

La tutela del lavoratore ceduto*

Luigi de Angelis

1. La posizione del lavoratore ceduto tra mantenimento dei diritti e tutela dal trasferimento d'azienda.	323
2. La tematica del diritto di opposizione del lavoratore alla cessione del contratto di lavoro.	325
3. Le tecniche di tutela generali.	330
4. Il controllo sulla fattispecie. Rinvio.	331
5. Informazione e consultazione sindacale e tutela individuale del lavoratore.	332
6. Informazione e consultazione sindacale e tutela collettiva. Azione ex art. 28 l. n. 300/70 e giudizio di cognizione ordinaria promosso dai sindacati.	334
7. Contenuto ed effetti del provvedimento reso ai sensi dell' art. 28 l. n. 300/70; in particolare, con riguardo all' operazione traslativa ed ai rapporti individuali di lavoro.	335
7.1. Segue. Violazioni attuate mediante atti contrattuali o unilaterali e conseguenze giuridiche sulle misure a latere al trasferimento.	341
7.2 Segue. Violazione degli obblighi di informazione e consultazione sindacali e conseguenze sugli accordi di cui all' art. 47.	343
8. Cenni sulle condotte repressive ex art. 28.	344
9. Il mantenimento dei diritti del lavoratore ceduto.	345
9.1 Segue. L' irrilevanza del trasferimento d' azienda al fine del licenziamento.	348
9.2 Segue. Dimissioni e successiva assunzione.	350
10. La responsabilità solidale di acquirente ed alienante ex art. 2112, secondo comma, c.c., e la liberazione dell' alienante.	350
11. La nuova responsabilità solidale nell' <i>internalizzazione di ritorno</i> (art. 2112, sesto comma, c.c.).	352
12. Cenni alla tutela processuale del dipendente ceduto di pubblica amministrazione.	355

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 24/2004

1. La posizione del lavoratore ceduto tra mantenimento dei diritti e tutela dal trasferimento d'azienda.

Per rendersi conto della centralità del profilo della tutela del lavoratore ceduto nell'ambito del più vasto tema dei trasferimenti d'azienda, è utile considerare come larga parte delle regole in materia, introdotte progressivamente nel tempo a partire dal 1990, si inserisca nella disposizione originaria, l'art. 2112 c.c., sotto la nuova rubrica, propria dell'art. 1 d.lgs. n. 18/2001 e conforme del resto all'intitolazione del decreto medesimo, "*mantenimento dei diritti* dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda" (il corsivo è nostro); disposizione caratterizzata, rispetto al più generale art. 2558 c.c., dall'inderogabilità delle sue norme,¹¹²⁴ tipico carattere delle regole di garanzia a favore dei lavoratori.

Tale prospettiva, che è in sintonia con la normativa comunitaria in materia volta a garantire la salvaguardia dei diritti dei lavoratori in caso di cambiamento di datore di lavoro,¹¹²⁵ è diversa da quella originaria, essenzialmente orientata verso l'interesse di cedente e cessionario di conseguire il massimo utile dalla cessione della sua attività economica trasferendola nella sua integrità, e, rispettivamente, di acquisire un'impresa in grado di operare nel mercato nel pieno delle sue potenzialità, e già messa in crisi dalla disciplina vincolistica sui licenziamenti del 1966 e, ancor più, successiva.¹¹²⁶

È una prospettiva che si è fortificata con le svariate modifiche normative sollecitate appunto dal diritto comunitario¹¹²⁷ e risoltesi essenzialmente nel riconoscimento di un ruolo sindacale nell'operazione traslativa, sempre orientato verso l'ampliamento dello spettro di tutela del lavoratore, appunto nel rafforzamento di alcune garanzie del dipendente, e nella puntualizzazione della nozione di trasferimento; quest'ultima, però, anche con riguardo al trasferimento parziale, cui è dedicata soprattutto dal d.lgs. n. 18/2001, ma anche dal d.lgs. n. 276/03,¹¹²⁸ un'attenzione che, eccettuato l'aspetto della procedura di informazione e consultazione sindacale (art. 47, primo comma, l. n. 428/1990, era stata propria della sola elaborazione giurisprudenziale e dottrinale.

¹¹²⁴ Cfr. per tutti R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda Art. 2112*, in *Il Codice Civile Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1993, 74 ss., 78 ss., anche nota n. 14.

¹¹²⁵ Cfr., per l'inderogabilità in senso sfavorevole ai lavoratori della tutela comunitaria cfr., da ult., Cgce, 6 novembre 2003, C-4/01, Serene, in *LG*, 2004, 865, con nota di L.C. NATALI, *Trasferimento d'azienda: la Corte Ce ribadisce il proprio favore verso la garanzia dei diritti previdenziali dei lavoratori*.

¹¹²⁶ Cfr. per tutti M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, Torino, 2004, 354 ss.; V. LUCIANI, *Trasferimento d'azienda e tutela dei lavoratori: il bilanciamento di interessi nell'evoluzione dell'art. 2112 c.c.*, in AA. VV., *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema*, a cura di R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli, Napoli, 2004, 562 ss.

¹¹²⁷ Sull'evoluzione del diritto comunitario in argomento anche alla luce della giurisprudenza della corte di giustizia cfr., tra gli altri, oltre al contributo di R. FOGLIA in questo volume, A. LEPORE, *Il trasferimento d'azienda tra diritto interno e disciplina comunitaria*, in *MGL*, 2001, 186 ss.; S. GIUBBONI, *L'outsourcing alla luce della direttiva 98/50 Ce*, in *DLRI*, 1999, 424 ss.; A. PIZZOFERRATO, *Il riflessi della direttiva 98/50(Ce sull'ordinamento italiano*, *ibid.*, 463 ss.; da ult., R. FOGLIA, *L'evoluzione normativa e giurisprudenziale comunitaria in materia di trasferimento d'azienda*, in *QDLRI*, 2004, n. 28, 189 ss.; R. SANTAGATA, *Trasferimento del ramo d'azienda tra disciplina comunitaria e diritto interno*, in AA. VV., *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema*, cit., 608 ss.; v. altresì, la ricostruzione della giurisprudenza comunitaria in Cass., 10 gennaio 2004, n. 206, in *RIDL*, 2004, II, 653, con nota di A. SITZIA, *Trasferimento di parte d'azienda, smaterializzazione dell'impresa e esternalizzazioni: il caso Ansaldo e l'art. 32, d.lgs. n. 276/2003*, in *OGI*, 2004, I, 95, e in *NGL*, 2004, 496.

¹¹²⁸ Sull'iter legislativo e concertativo che ha preceduto la modifica dell'art. 2112 c.c. cfr. A. MARESCA, *Modifica all'articolo 2112 comma quinto, del codice civile*, in AA. VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, coordinato da M. Pedrazzoli, Bologna, 2004, 373.

Si è trattato di un'elaborazione anch'essa sensibilmente mutata nel corso degli anni per effetto del profondo cambiamento delle forme organizzative e produttive delle imprese e della loro *smaterializzazione*, e, in particolare, per effetto dell'affermarsi del fenomeno che è ormai noto come quello delle esternalizzazioni delle attività produttive e, soprattutto, dei servizi.¹¹²⁹ Se per decenni la questione, risolta positivamente,¹¹³⁰ ha avuto ad oggetto l'applicazione al trasferimento parziale di una disciplina di garanzia (appunto, di mantenimento dei diritti), negli ultimi anni l'asse si è di frequente spostato verso la tutela del lavoratore *dal* trasferimento, dal momento che l'affermazione del principio d'insensibilità del rapporto di lavoro alle vicende circolatorie dell'impresa si è trasformata in strumento volto anche e soprattutto ad agevolare i predetti processi di esternalizzazione.¹¹³¹ Tanto che si è parlato, a riguardo, di crisi d'identità dell'art. 2112 c.c.,¹¹³² e si è evidenziato il venir meno della corrispondenza tra forma giuridica e realtà economica sottostante.¹¹³³

Di qui, sull'onda di alcune importanti vicende giudiziarie, in particolare - ma non solo -¹¹³⁴ dei notissimi *casi Ansaldo* ed *Alcatel*,¹¹³⁵ e sulle sollecitazioni imposte dal diritto comunitario, una nuova riflessione sulla stessa nozione di trasferimento d'azienda, ed il sorgere della tematica della necessità o meno del consenso del lavoratore ceduto, la cui soluzione negativa era data assolutamente per scontata in passato: una normativa avente la indicata finalità di garanzia, si è rilevato, non può esser letta stravolgendola e svalutando altresì la dimensione contrattuale e dell'autonomia delle parti nel rapporto di lavoro, tanto più se si considera che la finalità stessa è sancita dalla disciplina europea in vista di consentire ai lavoratori di restare alle dipendenze del cessionario nella stessa situazione convenuta con il cedente. Onde la necessità, nel caso di trasferimento parziale d'azienda, di non applicare in blocco la normativa prevista per il trasferimento totale, ma di distinguere all'interno di essa tenendo conto della *ratio* delle varie regole.¹¹³⁶

¹¹²⁹ In proposito cfr., tra gli altri, R. ROMEI, *Il campo di applicazione della disciplina sul trasferimento d'azienda*, in AA. VV., *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema*, cit., 580; ID., *Cessione di ramo di azienda e appalto*, in *DLRI*, 2003, 325 ss.; A. PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *ADL*, 2003, 473 ss.

¹¹³⁰ Ad es., Cass., 17 marzo 1993, n. 3148, in *RIDL*, 1993, II, 413.

¹¹³¹ Cfr., tra i tanti, R. DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del trasferimento di ramo d'azienda dal codice civile al decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003*, in AA. VV., *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema*, cit., 570.

¹¹³² Cfr. A. MARESCA, *Le "novità" del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *ADL*, 2001, 588; anche in AA. VV., *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa*, a cura di G. SANTORO PASSARELLI e R. FOGLIA, Milano, 2002, 16 (da ora le citazioni saranno fatte dalla rivista).

¹¹³³ Cfr. S. MAINARDI, *"Azienda" e "ramo d'azienda": il trasferimento nel d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, in *DLM*, 2003, 685.

¹¹³⁴ V. la sintesi della casistica in F. SCARPELLI, *"Esternalizzazioni" e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in AA. VV., *Scritti in memoria di Massimo D'ANTONA*, v. I, t. II, Milano, 2004, 1469 ss. (lo scritto, lievemente modificato dal più recente, è anche in *DRI*, 1999, 362: le citazioni verranno da ora fatte dal volume).

¹¹³⁵ Sul primo caso cfr. gli approdi di Cass. 4 dicembre 2002, n. 17207, 25 ottobre 2002, n. 15105, in *FI*, 2003, I, 103, con nota di A.M. PERRINO, anche, s.m., *ibid.*, 458, con nota di R. COSIO, *La cessione del ramo d'azienda: un cantiere aperto*, ed *ivi* riferimenti pure alle decisioni da cui la vicenda è partita; v. altresì sul secondo, strettamente inerente la tematica del consenso (affrontata anche da Cass. 15105/02, cit.), Cass. 23 luglio 2002, n. 10761 e 22 luglio 2002, n. 10701, in *RIDL*, 2003, II, 148, con nota critica di F. SCARPELLI, *Nozione di trasferimento di ramo di azienda e rilevanza del consenso del lavoratore*.

¹¹³⁶ Cfr. F. SCARPELLI, *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni. Le opinioni di M. MAGNANI e F. SCARPELLI*, in *DLRL*, 1999, 501; v. altresì ID., *"Esternalizzazioni" e diritto del lavoro*, cit., 1487 ss.; M. AIMO, *Le garanzie individuali dei lavoratori*, in P. PELISSERO, M. AIMO, D. IZZI, *Il trasferimento d'azienda fra diritto comunitario e diritto interno*, in *RGL*, 1999, 858 ss.

2. La tematica del diritto di opposizione del lavoratore alla cessione del contratto di lavoro.

Tale rilievo è stato disatteso dalla giurisprudenza di legittimità, che, a conclusione dei casi segnalati nel precedente §, ha escluso l'esistenza del c.d. diritto di opposizione del lavoratore alla cessione del contratto di lavoro.¹¹³⁷ Nè deve trarre in inganno circa un mutamento di rotta la recentissima Cass. 28 settembre 2004, n. 1939, la quale si è limitata a ritenere fondate le critiche mosse alla decisione d'appello da una lavoratrice, ricorrente in cassazione, per avere ritenuto provata dalla richiesta al cedente del saldo di spettanze retributive l'esistenza della volontà di opposizione della lavoratrice stessa al trasferimento, e a ritenere invece logica ed adeguatamente motivata la decisione per avere tratto la volontà abdicativa al trasferimento dalla richiesta sempre al cedente di ripresa dell'attività lavorativa. Ciò, si badi bene, in un caso in cui la ricorrente ha negato l'operatività del trasferimento automatico dei lavoratori in caso di cessione d'azienda sulla base del diritto comunitario, e in cui di questo non si è discusso avanti la corte di cassazione.

Né, del resto, la tesi che riconosce il diritto d'opposizione ha convinto la dottrina prevalente.¹¹³⁸

Ciò nonostante il rilievo riportato in conclusione del precedente § è di quelli che fanno seriamente pensare, e se ne dovrà tener conto tra breve, dovendo anche l'esame dei successivi interventi normativi confrontarsi con la disciplina comunitaria.

Appunto tra questi interventi, l'art. 1 d.lgs. n. 18/2001 cit. ha notevolmente rafforzato la tesi dell'esclusione del diritto di opposizione del lavoratore,¹¹³⁹ inteso come modo di impedire l'efficacia della sostituzione del datore di lavoro nel singolo rapporto. Per un verso, infatti, ha contemplato espressamente la nozione di trasferimento di parte dell'azienda (poi ridefinita nell'art. 32 d.lgs. n. 276/2003);¹¹⁴⁰ per un altro verso ha stabilito che anche a tale trasferimento si applicano le disposizioni dell'art. 2112 c.c. *Le disposizioni*, appunto, senza distinzioni.

¹¹³⁷ Cfr. Cass. 15105, 10761, 10701/02, citt., nonché, più di recente, Cass. 206/04, cit.; nella giurisprudenza di merito, tra le più recenti, App. Catania, 13 marzo 2004, in *FI*, 2004, I, 2034, con nota di richiami e nota di A.M. PERRINO, *Ancora sul trasferimento d'azienda: le presunte novità*; Trib. Padova, 25 maggio 2002, in *LG*, 2003, 361, con nota di E. BARRACO, *Cessione di ramo d'azienda, irrilevanza del consenso dei lavoratori ceduti e frode alla legge sui licenziamenti collettivi*; Trib. Milano, 30 marzo 2002, in *OGL*, 2002, I, 308; App. Milano, 12 aprile 2001, in *OGL*, 2001, I, 90; App. Milano 12 aprile 2001, in *OGL*, 2001, I, 86; v. altresì Trib. Treviso, 26 giugno 2001, in *RFI*, 2002, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1158, e Pret. Bergamo, 24 giugno 1999, in *LPA*, 2000, 1999, 1292, entrambe relative a trasferimento d'attività di pubbliche amministrazioni, ex art. 31 d.lgs. n. 165/2001 (v. *infra*, § 12); *contra*, Pret. Milano, 14 maggio 1999, in *D&L*, 1999, 561, con nota di 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*; Trib. Siena, ord. 21 maggio 2003, in *LPA*, 2003, 938, attinente a trasferimento d'attività ex art. 31 d.lgs. n. 165/2003, cit.; v. altresì Cass., 18 agosto 2000, n. 10963, in *FI*, 2001, I, 1259, con nota di R. COSIO, *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa: l'ambito di applicazione*, anche in *RIDL*, 2001, II, 743, con nota di M. CARO, *Attualità e rinunciabilità del diritto individuale alla conservazione del posto in caso di trasferimento d'azienda*, ha ritenuto che il lavoratore possa rinunciare al suo diritto di passare all'impresa cessionaria; per altri riferimenti, in un senso e nell'altro, cfr. la richiamata nota di richiami a Cass. 17207 e 15105/02, citate.

¹¹³⁸ Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in AA. VV., *I processi di esternalizzazione Opportunità e vincoli giuridici*, Napoli, 2002, 22, ed *ivi*, alla nota n. 28, ulteriori riferimenti, cui *adde*, G. QUADRI, *I limiti di applicabilità dell'art. 2112 c.c. ai processi di "esternalizzazione"*, in *DML*, 2003, 331 ss., S. PICCININNO, *Trasferimento d'azienda, rapporti di lavoro ed autonomia privata*, in *ADL*, 2000, 673 ss., e, da ult., e dopo il d.lgs. n. 276/2003, G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, Torino, 2004, 28.

¹¹³⁹ Per la non coincidenza delle nozioni di trasferimento parziale d'azienda e trasferimento di ramo d'azienda, cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 23; G. VIDIRI, *Il d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18: trasferimento d'azienda tra "flessibilità" e "garantismo"*, in *MGL*, 2003, 6.

¹¹⁴⁰ In precedenza, si riferiva alla cessione e all'affitto parziale dell'azienda, nella legislazione lavoristica, l'art. 3, comma 3 e 4 l. n. 223/1991.

Non appare quindi giuridicamente corretto selezionare ancora, in ragione della *ratio*, la disciplina applicabile al trasferimento parziale all'interno di quella generale dettata dall'art. 2112: a fronte della totalizzante ampiezza dell'enunciato legislativo e della sua formulazione nel pieno di un vivace dibattito anche giurisprudenziale orientato in direzione opposta, ogni riduttivo distinguo in via interpretativa è davvero poco convincente. In proposito si sottolinea che con ciò non si è inteso valorizzare a fini ermeneutici la volontà del legislatore concreto,¹¹⁴¹ bensì (un profilo de)¹¹⁴² il contesto (oggettivo) nel quale un enunciato già di per sé *onnicomprendivo*, si è calato.¹¹⁴³ Il contesto, utilizzato nella teoria dell'interpretazione per andare oltre il testo, qui addirittura gli dà conforto e lo asseconda.¹¹⁴⁴

La lettura che riconosce il diritto di opposizione del lavoratore alla cessione del contratto di lavoro dovrebbe allora investire il trasferimento d'azienda *tout court*, e quindi anche quello totale, in tal modo arrivandosi a conseguenza cui non si era approdati neppure con la precedente normativa.¹¹⁴⁵ Pur non prendendosi espressamente posizione sulla questione, si è detto infatti, per giustificare la distinzione, che nel trasferimento globale dell'azienda l'invarianza dell'organizzazione, come termine di riferimento di ogni posizione contrattuale, può giustificare la regola di necessaria continuità del rapporto (alla quale l'alternativa è la sicura impossibilità di prosecuzione del contratto), e sposa virtuosamente l'interesse commerciale dei soggetti cedente e cessionario con quello dei lavoratori alla continuità dell'occupazione. Tale equilibrio, invece, viene alterato radicalmente nell'ipotesi del trasferimento solo parziale dell'azienda.¹¹⁴⁶

Ed appunto con riguardo al trasferimento totale d'azienda è opinione scontata che configuri un caso di continuazione legale del contratto di lavoro non soggetto al disposto dell'art 1406 c.c., e quindi non abbisognevole del consenso del dipendente. Ciò sul presupposto che nessun lavoratore possa avere interesse a negare il proprio consenso alla cessione poiché si esporrebbe al sicuro licenziamento da parte del datore di lavoro ormai spogliato dell'azienda ceduta. Onde una norma ispirata all'idea della privazione della facoltà del dipendente di rifiuto della cessione del

¹¹⁴¹ Al riguardo cfr. per tutti G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 364 ss.

