, *Persona e mercato*, RDC, 1995, I

Idem, *Rilevanza giuridica*, in N. Irti, *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984

Idem, *Norma e luoghi. Problemi di geo- diritto*, Roma- Bari, 2001

Idem, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, RDC, 2002, I

N. Irti- E. Severino, *Le domande del giurista e le risposte del figliolo (un dialogo su diritto e tecnica)*, CI, 2000

Jacobs, *Le sentenze Viking, Laval e Ruffert: come e perchè dovrebbero essere riformate*, in Vimercati, 2009

M. Lamberti, *Il lavoro nel terzo settore*, Torino, 2000

P. Lambertucci, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Torino, 1999

Idem, *La configurazione dell'azienda nel diritto comunitario e nel diritto interno, ai fini del suo trasferimento*, ADL, 1997

Idem, *Sulla nozione di trasferimento d'azienda nel diritto comunitario*, FI, IV, 1995

Idem, *La nozione di trasferimento d'azienda tra diritto comunitario e diritto interno*, in RIDL, 1997, II

Idem, *Brevi considerazioni su trasferimento d'azienda e fusione societaria*, in *RIDL*, 1997, II

Idem, *Scissione societaria e trasferimento d'azienda*, in *GC*, 1999, I

Lassandri, *La tutela collettiva, utilità della competizione economica globale*, *RGL*, 2005

V. Leccese-V. Pinto, *Osservazioni in tema di lavoro temporaneo*, in *AaVv, Occupazione e flessibilità. Legge n. 196/1997 e provvedimenti attuativi*, a cura di E. Ghera, Napoli, 1998

Lepore, *Trasferimento del ramo d'azienda e diritto di opposizione del lavoratore alla sua cessione (anche con riferimento al nuovo articolo 2112 c.c. In attuazione della direttiva comunitaria n. 98/50)*, e *D & L*, 1999, II

Idem, *Il trasferimento tra diritto interno e disciplina comunitaria in MGL*, 2001

Lettieri, *Regole della globalizzazione e deregolarizzazione del lavoro*, in *S. Scarponi (a cura di) Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sopranazionali*, Mmilano, 2001

Levi, *Il contratto di lavoro ripartito*, *DML*, 2003

N. Lipari, *Diritto ed economia della concorrenza*, *RDCComm*, 2000, I

R. Lodigiani- M. Martinelli, *Dopo la "mass production". Nuovi paradigmi e questioni aperte*, in *AaVv, Dentro e oltre i post-fordismi. Impresa e lavoro in mutamento tra analisi teorica e ricerca empirica*, a cura di R. Lodigiani e M. Martinelli, Milano, 2002

Lo Faro- A. Andronico, *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali. Strumenti complementari o grammatiche differenti?*, in *GDLRI*, 2005

Idem, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazione minime in margine ai casi Laval e Viking*, in *L&D*, 2008

P. Loi, *L'analisi economica del diritto e il diritto del lavoro*, *DLRI*, 1999

V. Lojacono, *Aspetti privatistici del fenomeno monetario*, Milano, 1955

Loriga, *La disciplina giuridica del lavoro in appalto*, Milano, 1965

Lucarelli, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970

Lunardon, *Contrattazione collettiva e governo del decentramento produttivo*, *DIDL*, 2004, I

M. Madera, *Brevi osservazioni in tema di trasferimento d'azienda, cessione di singoli beni aziendali e corresponsioni del trattamento di fine rapporto*, RGL, 2001

S. Mainardi, "Azienda" e "ramo d'azienda": il trasferimento nel Dlgs 10 settembre 2003, n. 276, DLM, 2003

M. Magnani, *Trasferimento d'azienda ed internalizzazioni*, DRLI, 1999

Idem, *Il diritto del lavoro tra universalità e flessibilità delle tutele*, LD, 2004

Idem, *Il diritto applicabile ai rapporti di lavoro internazionale tra legge e contratti collettivi*, DLRI, 1988

Idem, *Direttiva Comunitaria di vecchia e nuova generazione e trasformazioni dell'impresa*, in *Società Europea, diritti di informazione e partecipazione dei lavoratori*, a cura di L. Ficari, Milano, 2006

P. Magno, *Le vicende modificative del rapporto di lavoro subordinato*, Padova, 1976

S. Magrini, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Milano, 1980

Mancini, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957

R. Mancino, *Distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi*, in *Nuove leggi civili*, 2000

G. Mannaccio, *Il divieto di intermediazione e il lavoro interinale*, Padova, 1997

M. Marazza, *Impresa ed organizzazione nella nuova nozione di azienda trasferita*, ADL, 2001

Idem, *L'interesse tipico del creditore di lavoro subordinato e le due ipotesi di dissociazione tra titolarità del contratto ed esercizio dei poteri di organizzazione del lavoro*, in ADL, 2004

Maresca, *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo*, in *AaVv, Flessibilità e diritto del lavoro*, a cura di G. Santoro- Passarelli, Torino, 1997, III

Id., *Le "novità" del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, ADL, 2001

S. Maretti, *L'incorporazione del diritto comunitario del lavoro. La nozione di datore di lavoro, lavoratore e rappresentanze dei lavoratori*, Torino, 2003

Idem, *Il distacco dei lavoratori nel quadro della libera prestazione di servizi*, in MGL, 2000

Idem. *Il recepimento della direttiva CEE sul distacco dei lavoratori*, in MGL, 2000

Idem, *L'oggetto del trasferimento d'azienda*, DPL, 2002

M. Marinelli, *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Torino, 2002

L. Mariucci, *I limiti legali del decentramento produttivo*, RTDPC, 1976

Idem, *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, Milano, 1979

Idem, *La forza di un pensiero debole*, in Idem, *Le fonti del diritto del lavoro. Quindici anni dopo*, Torino, 2003

Idem. *Le fonti del diritto del lavoro. Quindici anni dopo*, Torino, 2003

Mazzarelli, *I rapporti di lavoro nel trasferimento dell'azienda*, Napoli, 1954

F. Mazzioti, *Limiti alla flessibilità*, LG, 2001

Idem, *Flessibilità del lavoro e legge delega*, DML, 2003, I

Mazzoni, *Manuale del diritto del lavoro*, II, Milano, 1977

Mazzotta, *Rapporti interpositori e contratti di lavoro*, Milano, 1979

Idem, *Qualche idea ricostruttiva (e molti interrogativi) intorno alla disciplina giuridica del lavoro temporaneo*, RIDL, 1998, I

Idem, *Appalto, III) Appalto di prestazioni di lavoro*, EGT, II, Roma, 1988

Idem, *Divide et impera: diritto del lavoro e gruppi di impresa*, in LD, 1988

E. Menegatti, *I riflessi del dlgs 2 febbraio 2001 n. 18 sulla nozione di trasferimento d'azienda*, LG, 2001

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

L. Menghini, *Il contratto di inserimento*, AaVv, *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003* a cura di G. Ghezzi, Roma, 2004

Idem, *Il contratto di inserimento*, AaVv, *Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, a cura di G. Ghezzi, Roma, 2004

L. Menogoni, *Forma giuridica e materia economica*, in L. Mengoni, *Diritti e valori*, Bologna, 1985

Idem, *Diritto e tecnica*, RTDPC, 2001

Idem, *L'evoluzione del pensiero di L. Barassi dalla prima alla seconda edizione del "contratto di lavoro"*, in RIDL, 2001, I

Idem, *Il contratto individuale di lavoro*, DRLI, 2000

Idem, *Quale disciplina per i lavori "atipici"?*, DL, 2000, I

A. Minervini, *Le vicende del rapporto di lavoro nella fase del trasferimento d'azienda*, DL, 1992, I

M. Miscione, *Il lavoro interinale tra contratto di lavoro e contratto di fornitura*, DPL, 1997

Morello, *Frode alla legge*, Milano, 1969

Idem, *Negozio giuridico, VI) Negozio in frode alla legge*, EGT; XX, Roma, 1990

E. Nespoli, *Le modifiche alla disciplina del trasferimento d'azienda*, GL, 2003, 10

S. Nadalet, *Imprese transnazionali e diritto del lavoro*, LD, 2005

M. Napoli, *Il lavoro e le regole. C'è un futuro per il diritto del lavoro*, in Idem, *Lavoro, diritto, mutamento sociale*, Milano, 2002