¹¹⁴² Sulla dimensione multicontestuale del processo interpretativo cfr. B. PASTORE, *Identità del testo, interpretazione letterale e contestualismo nella prospettiva ermeneutica*, in AA. VV., *Significato letterale e interpretazione del diritto*, a cura di V. VELLUZZI, Torino, 2000, 143 ss.

¹¹⁴³ Sulla c.d. interpretazione contestuale cfr. la nota precedente, nonchè, da ult., R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, e continuato da P. Schlesinger, Milano, 2004, 145.

¹¹⁴⁴ Cfr. Aut. *op.loc.ult.cit.*

¹¹⁴⁵ G. PERA, *Movimenti del capitale e libertà dei lavoratori*, in RIDL, 2000, I, 462, rileva che il problema si pone appunto anche per il trasferimento globale dell'azienda, aggiungendo, di fronte alla comprensibile lettura che nega il diritto di opposizione, che ha sempre avvertito come ripugnante che il lavoratore non avesse parola, quale "sacco di carbone liberamente commerciabile".

¹¹⁴⁶ Così, pressochè testualmente, F. SCARPELLI, *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni*, cit., 501-503; altresì ID. "Esternalizzazioni" e diritto del lavoro, cit., 1487 ss.; F. MAZZIOTTI, *Trasferimento d'azienda e tutele dei lavoratori*, in AA. VV., *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema*, cit., 622 ss.; M. FREDIANI, *Ancora sul consenso del lavoratore nel trasferimento d'azienda*, in LG, 2002, 317; C. FRANCIOSO, L. DE ANDREIS, *Nelle cessioni parziali d'azienda è sempre rilevante il consenso dei singoli lavoratori addetti ai «rami» oggetto di cessione*, in D&L 2001, S. CASCIOLI, *Il trasferimento d'azienda e la rilevanza del consenso del lavoratore alla cessione del contratto*, in D&L, 2001, 577 ss.; M. AIMO, *Le garanzie individuali dei lavoratori*, cit., 858 ss.; A. PORCHIA, *L'incidenza del diritto comunitario nell'interpretazione dell'art. 2112 del Codice Civile: la rilevanza della manifestazione di volontà del lavoratore*, in D&L, 1999, 34 ss.

proprio contratto, ricambiata dalla garanzia di continuità del rapporto nonostante il mutamento soggettivo del titolare dell'azienda.¹¹⁴⁷

Ma nel d.lgs. n. 18/2001 sono rinvenibili ulteriori elementi di conforto della tesi che si sta esponendo.

L'introduzione da parte dell'art. 1 d.lgs n. 18 del quarto comma dell'art. 2112 c.c., e, in particolare, dell'assimilazione al recesso per giusta causa delle dimissioni del lavoratore le cui condizioni abbiano subito una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, se *non* è logicamente *incompatibile* con la tesi che riconosce il diritto del lavoratore ceduto di opporsi al mutamento di titolarità del rapporto,¹¹⁴⁸ è certo più *congeniale* alla tesi opposta.¹¹⁴⁹ Pur se, infatti, la tutela copre un evento successivo al trasferimento e quindi alla dazione del consenso,¹¹⁵⁰ non ha molto senso riconoscerla in capo ad un soggetto che con la sua volontà ha dato un contributo decisivo alla modificazione soggettiva del rapporto di lavoro che lo riguarda; quando, cioè, per stare alla terminologia richiamata al § 1, la dimensione contrattuale e l'autonomia delle parti nel rapporto di lavoro sia stata salvaguardata. Che poi la forma di tutela in questione si ricolleggi all'art. 4.2 della direttiva, mentre il diritto di opposizione nell'esperienza giurisprudenziale comunitaria attiene all'interpretazione dell'art. 3.1 della stessa, è considerazione decisiva ad evidenziare la diversità di piani solo laddove si dia valore ad una lettura della disciplina comunitaria riconoscitiva del diritto stesso.¹¹⁵¹ Non toglie invece la scarsa congenialità di un'interpretazione di norme di diritto interno che presupponga considerazioni ben differenti in ordine ai limiti ad esso posti dalle predette regole comunitarie (v. appresso).

Non va poi sottaciuto, sul piano sistematico, come l'art. 47, quinto comma, l. n. 428 cit. attribuisca al lavoratore il diritto di proseguire il rapporto con il cedente nel caso del trasferimento di imprese in crisi o sottoposte a procedure concorsuali e solo in seguito ad accordo sindacale, facendo

¹¹⁴⁷ Cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, e continuato da P. Schlesinger, III, Milano, 2003, 579; v. altresì U. ROMAGNOLI, *Radiografia di una riforma*, Libreria Bonomo, Bologna, 1993, 32, riprodotto in *LD*, 2004, 19 ss. (per quel che interessa, 38).

¹¹⁴⁸ In proposito v. i puntuali rilievi di A. PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, cit., 486 ss., per il quale la questione del consenso rimane aperta (487); v. altresì F. MAZZIOTTI, *op. loc. ult. cit.*; M.V. BALLESTRERO, *Il trattamento economico e normativo dei lavoratori nella nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, in *LD*, 2002, 208 ss.; da ult. F. SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda: problemi vecchi e nuovi*, in *QDLRI*, 2004, n. 28, 96 ss.

¹¹⁴⁹ Conf. App. Milano, 12 aprile 2001, in *OGL*, 2001, I, 90, con nota di richiami; in dottrina, G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 28; R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in AA. VV., *I processi di esternalizzazione Opportunità e vincoli giuridici*, Napoli, 2002, 22; S. CIUCCIOVINO, *La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il d.lgs. 18/2001*, in AA. VV., *I processi di esternalizzazione*, cit., 114 ss.; A. MARESCA, *Le "novità" del legislatore nazionale*, cit., 591, per il quale tale disposizione consente, almeno indirettamente, di escludere che la cessione del contratto di lavoro necessiti del consenso; C. CESTER, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro*, in *LG*, 2001, 512, che sostiene l'impraticabilità dell'opposta tesi; M.L. VALLAURI, *Studio sull'oggetto del trasferimento ai fini dell'applicazione del nuovo art. 2112 c.c.*, in *LD*, 2002, 642 ss., secondo cui la regola del 2001 implica la risoluzione generalizzata della questione; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., 581, nota 20, definisce particolarmente convincente l'argomentazione di quest'ultima autrice.

¹¹⁵⁰ V. i rilievi di F. SCARPELLI, *Nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, in *DPL*, 2001, 783, condivisi da A. PERULLI, *Tecniche di tutela*, cit., 486.

¹¹⁵¹ L'argomento è utilizzato da C. DE MARCHIS, *Aspetti vecchi e nuovi del trasferimento d'azienda alla luce del decreto legislativo 2 febbraio 2001*, n. 18, in *RGL*, 2001, I, 133, e ripreso da A. PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, cit., 487.

ricavare, *a contrariis*, che ciò non è al di fuori di tale ipotesi.¹¹⁵²

La tesi che sostiene l'esistenza del diritto d'opposizione è stata in effetti costruita facendo leva essenzialmente sulle regole comunitarie, quali derivate dall'interpretazione dell'art. 3.1 della direttiva Ce n. 77/187¹¹⁵³ fornita dalla corte di giustizia. Sennonché il diritto giurisprudenziale della corte del Lussemburgo, elaborato, si badi bene, su di un testo che si limita a stabilire, per quel che qui interessa, che i diritti e gli obblighi che risultano per il cedente da un contratto o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento sono, in conseguenza di tale operazione, trasferiti al cessionario, sembra atteggiarsi in termini diversi. La corte di giustizia, infatti, si pronuncia nel senso che la direttiva "non può essere interpretata nel senso che essa obbliga il lavoratore a proseguire il rapporto con il cessionario", e che "un obbligo del genere comprometterebbe i diritti fondamentali del lavoratore, il quale dev'essere libero di scegliere il suo datore di lavoro e non può essere obbligato a lavorare per un datore che non ha liberamente scelto". Ma ha altresì precisato che sono gli stati membri a dover individuare le conseguenze della decisione di non proseguire il rapporto, dal momento che il diritto comunitario non impone né esclude il mantenimento del rapporto con l'alienante. Ciò che il diritto comunitario invece impone è che l'eventuale risoluzione del rapporto conseguente ad una modifica sostanziale delle condizioni di lavoro debba essere considerata come dovuta a responsabilità del datore di lavoro.¹¹⁵⁴ Più di recente, i giudici del Lussemburgo, sottolineando, con riguardo ad una fattispecie di affidamento all'esterno di lavori di pulizia, l'inderogabilità della regola imperativa di cui all'art. 3 n. 1 cit. inerente il principio del trasferimento automatico al cessionario dei diritti ed obblighi che risultano per il cedente dai contratti di lavoro esistenti alla data del trasferimento dell'impresa, hanno affermato che, conseguentemente, l'attuazione dei diritti conferiti ai lavoratori dalla direttiva non può venir subordinata al consenso né del cedente o del cessionario, né dei rappresentanti dei lavoratori, né dei *lavoratori stessi*.¹¹⁵⁵ "Tuttavia", hanno aggiunto rifacendosi alla sentenza *Katsikas*, "benché il trasferimento del contratto di lavoro s'imponga sia per il datore di lavoro sia per il lavoratore, la corte ha ammesso la facoltà per quest'ultimo di rifiutare che il suo contratto sia trasferito al cessionario... In questo caso, la situazione del lavoratore dipende dalla normativa di ogni Stato membro: o il contratto può essere considerato risolto, nell'impresa cedente, su domanda del datore di lavoro o su domanda del dipendente, o il contratto può continuare con tale impresa".¹¹⁵⁶

Il diritto interno del nostro Paese, allora, non obbligando il dipendente a lavorare per un datore

¹¹⁵² Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda*, cit., 23; C. CESTER, *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro*, cit., 512; E. MENEGATTI, *I riflessi del d.leg. 2 febbraio 2001 n. 18 sulla nozione di trasferimento d'azienda*, in *LG*, 2001, 821.

¹¹⁵³ Tale direttiva è stata modificata dalla direttiva n. 98/50, e poi abrogata e sostituita dalla n. 2001/23.

¹¹⁵⁴ Cfr. le sentenze Cgce, 16 dicembre 1992, C-132/91, 138/91, 139/91, *Katsikas* ed altri, in *Racc.*, 1992, I, 6577; 7 marzo 1996, C-171/94, 172/94, *Mercks*, in *LG*, 1996, 717, con nota di L. CORAZZA, *Il trasferimento di attività costituisce trasferimento d'impresa ai sensi della direttiva 77/187*; 12 novembre 1998, C-399/96, *Europièces*, in *NGL*, 1998, 799; sulla giurisprudenza comunitaria cfr., in particolare, U. RUNGGALDIER, *Trasferimento d'azienda e consenso del lavoratore alla cessione del contratto*, in *DLRI*, 1999, 525 ss., e, più di recente, S. CIUCCIOVINO, *La disciplina del trasferimento*, cit., 115 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni*, cit., 22 ss.

¹¹⁵⁵ Cgce, 24 gennaio 2002, C-51/00, *Temco service industries*, in *FI*, 2001, IV, 142, § 35, che richiama Cgce, 25 luglio 1991, C-362/89, *D'Urso*, in *NGL*, 1991, 653, § 11 (cenno alla sentenza del 2002 in R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni*, cit., 23, nota n. 32; per riferimenti alla sentenza del 1991 e ad altre, *Aut. op. loc. ult. cit.*, nota n. 33).

¹¹⁵⁶ Cgce, 24 gennaio 2002, C-51/00, cit., paragrafo 36.

che non ha liberamente scelto, e prevedendo solo che le dimissioni del lavoratore le cui condizioni abbiano subito una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento come ipotesi di giusta integrante recesso per giusta causa, appare rispettoso del diritto comunitario, il quale d'altronde, si è visto, non fornisce argomenti interpretativi utili alla tesi favorevole all'esistenza del diritto di opposizione nel nostro ordinamento.¹¹⁵⁷

Al riguardo il d.lgs. n. 276/2003 non parrebbe dire nulla di nuovo. Non può però ignorarsi, sul piano sistematico, un silenzio che, all'interno di un enunciato che ribadisce che al trasferimento di parte dell'azienda si applicano *le disposizioni* dell'art. 2112 c.c., si contrappone ad una clamorosa esternazione sul piano dell'autonomia dei privati.¹¹⁵⁸ La quale si preoccupa, con riguardo al profilo importantissimo dell'identificazione della fattispecie, solo del cedente e del cessionario ("Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento").

Si potrebbe obiettare che il disinteresse per il ceduto è dovuto alla presupposta (dall'ordinamento) necessità del suo consenso.

La replica è nel sottolineare nuovamente come la previsione non sia isolata ma si collochi nel corpo di un testo che perentoriamente prevede l'applicazione al trasferimento d'azienda delle disposizioni dell'art. 2112, e ciò nel contesto dialettico che si è evidenziato al § 2.

Un'ultima considerazione in argomento: il riconoscimento del diritto di opposizione potrebbe incidere sullo stesso sè dell'operazione traslativa parziale, toccando, in tal modo, non solo il potere d'iniziativa dei potenziali protagonisti, ma anche, eventualmente, gli interessi della collettività dei lavoratori e di parte di essi: si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui il cedente sia consapevole di non potere utilizzare altrimenti uno o più lavoratori oppositori, e per questo rinunci al trasferimento e ricorra ad operazioni ben più dolorose per l'occupazione aziendale.

Si spiega, allora, come, in operazioni ed in vicende collettive di tal genere si sia piuttosto pensato di rafforzare il ruolo sindacale (v. *infra*, §§ 5-8), e, limitata la tutela individuale dal trasferimento al controllo sulla fattispecie ed alle tecniche generali (§§ 4, 3), di allocare in altri piani le garanzie dei singoli (§§ 9 ss.).

¹¹⁵⁷ Conf. è la dottrina e la giurisprudenza dominante, anche con riguardo alle conclusioni di diritto interno sopra raggiunte: cfr. S. MAINARDI, "Azienda" e "ramo d'azienda", *cit.*, 695 e R. ROMEI, *Cessione di ramo di azienda e appalto*, *cit.*, 364, pur se utilizzando un argomento – l'inesistenza del diritto ad opporsi al trasferimento del lavoratore da un'unità produttiva ad un'altra – a mio avviso non pertinente; G. VILLANI, *Trasferimento d'azienda Profili di diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Torino, 2000, 26 ss.; M. MAGNANI, *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni. Le opinioni di M. MAGNANI e F. SCARPELLI*, *cit.*, 488 ss.; U. RUNGALDIER, *Trasferimento d'azienda*, *cit.*, 525 ss.; v. altresì, con motivazioni analoghe a quelle da me svolte relativamente alle modifiche introdotte dal legislatore del 2001, V. PINTO, *Lavoro e nuove regole Dal libro bianco al decreto legislativo 276/2003*, Ediesse, Roma, 2004, 126.

¹¹⁵⁸ G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, Torino, *cit.*, 28 ss., nota, su di un piano differente, che il mancato riconoscimento del diritto d'opposizione poteva comprendersi sotto il precedente regime d'inderogabilità dell'art. 2112, attenuato dal d.lgs. n. 276, e comunque dalla presenza di requisiti oggettivi per l'individuazione della parte di azienda trasferita, ma si comprende meno con il nuovo regime, contrassegnato da un elevato tasso di autonomia riconosciuto alle parti cedente e cessionario nella determinazione del trasferimento parziale, soprattutto alla luce della ampia discrezionalità lasciata agli stati membri dalla normativa comunitaria. Per la permanenza del carattere dell'inderogabilità cfr., invece, A. MARESCA, *Modifica all'articolo 2112 comma quinto, del codice civile*, *cit.*, 393 ss.

3. Le tecniche di tutela generali.

L'approdo cui si è qui pervenuti accresce a dismisura l'importanza, al fine della presente indagine, del tema della generale tutela antifraudolenta (art. 1344 c.c.),¹¹⁵⁹ i cui termini vanno però subito precisati.

Essa, innanzitutto, non attiene, teoricamente, alla sola operazione di trasferimento parziale dell'azienda, anche se nella prassi non può che ricorrere molto più di frequente in tale ipotesi, come del resto dimostra la casistica edita.¹¹⁶⁰

Per quanto potesse interessare al riguardo, poi, il comma sesto dell'art. 2112, introdotto dall'art. 32 d.lgs. n. 276 (su cui v. *infra*, § 11),¹¹⁶¹ ha reso di prima evidenza priva di valore sintomatico, *di per sé*, l'operazione consistente nel trasferimento del ramo d'azienda ad un terzo e la stipulazione con lui di un contratto d'appalto la cui esecuzione avvenga attraverso l'utilizzazione del ramo medesimo. L'art. 2112, sesto comma, infatti, contempla espressamente il momento, proprio dei processi di esternalizzazione, dell'*internalizzazione di ritorno*, per ricollegargli la conseguenza dell'obbligo di solidarietà di cui all'art. 29, secondo comma, d.lgs. stesso, a favore del lavoratore trasferito. Tale operazione, dunque, isolatamente considerata, non solo è lecita, come è per definizione nell'ipotesi della frode alla legge, ma non presenta i tratti dell'artificio. Il che è del resto in sintonia con la logica di favore verso i processi di esternalizzazione sottesa alla legge.