S. Nappi, *Negozi traslativi dell'impresa e rapporti di lavoro*, Napoli, 1999

Idem, *I contratti di lavoro intermittente e ripartito*, in DML, 2004

U. Natoli, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1953

G. Niccolini, *Lavoro temporaneo*, Padova, 1998

Idem, *Interposizione in frode alla legge nei rapporti di lavoro*, Milano, 1980

Idem, *Subfornitura e attività produttive (commento alla l. 18 giugno 1998, 192)*, Milano, 1999

Idem, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, G.L., 1998, 48

Nicolai, *Lavoro temporaneo e autonomia privata*, Torino, 2003

M. Nicolosi, *Le esternalizzazioni di imprese, tra vecchia e nuova disciplina*, DL, 2001, I

L. Nogler, *Lavoro a domicilio*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, art. 2128 c.c., Milano, 2000

Idem, *Continuità della prestazione lavorativa e trasferimento d'azienda in RIDL*, 1993, II

M. Nuzzo, *Utilità sociale ed autonomia privata*, Milano, 1975

V. Nuzzo, *Questioni in tema di esternalizzazione: gli orientamenti della Suprema Corte*, NGL, 2002

Idem, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, Padova, 2002

Idem, *Il trasferimento di azienda: l'ultima riscrittura della disciplina lavoristica*, MGL, 2002

- M. Offeddu, *Il lavoro a domicilio*, in *trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XV, Torino, 1986
- O'Higgins, "Il lavoro non è una merce". *Un contributo irlandese al diritto del lavoro*, in *DLRI*, 1996
- G. Oppo, *Impresa e mercato*, *RDC*, 2001, I
- Idem, *Impresa e imprenditore*, I) *Diritto commerciale*, *EGT*, XVI, Roma, 1989
- Idem, *L'iniziativa economica*, *RDC*, 1988, I
- G. Orlandini, *La disciplina comunitaria del distacco dei lavoratori fra libera prestazione di servizi e tutela della concorrenza: incoerenze e contraddizioni nella Direttiva n. 71 del 1996*, in *ADL*, 1999
- Idem., *Considerazioni sulla disciplina del distacco dei lavoratori stranieri in Italia*, in *RIDL*; I, 2008
- Idem, *Ordine pubblico e dumping sociale nel mercato interno dei servizi*, in *RISS*, 2008
- Idem., *Viking, Laval e Ruffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, in *Vimercati Aurora*, 2009
- F. Panariello, *La frontiera di prestazioni di lavoro temporaneo*, Napoli, 1999
- Panizza, *Luci ed ombre della Globalizzazione*, *CI*, 2005
- Pardolesi, *Un moderno minotauro: Law and Economics*, *SD*, 1990, 1-2
- Idem, *Luci ed ombre nell'analisi economica del diritto*, *RDC*, 1982
- Idem, *Analisi economica del diritto, digesto IV, sez. civ.* Torino, 1987, I
- P. Passalacqua, "Patto per l'Italia": *sviluppi e prospettive in tema di trasferimento d'azienda*, *DL*, 2002
- Idem, *Successione nell'appalto, trasferimento e definizione legale della fattispecie*, *MGL*, 2001
- M. Pedrazzoli, *Istituti a ratio comunitaria e attività dell'interprete: l'esempio del trasferimento d'azienda*, in *AaVv*, *Le trasformazioni aziendali in vista del Mercato europeo: legge e contratto collettivo*, Roma, 1992
- P. Pelissero, *L'"entità economica" come oggetto del trasferimento d'azienda : sviluppi recenti della giurisprudenza comunitaria e possibili riflessi sugli ordinamenti nazionali*, *DRI*, 1998

G. Pellicani, *Il trasferimento d'azienda. Commento all'art. 32*, in AaVv, *La riforma del mercato del lavoro. Commento al dlgs 10 settembre 2003, n. 276 (art. 1- 32)*, a cura di L. Galantino, Torino, 2004

G. Pera, *Appunti sul contratto di fornitura di lavoro temporaneo*, RIDL, 1998, I

P. Perlingieri, *Economia e diritto*, in P. Perlingieri, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003

Idem, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, Rass DC, 1995

Idem, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1983

Idem, *Il privato della politica*, in Idem, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003

P. Perlingieri- M. Marinaro, *Art. 41*, in P. Perlingieri, *Commento alla Costituzione Italiana*, Napoli, 2001

G. Perone, *Liberalizzazione del commercio e diritto del lavoro: riflessioni su una relazione in tema*, MGL, 2007

M. Persiani, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in AaVv, *Contratto e lavoro subordinato. Il diritto privato alle soglie del 2000*, Padova, 2000

M. Persiani- G. Proia, *Contratto e rapporto di lavoro*, 2007

Perulli, *Diritto del lavoro e globalizzazione, clausole sociali, codici di condotta e commercio elettrico*, Padova, 1999

Idem, *I diritti di informazione*, Torino, 1991

Idem, *Esternalizzazione del processo produttivo e nuovi lavori*, DL, 2000

Idem, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, ADL, 2003

Idem, *Interessi e tecnologie di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, in AaVv, *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile, Atti delle Giornate di studio di Diritto del lavoro, Pesaro- Urbino, 24-25 maggio 2002*, Milano, 2003

Perulli (a cura di), *Trasformazioni dell'impresa e rapporti di lavoro, Atti del seminario dottrinale internazionale, Venezia , 17- 21 giugno 2002*, Padova, 2004

R. Pessi, *Organizzazione del lavoro e qualificazione dei rapporti*, in *Scritti in memoria di Hernandez*, DL, 2003

Idem, *Informazione e partecipazione tra esperienze nazionali ed indirizzi comunitari, in Società Europea, diritti di informazione e partecipazione dei lavoratori*, a cura di L. Ficari, Milano, 2006

M. Petrassi, *Trasferimento di ramo di azienda e trasferimento parziale dei dipendenti ad esso addetti*, ADL, 1998

Pettiti, *Il trasferimento volontario d'azienda*, Napoli, 1970

Petrucchi- S. Taddei, *Una successione legale del contratto incompatibile con i vincoli del codice*, FI, 2002, I

M. Pianta, *Globalizzazione dal basso. Economia mondiale e movimenti sociali*, Roma, 2001

P. Piovani, *Effettività (principio di)*, ED, XIV, Milano, 1965

M. Pittalis, *Outsourcing*, CI, 2000

Pizzoferrato, *La nozione "giuslavoristica" di trasferimento di azienda fra diritto comunitario e diritto interno*, RIDL, 1998, I

Idem, *I riflessi della direttiva 98/50/CE sull'ordinamento italiano*, in DLRI, 1999

R.A.Posner, *The economics analysis of Law*, Boston- Toronto, 1997

Idem, *The new Economics analysis of Law*, in *Proceedings of the British academy*, Oxford, 1982

G. Prosperetti, *Globalizzazione e solidarietà sociale*, in *Scritti in onore di G. Giugni*, Bari, 1999, II

Idem, *Introduzione*, in AaVv, *Il trasferimento dell'impresa*, a cura di C. Russo, Milano, 2001

K. Purcell- J. Purcell, *In – sourcing, out- sourcing e lavoro temporaneo*, DRI, 1988

E.Quadri, *Principio nominalistico e disciplina dei rapporti monetari*, Milano, 1979

G.Quadri, *Trasferimento d'azienda e outsourcing di servizi*, FI, 2003, I

Idem, *I processi di esternalizzazione. Tutela del lavoratore e interesse dell'impresa*, 2004