La frode, in questo come in differenti casi, può però derivare da altri elementi, anche se a volte può essere davvero sottile, con riguardo al trasferimento parziale di azienda, il confine con la fattispecie della simulazione, in particolare con la simulazione assoluta. La distinzione ha comunque scarso valore pratico nei confronti dei lavoratori, posto che entrambe incidono sull'efficacia degli atti e posto che per loro, in quanto creditori o terzi, non operano i limiti probatori previsti per la simulazione (v. art. 1417 c.c.).

Questo non significa, non si è mancato di evidenziarlo,¹¹⁶² che non ci si debba misurare con le difficoltà connesse all'onere della prova in materia.

¹¹⁵⁹ Cfr. F. SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti del lavoratore*, cit., 99; R. DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del trasferimento di ramo d'azienda dal codice civile al decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003*, cit., 577; P. LAMBERTUCCI, *Modifica all'articolo 2112, comma 5, del Codice civile*, in AA. VV., *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, a cura di E. Gagnoli e G. Ghezzi, Padova, 2004, 468; A. ANDREONI, *Impresa modulare, trasferimenti d'azienda, appalti interni: la soft law sul ciclo di produzione*, in AA. VV., *Il lavoro tra progresso e mercificazione Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, a cura di G. Ghezzi, Ediesse, Roma, 2004, 210 ss.; V. NUZZO, *L'oggetto del trasferimento: entità materiale, organizzazione o mera attività?*, in AA. VV., *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema*, cit., 598; A. PERULLI, *Tecniche di tutela*, cit., 487 ss.; S. MAINARDI, *"Azienda" e "ramo d'azienda"*, cit., 699; G. QUADRI, *I limiti di applicabilità dell'art. 2112 c.c.*, cit., 337 ss.

¹¹⁶⁰ Cfr., ad es., Trib. Padova, 25 maggio 2002, cit.; Trib. Nocera inferiore, 29 maggio 2001, *id.*, 2001, 1166, con nota di E. MENEGATTI, *La frode alla legge nella cessione di ramo d'azienda*; App. Napoli, 23 marzo 2001, *ibid.*, 948, con nota di L. VENDITTI, *Cessione d'azienda e frode alla legge*; v. altresì A. PERULLI, *op. loc. ult. cit.*

¹¹⁶¹ Si richiamano, però, sin da ora, in particolare, gli scritti, tutti però antecedenti alle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 251/2004, di F. SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti*, cit., 119 ss.; C. 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 AA. VV., *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, *Il Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, a cura di M.T. Carinci e C. Cester, Milano, 2004, 267 ss.; A. MARESCA, *Modifica all'articolo 2112 comma quinto, del codice civile*, in AA. VV., cit., 385 ss.; S. MAINARDI, *"Azienda" e "ramo d'azienda"*, cit., 702 ss.; G. ZILIO GRANDI, *Trasferimento d'azienda, outsourcing e successione di appalti*, in AA. VV., *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, a cura di A. Perulli, Torino, 2004, 71; G. PELLACANI, *Il trasferimento d'azienda Commento all'art. 32*, in AA. VV., *La riforma del mercato del lavoro*, a cura di L. GALANTINO, Torino, 2004, 395 ss.; C. CHISARI, *Cessione di ramo d'azienda, appalto e solidarietà*, in AA. VV., *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema*, 589 ss.

¹¹⁶² A. PERULLI, *op. loc. ult. cit.*

Ed altre difficoltà ci si ritrova laddove sia fatta valere la tutela antiscriminatoria, la quale, in quanto tutela generale, opera anche con riguardo alla tematica del trasferimento d'azienda: si pensi al caso in cui sia stato ceduto un esercizio, parte di un'azienda, cui siano adibiti solo lavoratori di razza diversa.

4. Il controllo sulla fattispecie. Rinvio.

Il profilo del controllo sulla fattispecie del trasferimento d'azienda, totale e parziale, che, pure, rappresenta un momento centrale della tutela individuale del lavoratore, si risolve nella verifica di conformità della fattispecie concreta a quella astratta e nella verifica dei poteri e limiti riconosciuti agli attori della vicenda traslativa, i cui termini, da varie angolazioni, sono trattati in sedi differenti di questo volume. Il controllo, in particolare quello giudiziario, sulla fattispecie è comunque pacificamente riconosciuto, prima come ora, e si traduce, se negativo per l'operazione traslativa – anche questo è pacifico – nella permanenza in capo al cedente del rapporto di lavoro.

Rinvio, quindi, ad altri scritti, e, in particolare, alle pagine di Perulli sul ruolo dell'autonomia privata, individuale e collettiva, nella determinazione dell'articolazione funzionalmente autonoma; di Perrino sul titolo giuridico del trasferimento; soprattutto, di Maresca sull'oggetto del trasferimento. E rimetto sempre a differenti sedi del volume l'esame delle questioni di diritto comunitario poste dalle varie interpretazioni del quinto comma dell'art. 2112 c.c., quale introdotto dall'art. 32 d.lgs. n. 276.

Qui mi limito a ribadire come la tecnica adottata dalla legge con riguardo al trasferimento di parte dell'azienda, appunto l'estensione dell'applicazione della disciplina, implichi la soggezione del trasferimento parziale a tutte le regole, salve quelle dettate *ad hoc*. Che, però, non esistono se non per individuare come debba essere intesa la parte dell'azienda trasferita.

Di qui, la conseguenza che, quanto al *trasferimento*, si tratta in un caso e nell'altro di "qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economico organizzata".

Non è detto, relativamente al trasferimento parziale, che l'attività trasferita possa avere o meno scopo di lucro, né che sia compresa (è però usata la forma retorica dell' "a prescindere...") qualsiasi tipologia negoziale o provvedimento attuativo dell'operazione.

Questo, però, non ce ne fa trarre conclusione in termini di distinguo. Circa la precisazione inerente lo scopo, perché è appunto solo tale, e, pertanto, nulla aggiunge, con la sua onnicomprensività, al testo già onnicomprensivo del decreto legislativo ("qualsiasi operazione"). Circa il mancato richiamo all' *a prescindere*, perché anche questa volta il richiamo è solo la forse diffidente (verso l'interprete) chiarificazione del concetto di cessione contrattuale pure contenuto nel testo, a sua volta comprensivo tecnicamente anche del "provvedimento", come dimostra l'utilizzazione appunto della formula "a prescindere", del tutto inadeguata se ciò da cui si prescinde è estraneo a ciò che è incluso (nella nozione).

Per l'aspetto cruciale della differenza dell'attività oggetto del trasferimento, rinvio, invece, ripeto, ad altre trattazioni presenti in questo volume.

5. Informazione e consultazione sindacale e tutela individuale del lavoratore.

In aderenza alla direttiva 77/187 Ce, modificata dalla direttiva 98/50¹¹⁶³ (la disciplina è poi stata codificata senza apportarvi innovazioni nella direttiva 2001/23 Ce, che ha formalmente abrogato la direttiva n. 77/187),¹¹⁶⁴ appunto la legge comunitaria n. 428/1990 prevede all'art. 47, per i trasferimenti in cui siano complessivamente occupati più di quindici dipendenti,¹¹⁶⁵ obblighi di informazione e consultazione sindacale il cui adempimento deve precedere l'operazione traslativa, totale e – è riconosciuto espressamente: v. art. 47, primo comma – parziale.¹¹⁶⁶

Il *jus receptum* della corte di cassazione è nel senso di escludere il carattere procedimentale di tali obblighi sul piano del rapporto individuale, e di affermare la loro sola valenza sul piano delle relazioni collettive.¹¹⁶⁷

Rimando ad una precedente sede per uno sviluppo argomentativo della mia condivisione di tale tesi.¹¹⁶⁸ Qui mi limito a rilevare in estrema sintesi come l'indirizzarsi esclusivamente ai sindacati e l'ignorare, il testo della legge, sia i singoli lavoratori sia organi pubblici di qualsiasi tipo e il mancare di una disciplina sanzionatoria individuale, per entrambi gli aspetti a differenza di quel che accade in materia di mobilità, inducono ad escludere la tutela individuale in caso di violazione della procedura in questione. Questo tanto più se si considera che l'attenzione del legislatore al rapporto individuale è, sempre per quel che riguarda l'art. 47, nei commi successivi al primo che contengono una disciplina a forte contenuto di garanzia. E che anche il diritto comunitario di cui, lo si ripete, l'art. 47 è attuazione, ignora conseguenze sanzionatorie al riguardo, e che riconosce agli stati membri la possibilità (non l'obbligo, come invece fa con riguardo ai rappresentanti dei lavoratori interessati) di fissare doveri di (sola) informazione aventi come destinatari i singoli, e solo in via sussidiaria.

C'è però a questo punto da porsi un interrogativo.

¹¹⁶³ Cfr. M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, III ed., Padova, 2002, 287; M. V. BALLESTRERO, *Il trattamento economico dei lavoratori*, cit., 202; G. VILLANI, *Trasferimento d'azienda Profili*, cit., 118 ss.; D. IZZI, *La dimensione collettiva della tutela*, in P. PELISSERO, M. AIMO, D. IZZI, *Il trasferimento d'azienda fra diritto comunitario e diritto interno*, cit., 869 ss.; D. GOTTARDI, *Legge e sindacato nelle crisi occupazionali*, Padova, 1993, 45 ss.; L. GUAGLIANONE, *Le procedure di informazione e consultazione sindacale*, in AA.VV., *Disposizioni in tema di trasferimento di azienda*, Commento sistematico a cura di M. Magnani, in NLCC, 1992, *Le procedure di informazione e consultazione sindacale*, in AA.VV., *Disposizioni in tema di trasferimento di azienda*, Commento sistematico a cura di M. Magnani, in NLCC, 1992, 45 ss.

¹¹⁶⁴ Cfr. M. ROCCELLA, T. TREU, e M. V. BALLESTRERO, *opp. locc. ultt. citt.*

¹¹⁶⁵ Sui problemi in proposito cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 40 ss.; ID., *Il trasferimento d'azienda*, in AA. VV., *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale Il lavoro pubblico e privato*, a cura di G. Santoro Passarelli, III ed., Milano, 2000, 888 ss. Cfr., comunque, in questo volume, il contributo di Zoli.

¹¹⁶⁶ Cfr., da ult., L. VALLAURI, *Trasferimento d'azienda e garanzie collettive*, in QDLRI, 2004, n. 28, 127. Per problemi vari connessi ai destinatari sindacali dell'obbligo d'informazione cfr. per tutti P. LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Torino, 1999, 212 ss., ed *ivi*, 215, anche riferimento al problema dei riflessi in punto dell'esito referendario sull'art. 19 l. 300 del 1970; R. COSIO, *Discipline del trasferimento d'azienda*, Milano, 1995, 68 ss.; R. ROMELI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda*, cit., 111 ss.; da ult., L. VALLAURI, *Trasferimento d'azienda e garanzie collettive*, cit., 129 ss.

¹¹⁶⁷ Tra le più recenti, Cass. 6 ottobre 2003, n. 9130, in RFI, 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1410; Cass. 4 gennaio 2000, n. 23, FI, 2001, I, 1260, con nota di R. COSIO, *La nuova disciplina del trasferimento d'impresa: l'ambito di applicazione*, e in MGL, 2000, 605, con nota di A. MARESCA, *"Fruibilità" della tutela sindacale nel trasferimento d'azienda; contra*, nella giurisprudenza di merito, da ult., Trib. Milano 3 gennaio 2004, in D & L, 2004, 363.

¹¹⁶⁸ L. de ANGELIS, *Informazione e consultazione sindacale nel trasferimento d'azienda: regime sanzionatorio e tutela processuale*, in FI, 1999, V, 289 ss.

Il d.lgs. n. 276 ha inciso sulla configurazione della fattispecie del trasferimento di parte dell'azienda, stabilendo che questa debba essere "intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento".

Ho già rinviato per l'esame di tale aspetto ad altri scritti presenti in questo volume.

In questa sede non posso però non segnalare una questione che non è sfuggita ad una parte della dottrina, che l'ha però esaminata, alla stregua dell'orientamento sopra riportato, nella prospettiva della tutela collettiva.¹¹⁶⁹

La legge pone l'obbligo di comunicazione sindacale per iscritto stabilendo che debba essere adempiuto almeno venticinque giorni prima del perfezionamento dell'atto da cui deriva il trasferimento o del raggiungimento di un'intesa vincolante tra le parti (art. 47, primo comma, l. n. 428/90, quale sostituito dall' art. 2 d.lgs. n. 18/01). D'altra parte, però, il potere di identificazione dell'articolazione funzionalmente autonoma è riconosciuto a cedente e cessionario *al momento del trasferimento*. Costoro, dunque, potrebbero procedere all'identificazione, come il decreto legislativo parrebbe concedere, in un momento successivo alla data di comunicazione, in cui potevano ignorare la tappa successiva.

Credo, innanzitutto, che per risolvere la contraddizione sia essenziale tener conto della funzione dell'obbligo d'informazione, di sviluppo consapevole da parte dei sindacati di attività di qualsiasi tipo a favore dei lavoratori, e, in particolare, di pervenire tramite la consapevole pure prevista consultazione agli accordi di cui all' art. 47.¹¹⁷⁰

È evidente che funzione siffatta sarebbe frustrata laddove un aspetto cruciale dell'operazione traslativa parziale, in particolare un aspetto cruciale con riguardo alle conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori dell'operazione stessa (art. 47, primo comma, lett. C) l. n. 428/1990 novellata), fosse tenuto fuori dalla informazione. Sicché, pena l'arbitrario svilimento di una regola a favore di un'altra, non può che procedersi al coordinamento delle due norme, e ritenere che a larghe linee l'informazione debba comprendere l'identificazione della parte d'azienda, i cui dettagli possono essere rimessi *al momento* del trasferimento.

Del resto, ciò è proprio di un qualsiasi obbligo informativo destinato ad avviare un dialogo e ad assicurare lo svolgersi di opportune attività di tutela dei lavoratori: non si tratta, in ipotesi siffatte, di doveri di *garanzia statici*, del tipo di quelli inerenti il procedimento disciplinare. Né, viceversa, di doveri che tali non sono con riguardo ad una fattispecie, il trasferimento parziale, per la quale pure sono espressamente previsti (v. *antea*).

Fatte queste considerazioni, ritorno all' interrogativo posto all'inizio del paragrafo ponendone un altro.

¹¹⁶⁹ Cfr. A. MARESCA, *Modifica all' articolo 2112 comma quinto, del codice civile*, in AA. VV., *cit.*, 398 ss.

¹¹⁷⁰ È in questa logica che gli obblighi in questione possono essere considerati strumento di sostegno dell'azione sindacale, come sostenuto in dottrina: cfr. R. SANTAGATA, *Informazione sindacale e trasferimento d' azienda*, in *ADL*, 1999, 520 ss.; S. LIEBMAN, *Obblighi di informazione e consultazione sindacale nel trasferimento d'azienda e condotta antisindacale: gli effetti concreti di un'eventuale condanna ex art. 28 dello statuto dei lavoratori*, nota a Pret. Lodi, 30 novembre 1995, in *OGL*, 1996, I, 331.

Se si ribalta, alla luce della conclusione sopra raggiunta, la prospettiva aperta dalla segnalata contraddizione, non è che un decreto legislativo che vada a disciplinare un aspetto oggetto di obblighi sindacali e riguardante l'identificazione di una fattispecie (la parte d'azienda trasferita) abbia voluto comprendere nella identificazione medesima quanto comunicato ai sindacati?¹¹⁷¹ Questo, naturalmente, nei termini ampi di cui si è prima detto?

Lancio l'idea in termini fortemente problematici, limitandomi però a sottolineare come essa coinvolga l'interpretazione del d.lgs. n. 276, non dell'art. 47 cit.

6. Informazione e consultazione sindacale e tutela collettiva. Azione ex art. 28 l. n. 300/70 e giudizio di cognizione ordinaria promosso dai sindacati.

In forza dell'art. 47, quarto comma, l. n. 428/90 e successive modificazioni, il mancato rispetto degli obblighi previsti dal primo e secondo comma dell'articolo stesso costituisce condotta antisindacale ai sensi dell'art. 28 l. n. 300/70.

È stata la modifica del 2001 (art. 2 d.lgs. n. 18) ad estendere l'ambito di previsione della norma, originariamente limitato alla violazione dell'obbligo di esame congiunto.

Si tratta di fattispecie legalmente tipizzata di condotta antisindacale. In tal senso depongono la costruzione testuale della disposizione e la perentorietà testuale ("Il mancato rispetto, da parte dell'acquirente o dell'alienante, costituisce..."), cui si aggiunge il rilievo dell'altrimenti inutilità della medesima, dal momento che la violazione di un obbligo legale verso le organizzazioni sindacali, previsto alla luce del loro ruolo di tutela collettiva dei lavoratori, sicuramente rientra nell'ambito di operatività del citato art. 28.

L'indicata estensione supera i problemi vari che si erano posti con riguardo alle conseguenze del mancato rispetto degli altri obblighi contemplati dall'art. 47,¹¹⁷² ivi compreso quello inerente l'insufficienza dell'informativa *sub specie* delle lettere a), b) e c) di cui al primo comma dell'art. 47: anche tale insufficienza, per rientrare nel mancato rispetto degli obblighi previsti dal primo comma dell'art. 1, integra ipotesi tipizzata di comportamento antisindacale.

Si deve ritornare, invece, all'applicazione delle regole generali in tema di tutela ex art. 28 con riguardo all'inottemperanza agli obblighi scaturenti dagli accordi, ritualmente stipulati (altrimenti, v. *infra*), sempre previsti dall'art. 47, i quali, oltre ad avere una portata individuale, sono significativa espressione di credibilità a negoziare per le organizzazioni, la quale può essere

¹¹⁷¹ Il dubbio è anche posto, ma in una logica di controllo della genuinità dell'operazione, da S. LIEBMAN, *Considerazioni introduttive sulla nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, introduzione al convegno "Trasferimenti d'azienda ed esternalizzazioni nel diritto del lavoro" (Milano, Università Bocconi, 8 giugno 2004), testo letto in bozza per cortesia dell'autore, che ringrazio. Egli infatti scrive: "Pienamente consapevole del consolidato – e tutto sommato condivisibile – orientamento interpretativo circa l'inidoneità di un'eventuale violazione della procedura a ripercuotersi sulla validità della transazione commerciale avvenuta fra cedente e cessionario, mi chiedo però se oggi, a fronte della nuova formulazione della norma destinata all'identificazione della fattispecie, questa stessa procedura non finisca con l'assumere una rinnovata – e specifica – funzione di verifica della genuinità del trasferimento stesso, garantita appunto dall'effettiva sussistenza di un'autonomia funzionale dell'entità organizzativa oggetto di cessione, la cui assenza finirebbe con il far venire meno i presupposti per l'applicabilità della particolare disciplina prevista dall'art. 2112 c.c. ed il conseguente pieno dispiegarsi, anche ai rapporti di lavoro subordinato, delle regole comunemente destinate a regolare la materia della cessione del contratto ex art. 1406 e seg. c. c."