R. Quadri, *Applicazione generale della legge in generale*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca. *Disposizioni preliminari (art. 10-15)*, Bologna-Roma, 1974

P. Rescigno, *Il principio di uguaglianza nel diritto privato*, in P. Rescigno, *Persona e comunità*, Bologna, 1966

- Idem, *Ancora sul principio di eguaglianza nel diritto privato*, in P. Rescigno, *Persona e comunità*, Bologna, 1966
- Ricci, *Le finalità del D. Lgs n. 276/2003 tra flessibilità/precariato e "presunti" orientamenti comunitari*, LG, 2004
- Riva Sanseverino, *Dell'impresa in generale*, in Scialoja e Branca (a cura di), *Commentario del codice civile, Libro V (Del lavoro)*, Bologna, 1943
- Roccella, *La Corte di Giustizia e il diritto del lavoro*, Torino, 1997
- M. Roccella- T. Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova, 2002
- S. Rodotà, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma- Bari, 1997
- U. Romagnoli, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Bologna, 1995
- Romani, *Diritto ed economia: la prospettiva di un economista*, SD, 1990, 1-2
- Santi Romano, *Interpretazione evolutiva*, in Idem, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953
- U. Romagnoli, *Il diritto del lavoro nell'età della globalizzazione*, LD, 2003
- R. Romei, *Cessione di ramo D'azienda e appalto*, DL, 1999
- Idem, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, in *Il Codice civile. Commentario, diretto da P. Schlesinger, art. 2112 c.c.*, Milano, 1993
- Idem, *Azienda, impresa, trasferimento*, DLRI, 2000
- A. Rondo, *Nel trasferimento d'azienda la continuazione del rapporto di lavoro con il cessionario non richiede il consenso del lavoratore interessato*, LG, 2003
- M. Rudan, *L'interposizione nelle prestazioni di lavoro e la nuova disciplina degli appalti di opere e di servizi*, RTDPC, 1961
- Rulloni, *Economia globale e post- fordismo*, IF- Rivista della Fondazione IBM Italia, 1998, Milano
- M. Rusciano, *Profili ricostruttivi dell'affitto di manodopera*, DML, 1999, I
- Russo, *La revisione della disciplina del rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda in AaVv, La riforma Biagi. Commento allo schema di decreto attuativo della legge delega sul mercato del lavoro*, a cura di M. Tiraboschi, suppl. di G. Lav., Milano, 2003, 4

R. Sacco, *La diversità del diritto (a proposito dei problemi di unificazione)*, RDC, 2000, I

Santoni, *La passione soggettiva del lavoratore dipendente*, Napoli, 1979

Idem, *Nuovi lavori e tipo contrattuale*, DML, 2004

Idem, *I rapporti speciali di lavoro*, Torino, 1993

Idem, *Nuovi lavori e tipo contrattuale*, DML, 2004

Idem, *Dialogo tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale del lavoro: la legislazione*, DLRI, 1992

Idem, *Le organizzazioni di tendenza ed i rapporti di lavoro*, Milano, 1983

F. Santoro Passarelli, *Il lavoro nell'impresa in studi in onore di A. Asquini*, IV, Padova, 1965

Idem, *L'impresa nel sistema del codice civile*, in F. Santoro Passarelli, *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961

Santoro Passarelli, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, Torino, 2004

Idem, *Fattispecie ed interessi tutelati nel trasferimento di azienda e di ramo di azienda*, RIDL, 2003, I

Idem, *Il trasferimento dell'azienda*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XV, Torino, 1986

Idem, *LA nuova disciplina del trasferimento d'impresa*, a cura di Foglia, Milano, 2002

Idem, *La nozione di azienda trasferita tra la disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, ADL, 2001

Idem, *Trasferimenti d'azienda: la fattispecie*, DRI, 1992

Idem, *Il trasferimento d'azienda rivisitato*, MGL, 1991

F. Scarpelli, *"Esternalizzazioni" e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, DRI, 1999

Idem, *Nuove forme di lavoro e occupazione*, DLM, 2003

Idem, *Nozione di trasferimento di ramo d'azienda e rilevanza del consenso del lavoratore*, MGL, 2003,

Idem, *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda: problemi vecchi e nuovi*, WPCSDLE. "Massimo D'Antona" N. 37/2004, in www.lex.unict.it/eurolabor e in QDLRI, 28

Idem, *Sulla nozione di trasferimento d'azienda ex art. 2112, FI*, 2000, I

Idem, *Nuova disciplina del trasferimento d'azienda, DPL*, 2001

Idem, *Cessazione degli appalti di servizi e licenziamenti collettivi*, in www.cgil.it/giuridico (2001)

S. Sciarra, Viking e Laval: *diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in *L&D*, 2008

S. Sciarra- B. Caruso, *Il lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da Ajani G. e Benacchio G.A, Torino, V, 2009

P. Schlesinger, *I mercati "neri"*, *RDC*, 1999, I

Idem, *Mercati, diritto privato, valori*, in AaVv, *Lavoro, mercato, valori*, a cura di M. Napoli, Milano, 2003

R. Scognamiglio, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in AaVv, *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di R. Scognamiglio, Milano, 1978

Idem, *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, *ADL*, 1999

Idem, *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, *ADL*, 1999

Idem, *Aspettative di diritto*, *ED*, III, Milano, 1958

Senatori, *Successione di appalto di servizi e trasferimento di azienda tra ratio comunitaria e riforma del mercato del lavoro italiano*, in *RIDL*, 2004, II

R. Sennet, *L'uomo flessibile. Le conseguenze del nuovo capitalismo sulla vita personale*, Milano, 1999

L. Silvagna, *L'unità produttiva nel profilo delle vicende circolatorie*, Milano, 1982

Idem, *Il diritto di informazione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1977

Sitzia, *Trasferimento di parte d'azienda, smaterializzazione dell'impresa e esternalizzazioni: il caso Ansaldo e l'art. 32, dlgs. N. 276/2003*, *RIDL*, 2004, II

Spanò, *La povertà nella società del rischio. Percorsi di impoverimento nella tarda modernità e approccio biografico*, Milano, 1999

S. Spano, *Il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro*, Milano, 1965

G. Spolverato, *Un contratto di inserimento per un ingresso guidato nel mercato del lavoro*, in AaVv., *Commentario al D.Lgs 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, III, art. 33-60, *Contratti di lavoro flessibile e contratti formativi*, a cura di M. Brollo, M. G. Mattarolo e L. Menghini, Milano, 2004

A. Supiot (a cura di), *Au-delà de l'emploi (Trasformazione del lavoro e diritto del lavoro in Europa)*, Paris, 1999

G. Suppiej, *L'interposizione brevettata*, ADL, 1998

Idem, *Flessibilità e tutela "nel contratto di lavoro subordinato"*, DLRI, 2002

G.U. Tedeschi, *Disposizioni sull'azienda in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XVIII, Padova, 1983

E. Testa, *Regole anti-dumping sociale nella contrattazione collettiva del mercato globale*, DL, 2003

A.R. Tinti., *La nozione di trasferimento d'azienda e il nuovo art. 2112 c.c.*, in AaVv., *disposizioni in tema di trasferimento d'azienda*, a cura di M. Magnani, NLCC, 1992

M. Tiraboschi, *Lavoro temporaneo e somministrazione di manodopera. Contributo allo studio della fattispecie lavoro intermittente tramite agenzia*, Torino, 1999

S. Tolone, *L'ordine della legge ed il mercato. La congruità dello scambio contrattuale*, Torino, 2003

R. Tommasini, *Contributo alla teoria dell'azienda come oggetto di diritti*, Milano, 1986

T. Treu, *Diritto del lavoro, Digesto IV, sez. comm.*, IV, Torino, 1988

Idem, *La riforma del mercato del lavoro: prime notazioni*, in AaVv., *come cambia il mercato del lavoro*, a cura di A. Casotti e M. R. Gheido, Milano, 2004