¹¹⁷² Circa il configurare, l'allora sola ipotesi della violazione dell'obbligo di esame congiunto, fattispecie tipizzata di condotta antisindacale, e sui problemi posti con riguardo al mancato rispetto degli altri obblighi di cui all'art. 47, mi permetto di rinviare a L. de ANGELIS, *Informazione e consultazione sindacale*, cit., 292 ss., ed *ivi* riferimenti, cui *adde*, da ult., L. VALLAURI, *Trasferimento d'azienda e garanzie collettive*, cit., 140 ss.

oggettivamente lesa, con i conseguenti tratti della condotta antisindacale - tanto per riportare un esempio - in caso di reiterata violazione delle clausole.

In via di principio, proprio perché resta ferma la tutela generale, non può altresì negarsi alle organizzazioni sindacali il ricorso alla tutela giurisdizionale di cognizione ordinaria, pur di scarso valore pratico nel confronto con la tutela *ex art. 28*, per quel che concerne sia l'azione di nullità collegata a discriminazione nell'adempimento degli obblighi legali di informazione e consultazione, sia l'azione di adempimento contrattuale scaturente dall'inadempimento degli obblighi legali medesimi. Forse di maggiore, se pur sempre ridotta, utilità appare l'azione di risarcimento del danno, riconoscibile naturalmente ove ricorrano i presupposti. Si pensi, ad esempio, ad un'organizzazione che abbia subito un immediato calo di tessere a seguito di mancato avvio dell'esame congiunto, magari accompagnato dall'avvio del medesimo con le altre organizzazioni di cui all'art. 47.

7. Contenuto ed effetti del provvedimento reso ai sensi dell'art. 28 l. n. 300/70; in particolare, con riguardo all'operazione traslativa ed ai rapporti individuali di lavoro.

Il problema di maggiore delicatezza, anche per i risvolti di notevole valore pratico, riguarda il contenuto e gli effetti del provvedimento reso ai sensi dell'art. 28 cit.; se, in particolare, il provvedimento possa spingersi, attraverso l'ordine di "cessazione del comportamento illegittimo" e di "rimozione degli effetti" (art. 28, primo comma), ad incidere sul trasferimento d'azienda e sulle singole vicende individuali.¹¹⁷³

In proposito vanno considerati due aspetti. Il primo è dato dall'ampiezza della formula legislativa, da sempre interpretata nell'accezione più lata, del resto corrispondente all'atipicità della condotta sanzionata.¹¹⁷⁴ Il secondo aspetto sta nell'indicato scopo dei doveri in questione, di consentire ai sindacati di sviluppare consapevolmente ogni attività a favore dei lavoratori, e di contare, magari attraverso un potenziale accordo, nella vicenda d'interesse collettivo del trasferimento d'azienda.

Entrambi i profili contrastano con un'impostazione che riduca tale ampiezza e frusti lo scopo predetto. Sostenere, infatti, che l'ordine ai sensi dell'art. 28 non possa essere volto a paralizzare il trasferimento d'azienda o i suoi effetti, e non possa influire sul passaggio dei dipendenti coinvolti all'azienda cessionaria, implica la restrizione dell'ambito, letteralmente illimitato, della rimozione degli effetti e il ridimensionamento del ruolo sindacale nella vicenda. E questo, pure, quando il legislatore ha ritenuto di intervenire tipizzando il carattere antisindacale della condotta così rafforzando ulteriormente la tutela *ex art. 28*.

D'altro canto, la maggiore congenialità dell'ordine di cessazione e di rimozione degli effetti ad un comportamento meramente unilaterale (del datore di lavoro) non si traduce in questo caso in

¹¹⁷³ Queste pagine sono tributarie del precedente scritto *Informazione e consultazione*, cit., 294 ss., che ho qui largamente riprodotto pur integrandolo ed aggiornandolo.

¹¹⁷⁴ Cfr. per tutti M. TARUFFO, *Condotta antisindacale - II - Procedimento di repressione*, voce dell'*Enc. Treccani*, 1997, 9, ed *ivi* richiami; A. PROTO PISANI, *Il procedimento di repressione dell'attività antisindacale*, in *FI*, 1973, 57 ss., ora in *ID.*, *Studi di diritto processuale del lavoro*, Milano, 1976, 43, ed *ivi* riferimenti alla nota n. 84.

incompatibilità. Infatti, la bilateralità¹¹⁷⁵ della operazione traslativa in violazione dei doveri in questione e su cui il provvedimento dovrebbe incidere, vede comunque in questo caso come protagonista, oltre al datore di lavoro – anche se la decisione è assunta da una controllante, in aderenza del quarto comma dell' art. 47 al dettato comunitario –¹¹⁷⁶ un altro soggetto che ad essa ha partecipato, non quindi un *terzo*.¹¹⁷⁷ E, si badi bene, l'antigiuridicità del comportamento posto in essere dal cedente o dal cessionario era conosciuta rispettivamente dal cessionario e dal cedente, o comunque poteva esserlo attraverso una diligente verifica anteriore all'operazione traslativa.¹¹⁷⁸

Né è sufficiente obiettare che il ruolo sindacale, quale emergente dagli obblighi in questione, investe le sole conseguenze del trasferimento, ed è pertanto collocato all'esterno della fattispecie traslativa¹¹⁷⁹, così non potendo, la violazione degli obblighi medesimi, influire sulla stessa. Resta, infatti, che le predette conseguenze si produrrebbero con il sacrificio del ruolo dei sindacati, il quale nel sistema legislativo precede l'operazione, non la segue. Come è stato efficacemente scritto con riguardo ad altro profilo del tema, una volta che cedente e cessionario si siano comunque vincolati, "qualsiasi intervento sindacale successivo risulterebbe, infatti, inidoneo a spiegare 'influenza' - sul 'trasferimento d'azienda - ed a ridimensionarne, quantomeno, il pregiudizio - sia pure meramente potenziale - per i lavoratori".¹¹⁸⁰ Senza dire, poi, che il provvedimento giudiziale, piuttosto che incidere sulla validità dell'atto di trasferimento, potrebbe incidere sulla sua efficacia o sulla sua opponibilità nei confronti dei singoli rapporti, secondo le indicazioni di una proposta di direttiva comunitaria.¹¹⁸¹

Con ciò si scontrano anche le impostazioni per le quali l'adempimento successivo degli obblighi soddisferebbe il disposto di legge, ora contraddette anche dalla puntualizzazione testuale del

¹¹⁷⁵ Le regole sugli obblighi d'informazione non sembrano applicabili in caso di trasferimento d'azienda realizzato senza la volontà del cedente e del cessionario, razionalmente considerati assieme dall'art. 47. Ciò è, ad esempio, nel caso di successione in contratto d'appalto, laddove realizzi trasferimento d'azienda, come è invece escluso per la fattispecie prevista dall' art. 29, terzo comma, d.lgs. n. 276/03, e come può invece essere anche se la successione si ricollegli a provvedimento autoritativo (v. il *revirement* di Cass., 20 settembre 2003, n. 13949, in *Mass. giur. lav.*, 2003, 914, con nota di F. BINOCOLI, *Il trasferimento d'azienda per atto autoritativo della pubblica amministrazione: applicabilità dell'art. 2112 c.c.*, sulla scia della giurisprudenza comunitaria: da ult. Cgce 4 giugno 2002, C-164/00, in *FI*, 2002, IV, 373).

¹¹⁷⁶ Cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., 589.

¹¹⁷⁷ Per l'utilizzazione della stessa logica - ma in materia completamente diversa - nel negare pronuncia caducatoria coinvolgente soggetti terzi e nell'emettere invece in tal caso decisione *in futuro*, cfr. Pret. Roma decr. 15 giugno 1983, *FI*, 1983, I, 2883, con nota di G. PRESTIPINO; anche in *RGL*, 1986, II, 146, con nota di C. FERRO, *Note in margine al caso Maccaresse: obbligo di correttezza e condotta antisindacale*. Il decreto è poi stato revocato in punto da Pret. Roma 17 gennaio 1985, *ibid.*, 147 (solo il lunghissimo dispositivo).

¹¹⁷⁸ Per qualche spunto in proposito cfr. D. GOTTARDI, *Legge e sindacato nelle crisi occupazionali*, cit., 58-59; più diffusamente A. DI STASI, *Obblighi di informazione, condotta antisindacale e rimozione degli effetti. Il caso del trasferimento d'azienda*, *RGL*, 1992, I, 710 ss.; soprattutto L. GUAGLIANONE, *Le procedure di informazione e consultazione sindacale*, cit., 645 ss., che richiama Pret. Roma decr. 15 giugno 1983, cit.; E. BALLETTI, *La legittimazione passiva nel procedimento di repressione della condotta antisindacale*, in *DL*, 1991, I, 430.

¹¹⁷⁹ Cfr. specialmente LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, cit., 236 ss. ROMELI, *Il rapporto di lavoro*, cit., 115 ss.; P. TOSI, *Il dovere di informazione e consultazione sindacale nel trasferimento d'azienda*, in AA. VV., *Le trasformazioni aziendali in vista del Mercato europeo: legge e contratto collettivo*, supp. *Notiz. giur. lav.*, Roma, 1992, 285; ID., in *La nuova disciplina del trasferimento di azienda. Le opinioni di*: M. De Luca, G. Santoro Passarelli, P. Tosi, in *DLRI*, 1991, 790 ss.

¹¹⁸⁰ M. DE LUCA, in *La nuova disciplina*, cit., 767; cfr. altresì A. PERULLI, *I rinvii all'autonomia collettiva: mercato del lavoro e trasferimento d'azienda*, *DLRI*, 1992, 549 ss.

¹¹⁸¹ V. D. IZZI, *La dimensione collettiva*, cit., 900, ed *ivi* riferimenti.

2001.¹¹⁸²

Queste considerazioni devono però fare i conti con la struttura del provvedimento di repressione della condotta antisindacale in riferimento alla peculiarità della predetta operazione.

Tale provvedimento è concepito dalla legge come *ordine* giudiziale al datore di lavoro, immediatamente esecutivo e rafforzato da sanzione penale, non invece come provvedimento costitutivo, idoneo, cioè, *senza cooperazione dell'autore del comportamento*, a realizzare direttamente la modificazione della realtà giuridica. Sia nel capo che riguardo la cessazione della condotta, sia nell'altro che attiene alla rimozione degli effetti - sulla cui necessaria concorrenza o meno si discute ¹¹⁸³ il profilo non accertativo del deciso si atteggia come *condanna*: in questo, appunto, si risolve un ordine dato ad una delle parti. Il carattere "aperto" della condotta trova quindi risposta nella legge nella massima ampiezza dell'oggetto della condanna, non invece nel riconoscimento in capo al giudice del potere di emettere qualsiasi tipo di provvedimento.

Ciò non a caso. In materia "la sanzione è la costituzione di un autonomo obbligo giuridico, in testa al titolare della posizione di potere prevaricatrice, di restaurare l'interesse leso.

Quest'ordine appare uno strumento idoneo a realizzare l'obiettivo della norma legale: non essendo l'equilibrio politico che sta a monte di quest'ultima favorevole ad una radicale soppressione della posizione di potere privato, si obbliga il suo titolare ad utilizzarla in senso uguale e contrario al suo uso abusivo.....; quindi, la puntuale restaurazione dell'ordine giuridico violato non può provenire se non dal titolare stesso della posizione di potere, la cui attività è, *in re ipsa*, socialmente e politicamente infungibile".¹¹⁸⁴

Conferma di ciò è nell'immediata esecutività del decreto, che è propria delle statuizioni di condanna, come è anzi più in generale propria di siffatte statuizioni la stessa esecutività *tout court*. Ed apparirebbe fuori luogo ravvisare nell'art. 28 una norma che intenda diversamente l'esecutività, posto che la previsione *ad hoc* si riferisce inequivocamente al decreto contenente l'ordine, quello previsto nel modello procedimentale, e quindi, lo si ripete, si riferisce appunto ad un provvedimento condannatorio.

Appare quindi estranea allo schema del procedimento *ex art. 28* una decisione giudiziale che elimini il trasferimento d'azienda, tanto più che la stessa non potrebbe essere immediatamente esecutiva né sulla base della disposizione *ad hoc* presente nell'art. 28, primo comma, né sulla base delle regole generali.

Per mettere in discussione tale conclusione bisognerebbe rivedere lo stesso senso dell'immediata esecutività ed anzi dell'esecutività *tout court* delle pronunzie costitutive. Vale a dire, intenderla non come capacità di dar luogo all'esecuzione forzata, ma come (anticipata) produzione dell'effetto della decisione.¹¹⁸⁵

¹¹⁸² Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 47.

¹¹⁸³ Al riguardo cfr. la sintesi di TARUFFO, *Condotta antisindacale*, cit., 8, con i relativi richiami.

¹¹⁸⁴ Cfr. M.G. GAROFALO, *Interessi collettivi e comportamento antisindacale dell'imprenditore*, Napoli, 1979, 210 ss.

¹¹⁸⁵ Ciò è stato anche sostenuto da una parte della dottrina (cfr., ad es., G. IMPAGNATIELLO, *La provvisoria esecutorietà delle sentenze costitutive*, in *RTDPC*, 1992, 47 ss., in specie 85 ss., ed *ivi*, in nota, richiami), e la stessa materia della provvisoria esecutività delle

Né siffatti rilievi vengono a mio avviso scalfiti sostenendosi che il provvedimento ex art. 28 non possa incidere sulla validità dell'atto di trasferimento,¹¹⁸⁶ ma possa eliminare o sospendere gli effetti del medesimo con riguardo ai rapporti di lavoro.¹¹⁸⁷

Anche in tal caso, infatti, si viene a scavalcare la indispensabile collaborazione del soggetto inciso dal provvedimento: la sanzione, cioè, per stare alla terminologia su riferita, non sarebbe rappresentata dalla creazione di un nuovo obbligo. È evidente, in proposito, che l'eventuale ordine di non dar corso al trasferimento, non crea l'obbligo, ma è consequenziale alla diretta trasformazione giuridica disposta con il provvedimento, l'inefficacia o la sospensione del trasferimento.

Ma non appare consentita neppure l'emissione dell'ordine di ritrasferire l'azienda, pure teoricamente compatibile con la vicenda, come si è prima accennato, nonostante la bilateralità della operazione di trasferimento.

Questo non certo per la giuridicamente irrilevante gravità delle conseguenze per le due aziende, tanto più avvertibile laddove l'inadempimento derivi dall'imprecisione e non dall'omissione della condotta, quanto per la estraneità di un ordine siffatto alle esigenze *astratte* (nel senso di esigenze prese in considerazione dalla legge) dei singoli lavoratori, ai quali è riconosciuta in altri commi del medesimo art. 47 tutela di differente tipo, mossa piuttosto dalla logica di agevolare la circolazione dei rapporti di lavoro. Del resto, in concreto, tali esigenze possono addirittura essere opposte rispetto a quelle delle organizzazioni sindacali ricorrenti, traducendosi nell'interesse dei singoli lavoratori dell'azienda trasferita al mutamento del titolare del rapporto, in alcuni casi anche ad evitare provvedimenti di carattere espulsivo.

sentenze è stata rimeditata a seguito della novellazione degli artt. 282 e 283 c.p.c., ma con argomenti tuttora non recepiti, a mio avviso giustamente, dall'indirizzo dominante: v., in proposito, la sintesi in E. ZUCCONI GALLI FONSECA, in AA. VV., *Commentario breve al codice di procedura civile*, a cura di F. Carpi e M. Taruffo, IV ed., Padova, 2002, 888 ss.; con riguardo alle sentenze in materia di lavoro, L. de ANGELIS, *ibid.*, 1346 ss.

¹¹⁸⁶ Così, invece, L. VALLAURI, *Trasferimento d'azienda*, cit., 142 ss.; M. ROCCELLA, *Manuale*, cit., 360; A.M. MINERVINI, *Imprese cooperative e trasferimento d'azienda*, Milano, 1994, 37-38; G. PERA, *Trasformazioni, fusioni e incorporazioni nel settore creditizio; profili di diritto del lavoro*, in RIDL, 1993, I, 439 ss., 442 ss.; L. GUAGLIANONE, *Le procedure di informazione*, cit., 645 ss., con riferimento alla violazione degli obblighi di informazione; A. PERULLI, *I rinvii all'autonomia collettiva*, cit., 551; E. BALLETTI, *La legittimazione passiva*, cit., 431 ss.; in giurisprudenza, Pret. Lecce 27 luglio 1998, in FI, 1999, I, 3313, con nota di richiami; Pret. Milano decr. 2 aprile 1996, in D&L, 1997, 75, con nota di F. QUADRIO, *Interesse collettivo e comportamento antisindacale nell'ambito del trasferimento d'azienda*; Pret. Lodi decr. 28 luglio 1995, cit.; Pret. Pistoia, sez. distaccata Pescia, decr. 14 aprile 1994, in FI, 1995, I, 407, con nota di R. COSIO, *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda: i primi interventi della giurisprudenza*. Per una rassegna della giurisprudenza di merito in tema di obblighi d'informazione ex art. 47, cfr. R. SANTAGATA, *Gli obblighi di informazione nel trasferimento d'azienda: la giurisprudenza di merito*, in MGL, 2000, 2 ss., 16 ss. con riguardo al profilo in questione.

Le considerazioni contenute nel testo rendono irrilevante ai fini che qui interessano il rafforzamento del carattere preventivo della procedura sindacale attuato dal d.lgs. n. 18/2001, che pure potrebbe far pensare anche ad un potenziamento della tutela ex art. 28, appunto nel senso del potere, il provvedimento giudiziale, incidere sulla validità dell'atto di trasferimento. Ma lo stesso autore che ha prospettato l'ipotesi, ha rilevato che si tratterebbe di interpretazione forzata: cfr. C. CESTER, *Trasferimento d'azienda*, cit., 514-515.