Idem, *Statuto dei lavoratori e cortei dei diritti*, LD, 2004

Idem, *Il Patto per l'Italia: un primo commento*, G.Lav., 2002, 23

Idem, *Il diritto del lavoro tra internalizzazione e segmentazione*, in F. Galgano, S. Cassese, G. Tremonti, T. Treu, *Nazioni senza ricchezza, ricchezze senza nazione*, Bologna, 1993

P. Trimarchi, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961

F. Trimarchi, *Sistemi gestionali e forme contrattuali dell'outsourcing nella Pubblica amministrazione*, DE, 2002

P. Tullini, *Identità e scomposizione della figura del datore di lavoro*, ADL, 2003

Idem, *Identità e scomposizione della figura del datore di lavoro*, ADL, 2003

Tursi, *Il contributo dei giuslavoristi al dibattito sulla riforma del mercato del lavoro: note critiche in tema di fornitura di lavoro temporaneo e contratto a termine*, RIDL, 2002, I

Idem, *Responsabilità sociale, “etica d’impresa e diritto del lavoro*, LD, 2007

G. Tussino, *Impresa trasnazionale e rapporti di lavoro*, in MDL, 2006

M. L. Vallauri, *Studio sull’oggetto del trasferimento ai fini della applicazione del nuovo articolo 2112 c.c.*, in LD, 2002

Vallebona, *L’ipocrisia del lavoro interinale all’italiana*, ADL, 1997

Idem, *Istituzione di diritto del lavoro, II, Il rapporto di lavoro*, Padova, 2002

Idem, *La riforma dei lavori*, Padova, 2004

Idem, *La disciplina dei rapporti di lavoro in caso di fusione e di scissione di società*, DL, 1992, II

Idem, *La disciplina dei rapporti di lavoro in caso di fusione e di scissione di società*, DL, 1992

Idem, *Successione nell’appalto e trasferimento d’azienda*, in AaVv, *La nuova disciplina del trasferimento d’impresa*, 2002

Vanzetti, *Osservazioni sulla successione nei contratti relativi all’azienda ceduto in Impresa e società. Scritti in memoria di A. Graziani*, Napoli, 1968, V

G. Venturini, *L’organizzazione mondiale del commercio*, Milano, 2004

Veneziani, *La Flessibilità del lavoro ed i suoi antidoti. Un’analisi comparata*, DLRI, 1995

G. Vidiri, *Il dlgs 2 febbraio 2001, n. 18: trasferimento d’azienda tra “flessibilità” e “garantismo”*, MGL, 2003

G. Villani, *Trasferimenti d’azienda. Profili di diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Torino, 2000

Idem, *La fattispecie “trasferimento d’azienda”*, in AaVv, *Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese*, NLCC, 2002

Idem, *Trasferimento d’azienda, digesto IV, sez. comm., agg.* Torino, 2000

Zanelli, *Il franchising*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, XI, Torino, 1987

Vitale, *Appunti sulla fraus legi nei processi di esternalizzazione*, in RIDL, 2008, 3

- P. Zanelli, *Decentramento produttivo*, *GI*, 1988, IV
- Idem, *Nuove tecnologie. Legge e contrattazione collettiva*, Milano, 1993
- L. Zappalà, *La "flessibilità nella sicurezza" alla prova. Il caso del lavoro temporaneo fra soft law e hard law*, *DLRI*, 2003
- Zoppoli, *Lavori e valori*, in AaVv, *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, a cura di R. De Luca Tamajo, M. Rusciano e L. Zoppoli, Napoli, 2004
- Idem, *Viking e Laval: la singolare andatura della Corte di giustizia (ovvero l'autonomia Collettiva negata)*, in *DLM*, 2008
- L. Zoppoli, *Lavoro, mercato e regole: alla ricerca di nuovi equilibri*, *DML*, 1999