¹¹⁸⁷ Cfr. Pret. Udine, 9 agosto 1995, in LG, 1996, 291, con nota di E. BRIDA, *Trasferimento di azienda: la sanzione per omessa informazione-consultazione*; G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 51; ID., *La disciplina del rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda: evoluzioni e prospettive*, in QDLRI, 2004, n. 28, 10 ss.; ID., in *La nuova disciplina*, cit., 782 ss.; L. MONTUSCHI, *Procedure e forme: comunicare è bello?*, in ADL, 2000, 658; U. CARABELLI, B. VENEZIANI, *Il trasferimento d'azienda in Italia*, in AA. VV., *La trasmissione de empresas en Europa*, Bari, 1999, 125 ss.; D. IZZI, *La dimensione collettiva*, cit., 900 ss.; L. PELAGGI, *Le procedure sindacali per il trasferimento d'azienda. A cinque anni dall'entrata in vigore dell'art. 47 l. 29 dicembre 1990, n. 428*, in MGL, 1995, 789 ss., per il quale una portata sinanche invalidante non potrà essere esclusa in caso di reiterata condotta dell'imprenditore; P. LAMBERTUCCI, *Profili ricostruttivi della nuova disciplina in materia di trasferimento d'azienda*, in RIDL, 1992, 174 e 171; R. COSIO, *Discipline del trasferimento d'azienda*, cit., 88.

Al riguardo è il caso di sottolineare come sia diverso per quel che concerne materie di altro tipo, come il licenziamento, in cui con riguardo ai singoli dipendenti l'esigenza astratta prevista dal legislatore si muove nella medesima direzione, vale a dire una direzione caducatoria dell'atto (si pensi al licenziamento discriminatorio sul piano sindacale), tanto è vero che è stato possibile prospettare, sul piano processuale, il coordinamento tra azione individuale ed azione collettiva attraverso l'utilizzo (nella fase dell'opposizione al provvedimento ai sensi dell'art. 28), almeno in via analogica, dell'istituto della continenza, ovvero, se il coordinamento non è stato realizzato, dello schema delle obbligazioni solidali di cui all'art. 1306 c.c.: la pronuncia di rigetto dell'azione del sindacato non può pregiudicare il singolo dipendente, mentre quella d'accoglimento può da lui essere fatta valere.¹¹⁸⁸

Lo ribadisco precisandolo, non si tratta qui di tener conto dell'estraneità dei lavoratori al procedimento giurisdizionale - cui peraltro è discusso possa avviarsi in via d'intervento (anche coatto)¹¹⁸⁹ - ma ancor prima di riconoscere il modo e la sede differente in cui le medesime sono garantite.

Piuttosto, si potrebbe sostenere che gli obblighi in questione, che, si badi bene, incombono anche all'acquirente nei confronti delle "rispettive" organizzazioni sindacali (naturalmente se sia già titolare d'azienda) e che sono ugualmente sanzionati con l'ipotesi tipizzata di condotta antisindacale, sono finalizzati a tener conto delle esigenze dei dipendenti di quest'ultimo, che non hanno tutela né nell'art. 2112, né altrove.

Sotto questo profilo, allora, si giustificerebbe l'ordine di cui si è detto.

Senonché, se è vera la premessa, la conseguenza appare invece distonica rispetto alla complessiva normativa, attribuendo valore eccessivo ad interessi che nel complesso della medesima sono sicuramente in secondo piano rispetto a quelli dei lavoratori dell'azienda trasferita, e che potrebbero in tal modo essere sacrificati.

L'interpretazione delle norme condotta tenendo insieme le varie esigenze, di quelle delle organizzazioni come di quelle dei lavoratori (di azienda *a qua* e di azienda *ad quem*), conduce allora a ritenere che la autonomia dell'azione *ex art. 28*,¹¹⁹⁰ espressione della ormai pacifica plurioffensività di condotta antisindacale che incida sui singoli rapporti di lavoro, si debba fermare di fronte all'avvenuto trasferimento d'azienda. Questo significa che se il provvedimento giudiziale intervenga prima del trasferimento medesimo (si pensi d'un invito per un esame congiunto in vista del trasferimento d'azienda, non preceduto dalle informazioni o preceduto da informazioni insufficienti), possa contenere l'ordine di cessazione del comportamento e di rimozione degli effetti con riguardo alla comunicazione e all'avvio dell'esame congiunto (quanto meno con le organizzazioni

¹¹⁸⁸ Cfr. PROTO PISANI, da ult. *Lezioni di diritto processuale*, III ed., Jovene, Napoli, 1999, 614-615.

¹¹⁸⁹ Per una panoramica delle varie posizioni in punto cfr. M. FRANCO, in AA. VV., *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, a cura di M. Grandi e Pera, Padova, 1998, 608 ss.; *adde*, per l'ammissibilità, Pret. Roma, decr. 19 dicembre 1997, in *FI*, 1999, I, 2406, con nota di richiami.

¹¹⁹⁰ V., per un attento riepilogo della tematica, G. VILLANI, *La condotta antisindacale. Aspetti processuali*, in AA. VV., *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci, I *Le fonti il diritto sindacale*, a cura di C. Zoli, Torino, 1998, 433 ss.

ricorrenti, ove le altre non aderiscano).¹¹⁹¹ E l'ordine è immediatamente esecutivo e penalmente sanzionato, ma è inidoneo, se violato, ad impedire il successivo trasferimento.

Altrimenti, il provvedimento non potrà che avere mero contenuto di accertamento dell'antisindacalità per violazione dell'obbligo. Accertamento dell'antisindacalità che, lo si è altrove sostenuto utilizzando anche l'argomento nascente dal vecchio testo dell'art. 6 l. 146 del 1990,¹¹⁹² può essere oggetto dell'azione e della decisione ai sensi dell'art. 28. Ciò del resto è stato ritenuto dalla giurisprudenza di legittimità¹¹⁹³ proprio con riguardo alla lesione di diritti sindacali di informazione e consultazione di origine legale, così contraddicendo il suo precedente, costante indirizzo.¹¹⁹⁴ È vero, in proposito, che il *dictum* riguarda una fattispecie di lavoro pubblico per il quale opera - anzi operava alla stregua delle nuove regole sulla giurisdizione in materia - l'art. 6 cit., ma è pur vero che nella sentenza è presente il significativo passaggio per cui, in contrapposizione a quanto è detto per la c.d. condanna in futuro, "va... positivamente valutata la possibilità di una sentenza di mero accertamento della condotta antisindacale (*anche* e soprattutto) nel settore del pubblico impiego" (il corsivo è mio). E che tale norma mantiene la sua valenza chiarificatrice pur essendo ora stata superata dalla unificazione delle giurisdizioni di cui ai d.lgs. 80 e 387 del 1998 (ora trasfusi nel d.lgs. n. 165/01).

Sul punto vanno aggiunti i seguenti rilievi:

a) in base alla conclusione da ultimo raggiunta non possono porsi problemi di partecipazione necessaria di entrambi i datori di lavoro, cedente e cessionario, al procedimento, che si porrebbero, invece, ove il provvedimento incidesse sul trasferimento d'azienda.

b) A maggior ragione, la conclusione predetta evita qualsiasi questione in ordine alla partecipazione in giudizio dei singoli lavoratori coinvolti nella vicenda traslativa.

c) La ritenuta ammissibilità dell'azione d'accertamento ex art. 28 non è naturalmente in contraddizione con quanto prima sostenuto a proposito della presenza, nella struttura del procedimento, dell'ordine. L'accertamento dell'antisindacalità è infatti la base dell'ordine nel quale è contenuto o dal quale è presupposto, mentre l'annullamento diretto dell'atto o del suo effetto è profilo ulteriore e qualitativamente diverso dall'ordine stesso. Piuttosto, l'inammissibilità dell'azione d'accertamento potrebbe essere meglio argomentata - ma a mio avviso con pari infondatezza - con riguardo alla natura urgente del procedimento ex art. 28, non congeniale all'effetto scaturente dalla pronuncia dichiarativa.

L'accertamento, come prima accennato, ha ad oggetto la antisindacalità della condotta, non la nullità (o l'inefficacia, eventualmente temporanea) dell'operazione traslativa.

¹¹⁹¹ Cfr. Pret. Napoli, sez. distaccata Pomigliano d' Arco, decr. 7 dicembre 1993, in *FI*, 1995, I, 407, con la citata nota di R. COSIO.

¹¹⁹² Cfr. de ANGELIS, *Su recenti modifiche del procedimento di repressione del comportamento antisindacale e dei procedimenti cautelari*, in *RTDPC*, 1992, 1010 ss. Cfr., inoltre, sulla questione, la sintesi, con i relativi richiami bibliografici e giurisprudenziali, di G. VILLANI, *La condotta antisindacale*, cit., 427 ss.

¹¹⁹³ Cfr. Cass. 8 ottobre 1998, n. 9991, in *MGL*, 1999, 34, con nota di N. DE MARINIS, *I diritti di informazione sindacale nel pubblico impiego. Ammissibilità e limiti della tutela ex art. 28 stat. lav.*; anche *RIDL*, 1999, II, 697, con nota di P. ALBI, *Condotta antisindacale, pronuncia di mero accertamento e tutela dei c.d. diritti di informazione e consultazione sindacale nel settore pubblico*.

¹¹⁹⁴ Cfr. Cass. 2 giugno 1998, n. 5422, in *RFI*, 1998, voce *Sindacati*, n. 135; Cass. 2 settembre 1996, n. 8032, in *MGL*, 1996, 521.

Appare allora più lineare una tesi che pur riducendo il contenuto del provvedimento e quindi l'effettività della repressione del comportamento antisindacale, lasci fermo il carattere antigiusdicario del comportamento medesimo, al cui significato di principio, come tale però non trascurabile, aggiunga la possibilità di far valere una successiva azione risarcitoria delle organizzazioni sindacali fondata su tale antigiusdicarietà, e quindi sull'illecito (contrattuale). A quest'ultimo proposito l'esperienza dell'azione da parte dei singoli dipendenti¹¹⁹⁵ dovrebbe invece collegarsi alle regole della responsabilità aquiliana - si è detto, i dipendenti non sono titolari di una loro situazione di vantaggio - l' "ingiustizia" del danno di cui all'art. 2043 c.c. dovendo essere ravvisata nel disvalore per l'ordinamento dato appunto dall'antisindacalità della condotta. A quest'ultimo proposito si sottolinea, al fine di superare l'ostacolo rappresentato dal fatto che ad essere violate non sarebbero norme a tutela della sfera giuridica soggettiva dei lavoratori, la tendenza giurisprudenziale e dottrinale a riempire di contenuto la formula del danno ingiusto attingendo appunto alle valutazioni dell'ordinamento, considerato nella totalità e globalità dei suoi valori e dei suoi principi, delle sue valutazioni, delle sue regole e norme generali.¹¹⁹⁶

7.1. Segue. Violazioni attuate mediante atti contrattuali o unilaterali e conseguenze giuridiche sulle misure a latere al trasferimento.

Contrattualmente (tra di loro), o unilateralmente per quanto possibile, cedente e cessionario possono avere particolarmente regolamentato le conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori derivanti dal trasferimento d'azienda, naturalmente nell'area di disponibilità delle medesime, e possono avere adottato "misure nei confronti dei rispettivi lavoratori", in tal modo sicuramente trasgredendo il disposto dell' art. 47 cit. Ciò, secondo alcuni, potrebbe essere oggetto d' invalidazione ex art. 28.¹¹⁹⁷

Per le ragioni prima espresse, che escludono l'ammissibilità di pronuncia costitutiva, esaminerò tale impostazione adattandola, e cioè intendendola come ammissibilità dell'ordine di rimozione di conseguenze e misure.

Questa volta ritengo debba giungersi alla soluzione positiva, con la precisazione, mutuata dalla su citata dottrina, che dovrebbe applicarsi in via analogica lo schema dell'art. 1306 c.c., nel senso che la pronuncia di rigetto non avrebbe riflessi nei confronti dei singoli lavoratori non partecipanti al giudizio, potendo giocare invece a loro favore la pronuncia d'accoglimento, se di quest' ultima gli stessi intendano avvalersi.

¹¹⁹⁵ Sostenuta, insieme a quella svolta dalle organizzazioni sindacali, da R. FOGLIA, *Trasferimenti di azienda ed effetti sui rapporti di lavoro*, in *MGL*, 1991, 336; V. BELLINI, *Trasferimento di azienda nella fusione di società: comunicazione e consultazione sindacale*, *Dir. lav.*, 1997, I, 202; v. altresì P. MAGNO, *La nuova disciplina del trasferimento di azienda*, *Dir. lav.*, 1991, 150. Più di recente, F. ROTONDI, V. RUZZENENTI, *Trasferimento di ramo d'azienda e informazione sindacale*, in *DLP*, 1999, 1374.

¹¹⁹⁶ Cfr., da ult. V. SCALISI, *Danno e ingiustizia nella teoria della responsabilità civile*, in *RTDPC*, 2004, 808 ss.

¹¹⁹⁷ Cfr., tra gli altri, S. MARETTI, *L'incorporazione*, cit., 278 ss.; D. GOTTARDI, *Legge e sindacato*, cit., 56 ss.; G. MASCARELLO, *La nuova disciplina dei trasferimenti di azienda: procedura sindacale e deroghe*, *Quaderni Csm*, 1995, n. 77, 167; R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro*, 138 ss., ed *ivi*, alla nota n. 101, riferimenti; G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro Aggiornamenti 1992-1993*, Bologna 1993, 41; P. TOSI, *Il dovere di informazione sindacale*, cit., 285; ID., in *La nuova disciplina*, cit., 791; in giurisprudenza, Pret. Benevento, 29 aprile 1999, in *RIDL*, 2000, II, 337, con nota di P. LAMBERTUCCI, *Sulle conseguenze della violazione dell'art. 47, l. n. 428/1990 nel trasferimento di ramo di azienda*; anche *GC*, 2000, I, 2147, con nota di M. MARANDO, *La violazione degli obblighi di informazione ed il comportamento antisindacale nel trasferimento d'azienda*; cfr. altresì il problematico *obiter dictum* in Cass. 23/2000, cit.

Naturalmente, intese consensuali o opzioni unilaterali, entrambe estranee alla disciplina speciale prevista dall' art. 47, saranno soggette alle azioni individuali con riguardo ad eventuali vizi che possano presentare.

Esemplificando, cedente e cessionario potranno concordare, non ottemperando agli obblighi previsti dall'art. 47, che il trasferimento abbia luogo con la concomitante sospensione delle maestranze, o di parte di esse, delle due aziende per un certo periodo. Siffatta misura, però, potrà essere impugnata ex art. 28, con le conseguenze teste enunciate. Ma potrà anche essere impugnata dai singoli lavoratori, ad esempio facendo valere la necessità del loro consenso ai fini della sospensione del rapporto di lavoro, e quindi l'inefficacia dell'intesa nei loro confronti.

Si potrà pure verificare che le misure siano adottate ancora contrattualmente, ma con i singoli lavoratori, scavalcando le organizzazioni sindacali.¹¹⁹⁸

Pure in questo caso l'antisindacalità naturalmente sussiste, e ciò perfino se abbiano partecipato alla condotta tutti i dipendenti interessati all'operazione. Anzi un'ipotesi del genere arrecherebbe un *vulnus* ancora più pesante a quelle organizzazioni che la legge riconosce come destinatarie di diritti.

Non ritengo, però che il provvedimento ex art. 28 possa andare oltre l'accertamento della anti-sindacalità del comportamento (e la su indicata, separata azione risarcitoria), ed anche se al giudizio si ritenesse possibile la partecipazione dei singoli. Per un verso, infatti, il provvedimento non può contenere l'eliminazione dell'accordo o il blocco degli effetti per le ragioni di principio sopra enunciate¹¹⁹⁹. Per un altro verso, non può comprendere l'ordine di eliminazione o di blocco, dal momento che sarebbe necessaria la cooperazione di un terzo (l'ordine va dato al solo datore di lavoro), vale a dire dei singoli lavoratori. Il che, lo si sottolinea, è cosa diversa appunto dalla partecipazione al giudizio.

Si verifica ora, cioè, quell'incompatibilità strutturale tra ordine ed oggetto del medesimo prima negata a proposito dell'ordine dato ad alienante ed acquirente dell'azienda.

L'inibitoria al datore di lavoro di dare esecuzione all'accordo o agli accordi individuali, pure adottata in un provvedimento giudiziale,¹²⁰⁰ potrebbe apparentemente essere soluzione appagante, tanto più se si tiene a mente che anche i lavoratori conoscevano che erano state violate le regole procedurali a favore dei sindacati, o comunque dovevano verificare il rispetto delle regole stesse prima di procedere ad intese individuali.

Ma fa pensare diversamente già la considerazione che l'avvenuto adempimento di quest'ultime impedirebbe l'ordine, e che quindi si verificherebbe una specie di corsa all'esecuzione che non ha molto da spartire con una ricostruzione del sistema equilibrata e credibile.

Un approfondimento ulteriore della questione induce poi ad escludere la fondatezza della tesi che porti alla paralisi di effetti che, per non potere essere la validità dell'accordo intaccata dal provvedimento, trovano la loro fonte in un esistente ed efficace atto di autonomia privata, come

¹¹⁹⁸ Per un'ipotesi di quest'ultimo tipo cfr. Pret. Milano decr. 27 ottobre 1994, in *D&L*, 1995, 85, con nota di F. SCARPELLI, *Procedure di consultazione sindacale nel trasferimento d'azienda e trattative dirette (con transazioni in giudizio) fra impresa e lavoratori: problemi e contenuto dell'intervento giudiziale ex art. 28 SL*.

¹¹⁹⁹ *Contra*, F. SCARPELLI, *Procedure di consultazione, cit.*, 90-91.

¹²⁰⁰ Pret. Milano decr. 27 ottobre 1994, *cit.*

tale suscettibile di richiesta di adempimento in via individuale.

7.2 Segue. Violazione degli obblighi di informazione e consultazione sindacali e conseguenze sugli accordi di cui all' art. 47.

Neppure credo che il provvedimento *ex art. 28*, conseguente alle predette trasgressioni, possa toccare gli accordi sindacali di cui al secondo e quinto comma dell'art. 47, con i loro riflessi, pure così diversi nelle due ipotesi, sui singoli rapporti di lavoro.

Ciò non perché il raggiungimento dell'accordo sani, per realizzazione dello scopo, le pregresse violazioni. Per pervenire a questa conclusione, infatti, sarebbe necessaria almeno un'indagine puntuale in ordine alla sufficienza delle informazioni e dell'esame alla base dell'accordo medesimo. Ma perché addivenendo all' accordo i sindacati stipulanti hanno dimostrato comunque di abdicare alla tutela connessa alle violazioni.

Nel dire questo, però, è necessario anche aggiungere che la soluzione è così lineare ove gli accordi in questione siano stati sottoscritti da tutte le organizzazioni richiedenti l'esame congiunto, se richiesta vi è stata, o in mancanza di richiesta, da tutte quelle indicate nel primo comma dell'articolo citato.

Il problema è più complicato qualora invece l'accordo non sia stato raggiunto con tutte le organizzazioni, e la denuncia di comportamento antisindacale provenga da una di quelle che non lo ha sottoscritto.

Alla soluzione di tale questione deve pervenirsi avvalendosi del medesimo schema di ragionamento utilizzato in precedenza. Come nel caso in cui si siano adottate misure individualmente contrattate con i dipendenti, il provvedimento *ex art. 28*, che anche questa volta non potrà avere diretta portata sull'atto o sugli effetti, non potrà nemmeno risolversi nell'ordine di eliminazione o di blocco degli effetti, l'ordine stesso abbisognando della cooperazione dell'organizzazione stipulante.

Questo con riguardo alla tutela giurisdizionale dei rapporti sindacali.

Circa la tutela inerente i singoli rapporti individuali di lavoro, è necessario tenere distinta l'ipotesi in cui l'accordo attenga al trasferimento di azienda in crisi o all'equiparato trasferimento dell'azienda nell'ambito di una procedura concorsuale, esso soltanto avendo la particolare forza di escludere l'applicazione dell'art. 2112 c.c., ai sensi e ricorrendo i presupposti di cui all'art. 47, quinto comma, l. 428.¹²⁰¹

Bene, in tal caso le formalità previste dall'art. 47, primo e secondo comma sembrano infatti avere valenza procedimentale rilevante sui rapporti individuali, come la hanno le formalità precedenti la messa in mobilità e il licenziamento collettivo per riduzione di personale, per i quali in ragione di ciò secondo parte della giurisprudenza neppure il raggiungimento dell'accordo è idoneo a sanare i vizi pregressi.

¹²⁰¹ Per i vari, complessi problemi al riguardo cfr. per tutti R. ROMELI, *Il rapporto di lavoro*, cit., 209 ss., ed *ivi* ampi riferimenti; G. VILLANI, *Il trasferimento delle aziende nell'impresa in crisi e nelle procedure concorsuali*, in AA. VV., *Disposizioni in tema di trasferimento*, cit., 663 ss.; *adde*, in particolare, U. CARABELLI, *Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda: la dimensione individuale*, in *RIDL*, 1995, I, 64 ss. Si consideri, altresì, la modifica della preesistente normativa comunitaria attuata con l'art. 4 *bis* della direttiva 98/50.

Come per questi ultimi istituti, però, la perentorietà del *dictum* deve essere stemperata, proprio in ragione del raggiungimento dello scopo, laddove all'accordo le organizzazioni siano pervenute dopo la resa di sufficienti, pur se irrituali, informazioni ed esame della situazione. Il che in sostanza significa dire, valorizzando la forma e non il formalismo delle disposizioni, che ad essere stato procedimentalizzato è piuttosto l'accordo *consapevole*, il quale ha la forza di escludere l'applicazione della normativa di garanzia.

Al di fuori del trasferimento delle imprese in crisi, difetta il valore procedimentale delle formalità e dell'accordo, il quale ha quindi la sua efficacia secondo e nei limiti delle regole del diritto comune.

8. Cenni sulle condotte represses ex art. 28.

Un'indagine sul sistema di tutela in caso di violazione dei doveri di informazione e consultazione sindacale in tema di trasferimenti d'azienda necessita di qualche cenno, sia pure fugacissimo, in ordine all'individuazione dei doveri medesimi, per ogni ulteriore approfondimento rinviandosi allo scritto di Zoli, sede *ad hoc* del presente volume.

Quanto all'informazione, è richiesta innanzitutto la forma scritta della comunicazione alle organizzazioni sindacali indicate nell'art. 47, primo comma, da parte sia dell'alienante che dell'acquirente, dell'intento di effettuare un trasferimento d'azienda - nell'accezione accolta dall'ordinamento - ed un termine (venticinque giorni prima) entro il quale la comunicazione stessa va fatta. Il d.lgs. n. 18/2001, specificando che il termine deve precedere il perfezionamento dell'atto da cui deriva il trasferimento o il raggiungimento di un'intesa vincolante per le parti (si pensi ad un contratto preliminare),¹²⁰² ha in parte risolto i complicati problemi posti dalla originaria formulazione,¹²⁰³ e, in particolare, ha escluso che si possa fare riferimento al momento dell'attuazione del trasferimento,¹²⁰⁴ come prima sostenuto dalla dottrina prevalente.¹²⁰⁵

La perentorietà del disposto di legge ("devono darne comunicazione per iscritto; almeno venticinque giorni prima"), tanto più in un testo che ora richiama il mancato rispetto degli obblighi di cui ai commi primo e secondo, insieme alla *ratio* di forma scritta e termine, che è nell'agevolare le organizzazioni sindacali destinatarie nell'intelligibilità dell'intenzione e nell'assicurare loro un termine per approfondire i problemi, conduce a ritenere che la mancata adozione dello scritto ed il mancato rispetto del termine facciano scattare le conseguenze sopra illustrate.

Per le stesse ragioni deve ugualmente ritenersi *tamquam non esset* l'informazione che non indichi i motivi del programmato trasferimento d'azienda, le sue conseguenze giuridiche, economiche e

¹²⁰² Per uguale esempio cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 48; v. altresì S. MARETTI, *L'incorporazione del diritto comunitario del lavoro. Le nozioni di datore di lavoro, lavoratore e rappresentanze dei lavoratori*, Torino, 2003, 267, per la quale il testo sembra riferirsi "ad un'intesa "esteriorizzata", il che conduce a pensare, ad un contratto preliminare".

¹²⁰³ Per i quali sia consentito il rinvio a L. de ANGELIS, *Informazione e consultazione sindacale*, cit., 302, ed *ivi* richiami; adde, S. MARETTI, *L'incorporazione*, cit., 265 ss., ed *ivi* segnalazione di altre questioni poste dal nuovo testo.

¹²⁰⁴ Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 47; S. CIUCCIOVINO, *La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il d.lgs. 18/2001*, cit., 119 ss.

¹²⁰⁵ Tra gli altri, P. LAMBERTUCCI, *Profili ricostruttivi*, cit., 164; A. MARESCA, *Gli obblighi di informazione e consultazione sindacale nel trasferimento d'azienda*, in *DRI*, 1992, 16; P. TOSI, *Due nodi della legge: informazione e consultazione*, in *LI*, 1991, 12; R. FOGLIA, *Trasferimenti di azienda ed effetti sui rapporti di lavoro*, in *MGL*, 1991, 335.

sociali per i lavoratori, le eventuali misure previste nei confronti di questi ultimi (art. 47, secondo comma, ult. periodo), valendo comunque quanto si è già detto, e nei limiti primi sottolineati, con riguardo all' accordo raggiunto.

Circa la specificità dell'oggetto dell'informazione, devo ribadire che quest'ultima è finalizzata non ad esigenze di difesa ma al successivo dialogo da instaurarsi con l'esame congiunto che le organizzazioni possono richiedere, sempre per iscritto, entro sette giorni dalla comunicazione di cui sopra, e che l'alienante e l'acquirente sono tenuti ad avviare nei successivi sette giorni. Appare quindi soddisfare il disposto di legge tutto ciò che, pur non risolvendosi in mero adempimento burocratico¹²⁰⁶, sia idoneo ad avviare il dialogo, il resto appartenendo all'area dell'approfondimento in sede d'esame.¹²⁰⁷

La nuova formulazione della norma più volte sottolineata fa ritenere che, diversamente da quanto ho sostenuto con il testo precedente,¹²⁰⁸ si realizzi la fattispecie tipizzata di condotta antisindacale anche nel caso di tardività dell'avvio dell'esame congiunto. Rientra ugualmente appieno nella tutela speciale dell'art. 47, secondo comma, il disertare, da parte dell'alienante o dell'acquirente, la seduta fissata per l'esame.

Sul punto, mi sembra poi il caso di aggiungere che il difetto di forma scritta della richiesta sindacale, ovvero l'intempestività della medesima, faccia venir meno l'obbligo di avvio in questione. E che obbligo di avvio e di consultazione sia naturalmente cosa diversa dall'obbligo a contrarre, come in questo caso è reso, direi anche plasticamente, dalla previsione che limita la durata della consultazione, intendendola esaurita se non sia stato raggiunto l'accordo entro dieci giorni dal suo inizio (art. 47, secondo comma, secondo periodo).¹²⁰⁹

9. Il mantenimento dei diritti del lavoratore ceduto.

Al mantenimento dei diritti del lavoratore ceduto, lo rilevavo al § 1, è intitolata la rubrica dell'attuale art. 2112 c.c., il cui contenuto di garanzia rispetto a quello del 1942 si è peraltro – anche a questo ho accennato in precedenza – sensibilmente rafforzato.

Per le ragioni illustrate al § 4 non aggiungo nulla a quanto *ivi* detto con riguardo alla fattispecie del trasferimento d'azienda, le cui modifiche da parte della l. n. 428 e dei decreti legislativi nn. 18 e 276, cit., pure, costituiscono l'aspetto di maggiore rilievo: il tema, del resto, interessa le questioni già trattate prima.

Qui, invece, vanno affrontati i problemi che postulano l'avvenuto, legittimo trasferimento d'

¹²⁰⁶ Cfr. Pret. Milano 19 gennaio 1999, in *OGL*, 1999, I, 125; inoltre, Pret. Napoli, sez. distaccata Pomigliano d'Arco, decr. 7 dicembre 1993, cit.

¹²⁰⁷ In proposito cfr. L. GUAGLIANONE, *Le procedure di informazione*, cit., 644, che sembra però esprimere una posizione più severa.

¹²⁰⁸ Cfr. L. de ANGELIS, *Informazione e consultazione*, cit., 302.

¹²⁰⁹ È opinione diffusa che non sussista obbligo a contrarre: cfr. per tutti S. MARETTI, *L'incorporazione*, cit., 273; R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro*, cit., 125. Sulla differente, controversa questione, che però G. PERA, *Trasformazioni*, cit., 442, definisce "del tutto oziosa", della riconducibilità o meno dell'obbligo di consultazione all'obbligo a trattare (nella accezione di "impegno alla discussione", quale, cioè, secondo la terminologia di C. ZOLI, *L'obbligo a trattare nel sistema di rapporti collettivi*, Padova, 1992, 249 ss., ed anche 19 ss., "obbligazione di mezzi che impegna le parti ad un *facere* che ha natura meramente procedurale"), cfr. per tutti D. GOTTARDI, *Legge e sindacato*, cit., 52 ss., ed *ivi* ampi riferimenti alle note n. 14-16; R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro*, cit., 125 ss.

azienda.

Innanzitutto, è prevista la continuità del rapporto con l'acquirente (art. 2112, primo comma); continuità piena, in sintonia con quanto perentoriamente riconosciuto dall'art. 3.1 della direttiva n. 2001/23 cit.,¹²¹⁰ e non limitata ai diritti derivanti dall'anzianità raggiunta, come era invece secondo il testo originario dell' art. 2112.¹²¹¹ Si tratta di regola inderogabile, con la conseguente nullità ex art. 1418 c.c. di pattuizione contraria, individuale o collettiva, salva, per quest'ultima, l'area coperta dall' art. 47, quinto comma, l. n. 428 (per la quale si rinvia allo scritto di Ricci in questo volume). Va però registrata la posizione giurisprudenziale per la quale "all'accordo sindacale di natura transattiva che preveda la risoluzione dei rapporti di lavoro con l'imprenditore cedente e la costituzione di nuovi autonomi rapporti di lavoro con il cessionario, deve riconoscersi per la preminenza della esigenza di salvaguardia del posto di lavoro sull'interesse alla continuità dei singoli rapporti di lavoro, efficacia vincolante nei confronti dei lavoratori iscritti alle associazioni stipulanti o che abbiano successivamente aderito all'accordo, anche nella parte in cui esso libera il nuovo datore di lavoro dall'onere del riconoscimento dell'anzianità pregressa di servizio, contenendo esso una deroga convenzionale, pienamente valida, al principio della continuità di lavoro stabilito dall'art. 2112, primo comma, c.c."¹²¹²

La continuità del rapporto e la conservazione dei diritti che ne derivano, secondo il testo dell'art. 2112, primo comma, implicano che tale conservazione non significhi solo l'intangibilità dei diritti già maturati ed entrati nel patrimonio del soggetto prima del trasferimento – riconosciuti e ulteriormente tutelati dall'obbligo di solidarietà di cui al secondo comma dell' articolo stesso – ma il mantenimento anche per il periodo successivo all'operazione traslativa del valore giuridico delle regole contrattuali, individuali o collettive, da cui scaturiscono i diritti stessi.¹²¹³ Con le inerenti, diverse conseguenze sul piano della loro (pur consentita)¹²¹⁴ modificabilità da atti posteriormente formati.¹²¹⁵ Da tale angolazione i problemi posti dalle prassi aziendali preesistenti, ed il loro differente modo di risolverli, acquistano peculiare delicatezza.¹²¹⁶

¹²¹⁰ Cfr., con riguardo alla direttiva n. 98/50, P. LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore*, cit., 27 ss., ed *ivi*, alla nota n. 73, richiamo a Cgce, 12 novembre 1996, C-305/94, in *NGL*, 1997, 154, in cui si sottolinea il carattere inderogabile delle regole contenute nella direttiva; M. AIMO, *Le garanzie individuali*, cit., 842.

¹²¹¹ Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 55; P. LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore*, cit., 27 ss. Circa le varie posizioni, anche giurisprudenziali, sull'ampiezza della tutela riconosciuta dal vecchio testo cfr. M. AIMO, *Le garanzie individuali*, cit., 845. Sul processo evolutivo che ha condotto alla consolidazione del principio di continuità cfr. soprattutto M. GRANDI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro I Le modificazioni soggettive*, Milano, 1972, 252 ss.

¹²¹² Cfr. Cass., 13 novembre 2001, n. 14098, in *NGL*, 2002, 113; ma v. altresì Cass., 23 giugno 2000, n. 8583, *RFI*, 2000, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 46.; al riguardo cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., 596.

¹²¹³ Da ult., F. SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti*, cit., 105; M.T. SALIMBENI, *Trasferimento d'azienda e conservazione dei diritti dei lavoratori*, in AA.VV., *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema*, cit., 600.

¹²¹⁴ Cfr., ad es., P. LAMBERTUCCI, *Profili ricostruttivi della nuova disciplina in materia di trasferimento d'azienda*, in *RIDL*, 1992, 184.

¹²¹⁵ In proposito v. la recente sintesi delle varie posizioni di A. TROJSI, *Contratto collettivo e disposizione dei diritti dei lavoratori*, in AA.VV., *Contratto collettivo e disciplina dei rapporti di lavoro*, a cura di R. Santucci e L. Zoppoli, Torino, 2002, 81 ss.

¹²¹⁶ Cfr., da ult., F. SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti*, cit., 111 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 56 ss.; altresì M. AIMO, *Le garanzie individuali*, cit., 844 ss. Sulle incertezze giurisprudenziali in tema di usi aziendali cfr., tra i più recenti, L. CASTELVETRI, *Ma l'uso aziendale esiste?*, nota a Cass., 27 novembre 1999, n. 13294, e Cass. 17 febbraio 2000, n. 1773, in *RIDL*, 2000, II, 608, S. GANDI, *Usi aziendali: prime conferme al revirement della cassazione*, nota a Cass., 17 febbraio 2000, n. 1773 cit., in *OGL*, 2000, I, 77 ss., e S. LIEBMAN, *Comportamenti unilaterali dell'imprenditore, usi aziendali e teoria delle fonti di*

Deve trattarsi, comunque, di diritti e non di aspettative.¹²¹⁷ La qualificazione, in un senso o nell'altro, delle situazioni giuridiche soggettive in discussione assume allora notevole rilevanza pratica; questo, soprattutto, in materia di trattamento di fine rapporto (tfr). In proposito, va sottolineato che la più recente giurisprudenza di legittimità – ma la questione è aperta –¹²¹⁸ è orientata nel senso che il tfr maturi anno per anno attraverso il meccanismo dell'accantonamento e della rivalutazione, essendone rimessa alla cessazione del rapporto la sola esigibilità.¹²¹⁹ Pertanto, al suo pagamento fino alla data del trasferimento deve essere considerato obbligato anche il cedente, oltre che, in via solidale ex art. 2112, secondo comma, il cessionario. Come si è giustamente sostenuto in dottrina, eventuali accordi collettivi stipulati con il cedente prima del trasferimento che azzerino, *al fine del tfr* (non ad altri fini, stante la predetta inderogabilità del principio di continuità), l'anzianità in caso di trasferimento d'azienda o che escludano per il futuro alcuni benefici non collegati a situazioni esaurite, appaiono legittimamente risolversi, data l'attuale struttura del tfr, in obbligatoria anticipazione del medesimo o in deroga all' onnicomprensività, consentita dall' art. 2120, secondo comma, c.c.¹²²⁰

Problema di notevole complessità riguarda la comprensione, nell'ambito disciplinato dall'art. 2112, primo comma, c.c., dei diritti ai trattamenti previdenziali integrativi, posto che per essi la direttiva Ce 2001/23 cit. consente la deroga al principio di continuità (art. 3.4, lett. a), ad un tempo però prevedendo che gli Stati membri adottino i provvedimenti necessari per tutelare gli interessi dei lavoratori e di coloro che abbiano già lasciato lo stabilimento del cedente al momento del trasferimento per quanto riguarda i diritti da essi maturati o in corso di maturazione, a prestazioni di vecchiaia, comprese quelle per i superstiti, dei regimi complementari (art. 3.4, lett. b). La disposizione del codice civile nulla dice in proposito.

L'indirizzo dominante è nel senso di riconoscere l'applicabilità dell'art. 2112, primo comma, nel caso di fondi *interni*, per i quali si costituisce un rapporto obbligatorio accessorio a quello di lavoro, e l'applicabilità dell'art. 2558 c.c. nel caso di fondi *esterni*. Non mancano però tesi che risolvono la questione piuttosto alla luce degli artt. 10 e 11 l. n. 124/1993, e tesi che distinguono tra fondi a contribuzione definita e a prestazioni definite, riferendo solo a quest'ultimi la disciplina dell'art. 2112.¹²²¹

Laddove il trasferimento d'azienda abbia luogo nel corso di un giudizio nei confronti dell'alienante, si configura una ipotesi di successione a titolo particolare nei rapporti preesistenti che

regolamentazione del rapporto di lavoro, nota a Cass. 27 novembre 1999, n. 13294 e Cass. 17 febbraio 2000, n. 1773 citt., in *MGL*, 2000, 594 ss., ed ivi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

¹²¹⁷ Conf., da ult., G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 56, ed ivi riferimenti, conformi e contrari.

¹²¹⁸ Cfr., da ult., Cass. 8 gennaio 2003, n. 96, in *NGL*, 2003, 389; *contra*, di recente, Cass. 16 maggio 2002, n. 7143, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1879.

¹²¹⁹ Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 58 ss.

¹²²⁰ Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *op. loc. ult. cit.*

¹²²¹ Sintesi puntuali della questione, con completi riferimenti, in F. SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti del lavoratore*, cit., 114 ss., in G. ZAMPINI, *Destinatari e sistema delle fonti*, in AA. VV., *Diritto del lavoro Commentario*, diretto da F. Carinci, IV, *La previdenza complementare*, a cura di M. Bessone, F. Carinci, Torino, 2004 254 ss., e in A. TURSI, *La configurazione soggettiva delle forme pensionistiche*, *ibid.*, 303 ss.

determina la prosecuzione del processo ai sensi dell'art. 111 c.p.c.¹²²²

Circa il trattamento collettivo, rimetto, poi, per ulteriore trattazione, in particolare in tema di art. 2112, terzo comma, c.c., alle pagine scritte nel presente volume da Liebman.

9.1 Segue. L'irrelevanza del trasferimento d'azienda al fine del licenziamento.

La continuità del rapporto di cui si è detto trova ulteriore espressione nell'art. 2112, quarto comma, primo periodo, che prevede che il trasferimento non possa costituire di per sé motivo di licenziamento. Il che – lo sottolinea l'inciso di apertura del comma che lascia ferma la facoltà di esercizio del recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti, e lo ribadisce appunto la precisazione “di per sé” presente nel testo - non significa che non si possa procedere a licenziamento da parte del cedente o del cessionario (rispettivamente prima e dopo l'operazione traslativa), ma che la causale dovrà essere diversa ed autonoma dal trasferimento dell'azienda.¹²²³

La causale, cioè, deve essere tale da legittimare il licenziamento da parte del cedente anche non si facesse luogo a trasferimento, e per esso devono valere le regole in materia, tra cui, per il dominante indirizzo che la richiede, l'impossibilità di ripescaggio.¹²²⁴ Lo stesso deve poi essere per i licenziamenti collettivi e le procedure di mobilità, che devono riferirsi ad eventi non collegati alla cessione.¹²²⁵ Causale diversa, e rilevante, è però la determinazione, a seguito del trasferimento, di un mutamento della struttura organizzativa giustificante il recesso,¹²²⁶ individuale o collettivo.

Una volta che la tutela reale ed obbligatoria del posto di lavoro sono state immesse nell'ordinamento, si era del resto provveduto, anche con il testo originario dell'art. 2112, primo comma, per il quale il contratto continuava con l'acquirente se l'alienante non ha dato disdetta in tempo utile, a ridimensionare la portata della norma escludendosi che il trasferimento d'azienda giustificasse il recesso.¹²²⁷

A mio avviso, però, la soppressione del riferimento al tempo utile della disdetta ha reso incontenibile una importante conseguenza: il licenziamento intimato a ragione del trasferimento

¹²²² Cfr., Cass., 10 gennaio 2003, n. 237, in *RFI*, 2003, voce *Procedimento civile*, n. 99.

¹²²³ Cfr., tra gli altri, G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda*, cit., 67; P. ICHINO, *Il contratto*, cit., 590; G. VILLANI, *Trasferimento d'azienda*, cit., 45 ss., ed *ivi* rilievi e riferimenti circa il più pregnante significato della regola modificata.

¹²²⁴ Cfr. R. ROMELI, *Il rapporto di lavoro*, cit., 96 ss.

¹²²⁵ Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda*, cit., 69, che ha precisato che, pur ammettendosi che possa l'alienante esercitare la facoltà di recesso, di fatto sarà l'acquirente a procedere, dovendo pertanto rispettare l'art. 47 l. n. 428/1990 e l'art. 4 l. n. 223/1991; v. altresì U. CARABELLI, *Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti d'azienda*, cit., 45 ss., ed *ivi* riferimenti critici a posizioni contrarie, in particolare a quella di S. LIEBMAN.

¹²²⁶ G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda*, cit., 68; G. NICOLINI, *Il trasferimento d'azienda*, in AA. VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Milano, 2004, 227.

¹²²⁷ Cfr., ad es., Cass. 14 luglio 1995, n. 7690, in *RFI*, 1995, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1212, per cui “a seguito dell'entrata in vigore della l. 15 luglio 1966 n. 604 sui licenziamenti individuali, con la quale è stato ipotizzato e tipizzato il motivo obiettivamente idoneo a giustificare il licenziamento in riferimento a ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro ed al regolare funzionamento di essa, la disposizione dell'art. 2112 c.c. (nel testo anteriore alle modifiche introdotte dalla l. 29 dicembre 1990 n. 428), secondo cui in caso di trasferimento dell'azienda è consentito all'alienante di dare disdetta in tempo utile, non può più operare come specifica applicazione del recesso *ad nutum*, onde tale recesso, con gli effetti conseguenti, non può essere più giustificato dal mero trasferimento d'azienda, bensì solamente da fatti relativi alla vita della nuova impresa nella sua oggettività, nel senso che vi deve essere un nesso causale fra tali fatti, i quali costituiscono l'indefettibile condizione di legittimità del recesso, e l'impossibilità di mantenere la continuità del rapporto di lavoro, specie quando di questo siano rimasti invariati gli elementi caratterizzanti, quali le mansioni, la qualifica ed il compenso”.

d'azienda è nullo per violazione della norma inderogabile sulla continuità, e la statuizione del giudice ha per oggetto l'accertamento del diritto del lavoratore a proseguire il rapporto presso il cedente, e la condanna alla riattivazione dello stesso, se interrotto.¹²²⁸

Ed invece, con il testo precedente si poteva sostenere che lo stesso licenziamento anteriore alla eliminazione del predetto riferimento dovesse piuttosto ritenersi privo di giustificato motivo: il testo, infatti, restava lo stesso, e lo si poteva leggere aggiornandolo alla luce delle modificazioni della disciplina dei licenziamenti, con le diverse conseguenze previste per la tutela reale o, a seconda dei casi, obbligatoria del posto di lavoro.¹²²⁹

Non comparso, si è detto, nel testo attuale il riferimento predetto, l'avvenuto, legittimo licenziamento per altra (legittima) causale antecedente al trasferimento implica che, se si tratta di giustificato motivo, il rapporto prosegue sino alla scadenza del preavviso. Se la scadenza è successiva al trasferimento, il rapporto continua con il cessionario ma viene a cessare appunto alla scadenza senza che debba essere intimato un nuovo licenziamento.¹²³⁰

La segnalata differenza di oggetto del giudizio si riflette sul piano dell'integrazione del contraddittorio. In un processo con cui sia fatto valere il diritto alla prosecuzione con l'alienante di un rapporto trasferito all'acquirente dell'azienda, la pronuncia è *inutiliter data* se il nuovo titolare del rapporto stesso – cui, si badi bene, sono correlati obblighi, diritti, utilità – non vi partecipi o non sia messo in grado di parteciparvi. In tal caso ricorre, quindi, un'ipotesi di litisconsorzio necessario, come avrebbe potuto forse ricorrere laddove si fosse fatta valere la tutela reale del posto in caso di licenziamento per la causale del trasferimento d'azienda.¹²³¹ Non, invece, in giudizio inerente la stabilità obbligatoria.¹²³² Né tanto meno nel caso in cui si sia invocato l'obbligo di solidarietà (su cui v. *infra*, § 10).

¹²²⁸ In proposito cfr. Cass. 6 marzo 1998, n. 2521, in *NGL*, 1998, 320, secondo cui "il trasferimento d'azienda..... fa sì che il rapporto di lavoro prosegua con l'acquirente (anche se non imprenditore ma associazione senza scopo di lucro) e che il lavoratore conservi tutti i diritti derivanti; ne consegue che il licenziamento, non fondato su giusti motivi diversi dal trasferimento, è nullo e va disapplicato dal giudice, il quale emette una sentenza di mero accertamento della prosecuzione del rapporto di lavoro ed eventualmente condanna il datore, o i datori succedutisi, a risarcire il danno derivato al prestatore dall'allontanamento dal posto di lavoro secondo le norme codicistiche sull'illecito contrattuale".

¹²²⁹ Secondo Cass., 3 febbraio 1994, n. 1091, in *ArchC*, 1994, 391, cui ove nell'ipotesi di trasferimento di azienda l'imprenditore alienante receda dal rapporto di lavoro dando disdetta in tempo utile, l'inapplicabilità al rapporto stesso della disciplina limitativa del licenziamento preclude un controllo della validità dell'atto di recesso *ad nutum* in relazione all'interesse perseguito dal datore di lavoro; l'estinzione dei rapporti di lavoro può essere quindi finalizzata anche a realizzare nel modo più conveniente la cessione del complesso aziendale, senza che ciò comporti la illiceità del recesso ai sensi degli art. 1343 e 1344 c.c. o la configurabilità di un atto discriminatorio; né è prospettabile la violazione dei principi di correttezza e buona fede di cui agli art. 1175 e 1375 c.c., che non creano obbligazioni autonome, ma rilevano soltanto per verificare il puntuale adempimento di obblighi riconducibili a determinati rapporti".

¹²³⁰ Così, puntualmente, P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., 591; G. VILLANI, *Trasferimento d'azienda*, cit., 47; R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro*, cit., 95; S. MAGRINI, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Milano, 1980, 138; Cass., 27 febbraio 1995, n. 2245, in *NGL*, 1995, 434.

¹²³¹ Esclude l'esistenza del litisconsorzio necessario A. VALLEBONA, *La riforma dei lavori*, Padova, 2004, 119 ss., ma con riguardo al licenziamento validamente intimato con l'attuale testo di legge (e quindi per altra causale).

¹²³² In proposito va rimarcato che, con il testo originario, si è affermato, in giurisprudenza, che "nel giudizio in cui si controverta in ordine alla risoluzione o meno di un rapporto di lavoro del dipendente di un'azienda in relazione al trasferimento di questa ed alla costituzione di un nuovo rapporto di lavoro alle dipendenze dell'acquirente dell'azienda, non sussiste la necessità di integrare il contraddittorio nei confronti di quest'ultimo, restando l'opportunità che il medesimo partecipi al giudizio ai sensi dell'art. 107 c.p.c. riservata alla valutazione discrezionale del giudice del merito, non censurabile in sede di legittimità" (cfr. Cass., 21 novembre 1984, n. 5971, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1798).

9.2 Segue. Dimissioni e successiva assunzione.

Questione di estremo rilievo pratico, involgendo il presupposto della tutela dei lavoratori in materia di trasferimento d'azienda e quindi la concreta operatività della medesima, attiene all'ipotesi di dimissioni dal rapporto di lavoro con l'alienante seguite da immediata assunzione da parte dell'acquirente.

È questa, innanzitutto, un'operazione che non contrasta direttamente con la regola d'inderogabilità della continuità del rapporto, che non incide sul potere di recesso, come del resto è sottolineato dall'inciso di apertura del quarto comma dell'art. 2112 c.c.: è quindi fuori gioco la nullità per violazione di norma inderogabile.

I due negozi, poi, non ricadono nella simulazione: i relativi regolamenti corrispondono, infatti, all'intento delle parti (magari viziato), volto realmente a realizzare l'effetto di porre fine al rapporto con il cedente per instaurarlo con il cessionario.

L'operazione, invece, può integrare frode alla legge, essendo, i due atti, lo strumento *in sé* lecito per eludere la predetta norma imperativa.

Può integrare, a mio avviso, e non *integra*. Si pensi al caso in cui il dipendente, già prima in forza come impiegato, sia inquadrato come dirigente e con superiori responsabilità presso l'impresa cessionaria. In ipotesi siffatta l'elusione della disciplina inderogabile è estranea all'operazione, che si risolve effettivamente nella novazione del contratto.

Certo è, comunque, che dimissioni e contestuale nuova assunzione ad identiche condizioni, in presenza del citato art. 2112, primo comma, danno vita ad una presunzione di frode alla legge, sia pure relativa.

La questione è stata risolta in modo analogo, prima della soppressione dell'inciso inerente disdetta in tempo utile, con riguardo al licenziamento.¹²³³ Avvenuta tale soppressione, ed essendo consentite, si è visto, le soli causali estranee al trasferimento dell'azienda, la nuova assunzione rileva sul diverso piano dell'esistenza della causale del licenziamento, e, in particolare, costituisce un indice significativo dell'inesistenza della medesima.¹²³⁴

10. La responsabilità solidale di acquirente ed alienante ex art. 2112, secondo comma, c.c., e la liberazione dell'alienante.

“Il cedente e il cessionario” – secondo l'attuale¹²³⁵ testo dell'art. 2112, secondo comma, c.c. – sono obbligati, in solido, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento”.

Il testo originario della disposizione prevedeva, invece, che:

“L'acquirente è obbligato in solido con l'alienante per tutti i crediti che il prestatore di lavoro aveva al tempo del trasferimento in dipendenza del lavoro prestato, compresi quelli che trovano causa nella disdetta data dall'alienante, sempreché l'acquirente ne abbia avuto conoscenza all'atto del trasferimento, o i crediti risultino dai libri dell'azienda trasferita o dal libretto di

¹²³³ Cfr., ad es., Cass., 25 agosto 1987, n. 7020, in *RFI*, 1987, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 2172.

¹²³⁴ Cfr. R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro, cit.*, 100, per il quale, però, si è anche sempre di fronte ad un comportamento da reputarsi in frode alla legge.

¹²³⁵ A partire dalla l. n. 428/1990.

lavoro". Gli approdi interpretativi in proposito erano nel senso che tale responsabilità solidale del cessionario dell'azienda, per i crediti dei prestatori di lavoro sussistenti alla data del trasferimento dell'azienda, riguardasse anche i crediti dei dipendenti i cui rapporti fossero cessati prima di tale data, sempreché i crediti stessi fossero menzionati nei libri contabili dell'azienda trasferita ovvero risultasse che il cessionario al momento del trasferimento fosse stato a conoscenza del loro mancato soddisfacimento; tale conoscenza, accertabile anche sulla base di elementi presuntivi, poteva essere desunta da circostanze di fatto giudizialmente acclarate implicanti un'agevole conoscibilità, da parte del cessionario, delle situazioni di fatto e di diritto in cui versava il datore di lavoro cedente.¹²³⁶ La limitazione della solidarietà nei suddetti termini non operava, però, se risultasse il fraudolento occultamento del trasferimento al fine di escludere il diritto del dipendente alla continuità del rapporto.¹²³⁷

La riformulazione della norma nella perentoria ed onnicomprensiva asciuttezza del testo attuale dà ragione a chi ha sostenuto che l'operare del vincolo solidale del cessionario non richieda più la conoscenza o la conoscibilità da parte sua del credito, e garantisca anche i crediti relativi a rapporti di lavoro già cessati in epoca anteriore al trasferimento dell'azienda.¹²³⁸ E fa comprendere nell'area protetta dalla solidarietà il risarcimento del danno derivato dal licenziamento precedente al trasferimento, e quello scaturente dalla pregressa violazione dell'art. 2087 c.c. o dell'art. 2103 c.c.¹²³⁹

A tale area, però, secondo la giurisprudenza, non appartengono i debiti contratti dall'alienante nei confronti degli istituti previdenziali per l'omesso versamento dei contributi obbligatori, esistenti al momento del trasferimento, i quali costituiscono debiti inerenti all'esercizio dell'azienda e restano soggetti alla disciplina dettata dall'art. 2560 c.c. Ciò perché la solidarietà è limitata ai soli crediti del dipendente e non è estesa ai crediti di terzi, quali devono ritenersi gli enti previdenziali, e perché il lavoratore non ha diritti di credito verso il datore di lavoro per l'omesso versamento dei contributi obbligatori (oltre al diritto al risarcimento dei danni nell'ipotesi prevista dall'art. 2116, secondo comma, c.c.), restando egli estraneo al rapporto contributivo, che

¹²³⁶ Ad es., Cass., 14 ottobre 2000, n. 14081, in *RFI*, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1421; Cass., 7 gennaio 1995, n. 209, *id.*, voce *cit.*, n. 1214; Cass., 27 novembre 1992, n. 12665, in *RIDL*, 1993, II, 838, con nota di S. LIEBMAN, *Trasferimento d'azienda e responsabilità dell'acquirente nel passaggio dalla vecchia alla nuova normativa*, che non ricorre però alla nozione di (agevole) conoscibilità del credito.

¹²³⁷ Cfr. Cass., 11 dicembre 2003, n. 18987, in *RFI*, 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1403.

¹²³⁸ Cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, *cit.*, 63 ss., che pone in rilievo come la nuova norma si adegui al diritto comunitario; R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro*, *cit.*, 181 ss.; M. GRANDI, *Modificazioni aziendali del rapporto di lavoro*, in *EGT*, Roma, 1990, vol. XX, n. 4.3; *contra*, P. LAMBERTUCCI, *Le tutele*, *cit.*, 39 ss., sulla scia di S. LIEBMAN, *Trasferimento d'azienda*, *cit.*, 840 ss., entrambi leggendo diversamente la disciplina comunitaria; con riguardo al secondo profilo (crediti cessati), *conf.* da ult., dubitativamente, F. SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti*, *cit.*, 118 ss., ed ivi puntuale sintesi del dibattito precedente; *contra*, Cass. 19 dicembre 1997, n. 12899, in *MGL*, 1998, 238, con nota di M. DEL CONTE, *Crediti del lavoratore e responsabilità del cessionario e del cedente nel trasferimento d'azienda, ai sensi dell'art. 2112, 2° comma, c.c.*; Trib. Milano, 15 marzo 2000, in *OGL*, 2000, I, 464. Sempre sul secondo aspetto, ancora per le posizioni di dottrina e giurisprudenza, in prevalenza orientate nel senso di comprendere i crediti relativi a rapporti cessati, *cfr.* P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, *cit.*, 592, nota n. 45; P. LAMBERTUCCI, *Le tutele*, *cit.*, 40 ss., in spec. note nn. 114-116.

¹²³⁹ Cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, *cit.*, 592. Per casistica in argomento *cfr.* A. PASQUALETTO, *Le modificazioni soggettive. Il trasferimento d'azienda*, in AA. VV., *Diritto del lavoro Commentario*, diretto da F. Carinci, II, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di C. Cester, Torino, 1998, 1075 ss.

intercorre fra l'ente previdenziale e il datore di lavoro.¹²⁴⁰

A differenza di quanto detto con riguardo al giudizio avente ad oggetto l'accertamento del diritto alla prosecuzione del rapporto con il cedente (*supra*, § 9.1), non ricorre litisconsorzio necessario tra cedente e cessionario laddove il lavoratore azioni il suo credito nei confronti di uno solo dei coobbligati solidali.¹²⁴¹

L'attuale testo dell'art. 2112, secondo comma, c.c.¹²⁴² permette la liberazione dell'alienante dalle sue obbligazioni in sede di procedura ex artt. 410 e 411 c.c. Ciò implica la non applicazione dell'art. 1301 c.c.¹²⁴³

Sembra debba ritenersi che ciò sia consentito anche nelle sedi di certificazione di cui all'art. 82 d.lgs. n. 276/03, laddove si ritenga che la regola *ivi* contemplata abbia esteso l'ambito dei soggetti abilitati a rendere stabili le rinunzie e le transazioni previste dall'art. 2113 c.c.¹²⁴⁴

11. La nuova responsabilità solidale nell'*internalizzazione di ritorno* (art. 2112, sesto comma, c.c.).

Il su accennato (§ 3), peculiare obbligo di solidarietà previsto dall'art. 2112, sesto comma, c.c., inserito dall'art. 32, secondo comma, d.lgs. n. 276/2003, poi sostituito dall'art. 9 d.lgs. n. 251/2004, in attuazione dell'art. 1, secondo comma, lett. p), della legge di delegazione n. 30/2003, riguarda l'ipotesi di contratto d'appalto, tra acquirente ed alienante, eseguito attraverso l'utilizzazione da parte dell'alienante del ramo d'azienda ceduto. Il regime di solidarietà previsto dal d.lgs. n. 276 era quello di cui all'art. 1676 c.c., e pertanto doveva operare fino alla concorrenza del debito che il committente avesse verso l'appaltatore al tempo della domanda. Ora invece, appunto a seguito dell'art. 9 cit., il regime è quello di cui all'art. 29, secondo comma, del medesimo decreto (come modificato dall'art. 6 d.lgs. n. 251, cit.), per il quale, salvo diverse previsioni dei contratti collettivi nazionali stipulati da associazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative, vi è obbligo di solidarietà, di durata annuale dalla cessazione dell'appalto, del committente di servizi con l'appaltatore con riguardo ai trattamenti retributivi e ai contributi previdenziali dovuti.

Per quel che attiene la nozione di ramo d'azienda ceduto, si rinvia a quanto detto al § 4, e, soprattutto, alle altre sedi di questo volume in cui se ne tratta.

Qui va invece posto in luce come la integrazione della fattispecie di cui al secondo comma dell'art. 32 richieda appunto l'avvenuto trasferimento di ramo d'azienda e la stipulazione di un contratto di appalto tra cessionario e cedente, in forza del quale questi utilizza il ramo d'azienda ceduto. Un contratto d'appalto, quindi, e solo esso, e solo se la sua esecuzione avvenga attraverso l'utilizzazione del ramo ceduto.

Le considerazioni che la responsabilità solidale del cedente per i crediti che il lavoratore aveva al

¹²⁴⁰ Cfr. Cass., 14 giugno 2001, n. 8179, in *RIDL*, 2002, II, 119, con nota di P. ALBI, *I debiti contributivi nel trasferimento d'azienda*.

¹²⁴¹ Cfr., Cass., 237/03, cit.; Cass., 2 ottobre 1998, n. 9806, in *RFI*, 1998, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1360; Cass., 14 luglio 1984, n. 4132, in *RGL*, 1985, II, 188.

¹²⁴² Sul testo originario e la sua crisi, stante l'interpretazione – Cass., 5 dicembre 1986, n. 7228, in *RFI*, 1986, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1937 – per cui l'intervento sindacale *ivi* contemplato riguardava il solo sindacato corporativo, cfr. G. SANTORO PASSARELLI, *Trasferimento d'azienda e rapporto di lavoro*, cit., 66.

¹²⁴³ A differenza di quanto si è ritenuto con il testo precedente: Cass., 7228/86, cit.

¹²⁴⁴ Su tale questione cfr., se vuoi, L. de ANGELIS, *Le certificazioni all'interno del rapporto di lavoro*, in *RIDL*, 2004, I, 260 ss.

momento del trasferimento è già assicurata dalla regola più generale ed ampia dell'art. 2112, secondo comma, c.c.; che non vi è segno testuale alcuno che il comma sesto deroghi al precedente; che il contenuto dell'obbligo solidale è determinato con riferimento ad un credito dell'appaltatore che non può che essere appunto successivo al contratto d'appalto; che all'origine della storia della regola, il patto tra Governo e parti sociali del 5 luglio 2002 (c.d. Patto per l'Italia), vi è il riconoscimento di una tutela additiva nel caso delle esternalizzazioni; bene tutte queste considerazioni fanno ritenere che appunto la tutela prevista dal sesto comma dell'art. 2112 si aggiunga a quella prevista dal secondo comma, riferendosi, a differenza dell'altra, ai crediti successivi al trasferimento e, anzi, all'appalto.¹²⁴⁵

La *nuova* solidarietà, poi, opera anche se l'appalto (o anche successivi appalti) non sia contestuale ma distanziato dall'operazione traslativa. Ciò, però, sempre con riferimento al solo personale facente capo al ramo d'azienda ceduto al momento del trasferimento, e purché resti una connessione tecnico-funzionale tra l'operazione traslativa e l'appalto;¹²⁴⁶ o forse meglio, utilizzando una terminologia comunitaria e dello stesso art. 2112, purché nell'appalto conservi la propria identità. In tal modo si combinano insieme la mancanza di un riferimento temporale nel testo delle legge e l'uso della preposizione "un" avanti le parole "contratto d'appalto", il fatto che sia richiesta l'utilizzazione del ramo d'azienda, l'indicazione presente nella legge di delega ("per le ipotesi in cui il contratto di appalto sia connesso ad una cessione di ramo d'azienda").¹²⁴⁷ Per venendosi a tale conclusione si è altresì da altri utilizzato il canone di ragionevolezza, incisivamente precisandosi come la solidarietà in questione non operi laddove l'appalto sia frutto di un nuovo *incontro* tra le imprese,¹²⁴⁸ rispetto al quale, aggiungo, il trasferimento parziale sia solo una pagina della storia precedente di entrambe, ormai superato dal successivo evolversi delle loro organizzazioni.

Come sopra accennato, il d.lgs. n. 251/2004 ha modificato, all'art. 6, il testo dell'art. 29, secondo comma, d.lgs. n. 276/2003, che richiamava il regime di solidarietà di cui all'art. 1676 c.c.

Tale testo, infatti, aveva suscitato complessi problemi interpretativi.

Ad una prima lettura, infatti, poteva sembrare che, irragionevolmente ed irrazionalmente, dall'appalto di servizi connesso ad una esternalizzazione derivasse ai lavoratori interessati una protezione inferiore, con conseguenti tensioni con la carta-base.¹²⁴⁹

¹²⁴⁵ Cfr. F. SCARPELLI, *Il mantenimento dei diritti*, cit., 119; C. CESTER, *Il trasferimento d'azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa*, cit., 268; A. RUSSO, *Le modifiche all'articolo 2112 del codice civile in materia di trasferimento di ramo d'azienda*, in AA., *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, a cura di M. Tiraboschi, Milano, 2004, 236; C. CHISARI, *Cessione di ramo d'azienda*, cit., 590; P. LAMBERTUCCI, *Modifica all'articolo 2112, comma 5*, cit., 469 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *La disciplina del rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, cit., 21 ss.; M. BIAGI, M. TIRABOSCHI, *Istituzioni di diritto del lavoro*, II ed., Milano, 2003, 487; *contra*, M.T. SALIMBENI, *Trasferimento d'azienda*, cit., 605 ss.

¹²⁴⁶ Ancora F. SCARPELLI, *op. loc. ult. cit.*

¹²⁴⁷ Per la difficoltà di individuare la connessione di cui alla legge di delega cfr. C. CESTER, *Il trasferimento d'azienda e di parte d'azienda*, cit., 269; L. CALCATERRA, *La tutela del lavoro negli appalti*, in AA. VV., *Mercato del lavoro riforma e vincoli di sistema*, cit., 138; da ult., M. G. GRECO, *L'obbligazione solidale negli appalti dopo la riforma del mercato del lavoro*, in LG, 2004, 930.

¹²⁴⁸ Cfr. F. SCARPELLI, *op. loc. ult. cit.*

¹²⁴⁹ In tal senso, sia pure da un'angolazione critica, F. LISO, *Analisi dei punti critici del decreto legislativo 276/2003: spunti di riflessione*, in www.unict.it/eurolabor/ricerca, wp C.s.d.l.e. "M. D'Antona", n. 42/2004, § 8, nota 37, in corso di pubblicazione in *EL*; R. DE LUCA TAMAJO, *Dietro le righe del D. lgs. n. 276/2003: tendenze e ideologie*, in corso di pubblicazione in *RIDL*, 2004, § 5; C. CESTER, *Il*

Senonché, poteva opporsi non essere del tutto vero che l'art. 32, secondo comma, vecchio testo, contenesse una minore carica di tutela: alla limitazione della garanzia della solidarietà fino alla concorrenza con quanto dovuto per l'appalto e con riguardo al momento della domanda, e al difetto di estensione della garanzia stessa alla copertura contributiva, si associava la maggiore ampiezza temporale della solidarietà.

Vi era, soprattutto, che i campi di applicazione delle due regole non apparissero incompatibili, sicché poteva conseguentemente sostenersi che, per i lavoratori soggetti a esternalizzazione, le tutele in esse previste si sommassero. Vale a dire: costoro potevano godere della solidarietà, nel limite previsto dall'art. 1676, anche al di là dell'anno dalla cessazione e, soprattutto, pure per i crediti collegati al rapporto *diversi* da quelli retributivi (si pensi, ad esempio, ad un credito risarcitorio da demansionamento); "quanto è loro dovuto", secondo l'espressione contenuta nell'articolo 1676 stesso.

Questo avrebbe potuto far ritenere superflua la previsione *ad hoc*.¹²⁵⁰ Ma non era così. È vero, in proposito, che non convinceva l'interpretazione per la quale l'art. 32, secondo comma, vecchio testo, doveva intendersi indirizzato a tutti i lavoratori coinvolti nell'operazione traslativa, e quindi, a differenza di quanto prevede l'art. 1676, anche a coloro che non avevano fornito la loro attività per eseguire l'opera o il servizio, magari purché l'appalto riguardasse il settore d'attività trasferita.¹²⁵¹ Tale tesi, infatti, pur compatibile con l'ambivalente testo del decreto e della legge di delega, contrastava con palesi esigenze di ragionevolezza: che senso aveva riconoscere una garanzia *ulteriore* per i crediti correlati ad attività svolta *successivamente* al trasferimento del ramo d'azienda a lavoratori che tale attività non hanno prestato?

È però pur vero che proprio attraverso la previsione *ad hoc* si era eliminato il dubbio della prevalenza della norma speciale di cui all'art. 29, secondo comma, d.lgs. n. 276, rispetto a quella generale di cui all'art. 1676 c.c.

Tali questioni sono ormai superate dal d.lgs. n. 251/2004, che, si è visto, ha mutato la disciplina richiamando per la fattispecie dell'*appalto di ritorno* la normativa di cui al secondo comma (modificato) dell'art. 29 d.lgs. n. 276. La valenza normativa della regola è allora nell'applicare *in ogni caso* a tali appalti la disciplina prevista per i soli appalti di servizi.

trasferimento d'azienda, cit., 270; M.T. SALIMBENI, *Trasferimento d'azienda*, cit., 270; P. LAMBERTUCCI, *Modifica all' articolo 2112, comma 5*, cit., 470; I. ALVINO, *Riforma del mercato del lavoro: possibili ripercussioni sui processi di esternalizzazione*, in *ADL*, 2004, 286 ss.; M. ROCCELLA, *Manuale*, cit., 366; A. ANDREONI, *Impresa modulare, trasferimenti d'azienda, appalti interni*, cit., 211; A. MARESCA, *Modifica all'articolo*, cit., 386 ss.; M.G. GRECO, *op. loc. ult. cit.*; per l'opposta interpretazione, per cui, con riguardo all'appalto di servizi, è l'art. 29, secondo comma, a prevalere sull'art. 32, secondo comma, "onde evitare la segnalata illogicità del combinato disposto, che condurrebbe a considerare sottotutelate le ipotesi di esternalizzazione in senso stretto", cfr. L. CALCATERRA, *La tutela del lavoro negli appalti*, cit., 138.

¹²⁵⁰ In tal senso, infatti, P. LAMBERTUCCI, *Modifica all' art. 2112, comma 5*, cit., 469; M.G. GAROFALO, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, in *RGL*, 2003, I, 368, che in tale logica scrive di "vera e propria ipocrisia"; M.G. GRECO, *op. loc. ult. cit.*; indirettamente, R. DEL PUNTA, *Statuto dei lavori ed esternalizzazioni*, in *DRl*, 2004, 222.

¹²⁵¹ Cfr. F. SCARPELLI e A. RUSSO, *opp. loc. ult. cit.*; F. SCARPELLI, *Gli appalti successivi alla cessione del ramo d'azienda: il nuovo regime di solidarietà*, in *Note informative Cgil Milano e Lombardia*, 2004, n. 30, 57 ss.; *contra*, C. CESTER, *Il trasferimento d'azienda e di parte di azienda fra garanzie per i lavoratori e nuove forme organizzative dell'impresa*, cit., 270; A. MARESCA, *Modifica all' articolo*, cit., 386 ss.

Nel sottolineare come tale rafforzamento della tutela si giustifichi, *sub specie* dell'art. 3 cost., in ragione della particolare situazione di chi ha subito un processo di esternalizzazione che ha comportato il mutamento del datore di lavoro e su cui non ha potuto influire (v. § 2), devo però registrare i dubbi di costituzionalità che sono stati posti, con riguardo all' art. 29, secondo comma, cit. (vecchio testo), in riferimento all'art. 76 cost., per essere, la delega, limitata alla chiarificazione dei criteri distintivi tra appalto e interposizione, e per indicare indirettamente, attraverso il richiamo all'art. 1676 c.c., un tipo di garanzia e un'intensità diversa da quella adottata dal legislatore delegato.¹²⁵² Quest'ultimo profilo fa ora estendere il dubbio con riguardo al testo modificato dell'art. 2112, sesto comma, c.c.

12. Cenni alla tutela processuale del dipendente ceduto di pubblica amministrazione.

A norma dell'art. 31 d.lgs. n. 165/2001, fatte salve le disposizioni speciali, l'art. 2112 c.c. e le procedure di cui all'art. 47 cit. si applicano ai rapporti di lavoro del personale contrattualizzato in caso di trasferimento o conferimento di attività svolte da pubbliche amministrazioni, enti pubblici o loro aziende o strutture, ad altri soggetti, pubblici o privati. Vi è però l'art. 1, secondo comma, d.lgs. n. 276/2003, che esclude l'applicazione del decreto stesso, così creando problemi di coordinamento che del resto riguardano anche altri istituti e che già stanno affaticando gli interpreti.¹²⁵³

Qui ci limita a rilevare che la competenza giurisdizionale sulle controversie in materia compete al giudice ordinario (con il rito del lavoro), ex art. 63, primo comma, d.lgs. cit., e che dell'operazione traslativa dell'attività, da potersi considerare atto di macroorganizzazione (se non realizzata attraverso atto legislativo) e quindi sottratto alla capacità di diritto privato (art. 5, secondo comma, d.lgs. n. 165 cit.), il giudice ordinario conoscerà in via incidentale quale atto presupposto (art. 63, primo comma).¹²⁵⁴ Il giudice potrà emettere provvedimenti d' accertamento, costitutivi e condannatori (art. 63, secondo comma, anche secondo periodo).¹²⁵⁵ Per l'esecuzione di quest'ultimi, poi, si pongono le varie questioni sollevate più in generale per l'esecuzione delle decisioni giudiziali in materia di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni dopo l'avvenuta privatizzazione dei rapporti.¹²⁵⁶

La giurisdizione del giudice ordinario comprende poi, ai sensi del terzo comma dell'art. 63 stesso, le procedure ex art. 28 l. n. 300/1970 per violazione degli obblighi di informazione e consultazione.¹²⁵⁷

¹²⁵² Cfr. A. MARESCA, *Modifica all'articolo 2112 comma quinto, cit.*, 387; I. ALVINO, *op. loc. ult. cit.*

¹²⁵³ Sulle questioni varie in materia cfr., da ult., S. MAINARDI, D. CASALE, *Trasferimento di attività a soggetti pubblici o privati e passaggio di personale*, in AA. VV., *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci, V *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di F. Carinci e L. Zoppoli, Torino, 2004, 726 ss.; e ID., *Trasferimento di attività della Pubblica Amministrazione e passaggi di personale*, in QDLRI, 2004, n. 28, 165 ss., ed *ivi* riferimenti; adde C. ZOLI, *Finalità e campo di applicazione*, in AA. VV., *Il nuovo mercato del lavoro, cit.*, 7 ss.; F. BORGOGELLI, *Finalità e campo di applicazione*, in AA. VV., *La riforma del mercato del lavoro, cit.*, 39 ss., 44.

¹²⁵⁴ In materia cfr., da ult., In proposito cfr., da ult., D. BORGHESI, *La giurisdizione del giudice ordinario*, in AA. VV., *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci, V *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, cit.*, 1229 ss.

¹²⁵⁵ Da ult., *Aut. op. ult. cit.*, 1233 ss.

¹²⁵⁶ In proposito, da ult., *Aut. op. ult. cit.*, 1249 ss.

¹²⁵⁷ *Aut. op. ult. cit.*, 1237 ss.