

## Contributo allo studio della fattispecie del ramo di azienda (art. 2112, comma quinto, cod. civ.)\*

Marco Marazza

1. Evoluzione del mercato e “incertezza” del diritto nell’applicazione dell’art. 2112 cod. civ.	305
2. Le aspettative (deluse) di stabilizzazione della fattispecie del “ramo di azienda” a fronte della intensificazione dei processi di esternalizzazione (e della casistica giurisprudenziale).	306
3. Metodo sussuntivo (nell’ordinamento multilivello) e scomposizione della fattispecie “ramo di azienda”.	308
4. Azienda, ramo di azienda e attività economica organizzata (artt. 2112 e 2082 cod. civ.).	309
5. L’articolazione funzionalmente autonoma di un’attività economica organizzata.	310
5.1. segue: il ramo di azienda e l’autonomia funzionale “relativa” degli ordinamenti non originari.	312
5.2. segue: autonomia funzionale (relativa) del ramo ed elementi essenziali (personali, materiali e immateriali) del ciclo produttivo.	314
5.3. segue: autonomia funzionale e organizzazione gerarchica del lavoro.	315
5.4. segue: autonomia funzionale e servizi accessori.	316
6. Il requisito della “preesistenza” del ramo di azienda nella fattispecie di diritto interno e in quella comunitaria.	317
6.1. segue: la preesistenza come elemento della fattispecie riconducibile al concetto di “attività economica organizzata” (esistente o esistita).	319
6.2. segue: i risvolti applicativi della possibile rilettura del requisito della preesistenza sulla costituzione ad hoc del ramo di azienda e sulla sorte dei suoi servizi accessori.	319
7. Il problema della fattispecie del ramo di azienda nella disciplina dei cambi appalto (art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276 del 2003).	320

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 363/2018

## 1. Evoluzione del mercato e “incertezza” del diritto nell’applicazione dell’art. 2112 cod. civ.

L’esigenza di una puntuale perimetrazione della fattispecie giuslavoristica del “ramo di azienda” (art. 2112, comma quinto, cod. civ.), da sempre oggetto di un vivace dibattito scientifico<sup>1169</sup>, ha assunto una rilevanza indubbiamente crescente con la diffusione dei processi di esternalizzazione<sup>1170</sup> e, cioè, di quei fenomeni economici che prendono forma per effetto di un collegamento negoziale<sup>1171</sup> tra un trasferimento di ramo di azienda ed un conseguente contratto di appalto

<sup>1169</sup>Tra i diversi contributi dedicati al tema, se pur con tagli diversi, e comunque tutti da contestualizzare in ragione dell’anno di pubblicazione (se non altro, a partire dal 2003, per la significativa evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali), si vedano in ordine cronologico di pubblicazione i contributi di M. NOVELLA, *La Corte di Cassazione dopo la sentenza Amatori: autonomia funzionale e conservazione dell’identità del ramo d’azienda ceduto*, in *Labor*, n. 5, 2017; A. NICOLUSSI PRINCIPE, *Trasferimento di ramo d’azienda: ancora incertezze interpretative*, in *Arg. Dir. Lav.*, n. 1, 2016; G. CASIELLO, *Il trasferimento del ramo d’azienda. L’interpretazione “multilivello” degli elementi costitutivi della fattispecie*, in *Arg. Dir. Lav.*, n. 3, 2016; G. SANTORO PASSARELLI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d’impresa e di articolazione funzionalmente autonoma*, Torino, 2014; A. BOSCATI, *La controversa qualificazione del ramo d’azienda tra preesistenza “qualificata” ed autonomia funzionale stabile e già compiuta*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2, 2014; A. TURSI, *Cessione di ramo d’azienda: apparenti contrasti e preesistenti equivoci alla luce della giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1, 2014; P. TOSI, *La “Preesistenza” del ramo d’azienda tra Corte di Giustizia U.E. e Corte di Cassazione: il re ora è nudo*, in *Giur. It.*, n. 8-9, 2014; G. ZILIO GRANDI, *Art. 2112: Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d’azienda*, in *Codice della vendita* (a cura di V. BUONOCORE, A. LUMINOSO, C. MIRAGLIA), Milano, 2012; R. DE LUCA TAMAJO e M. T. SALIMBENI, *Il trasferimento di azienda*, in *I contratti di lavoro* (a cura di A. Vallebona), Torino, 2009; L. CORAZZA, *Trasferimento parziale d’impresa e autonomia organizzativa nel prisma della giurisprudenza europea, in Innovazione tecnologica, esternalizzazione dei servizi e professionalità*, in *Lav. Giur.*, Speciale, 2010; V. SPEZIALE, *Appalti e trasferimento di azienda*, in WP D’Antona n. 41/2006; R. ROMEI, *Il trasferimento di azienda e gli orientamenti della dottrina*, in AA.VV., *Trasferimento di ramo d’azienda e rapporto di lavoro – Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza (Quaderni di diritto del lavoro)*, n. 2, Milano, 2005; L. MENGHINI, *L’attuale nozione di ramo d’azienda*, in *Lav. Giur.*, n. 5, 2005; C. CESTER, *La fattispecie: la nozione di azienda, di ramo d’azienda e di trasferimento fra norma interna e norme comunitarie*, in *Scritti in onore di G. Suppiej*, Padova, 2005; id, *Il trasferimento d’azienda e di parte d’azienda fra garanzia per i lavoratori e nuove forme d’impresa: l’attuazione delle direttive comunitarie è conclusa?*, in *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, Milano, 2004; A. MARESCA, *L’oggetto del trasferimento di azienda e di ramo di azienda*, in *Trasferimento di ramo di azienda e rapporto di lavoro, Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza*, Milano, 2004; R. DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del trasferimento di ramo di azienda dal codice civile al decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003*, in *Mercato del lavoro e vincoli di sistema* (a cura di R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli), Napoli, 2004; P. LAMBERTUCCI, *Modifica all’art. 2112, comma 5, del Codice Civile, in La riforma del mercato del lavoro ed i nuovi modelli contrattuali* (a cura di E. Gragnoli e A. Perulli), Padova, 2004; C. ZOLI, *Il trasferimento d’azienda*, Torino, 2004; S. MAINARDI, *“Azienda” e “ramo d’azienda”: il trasferimento nel d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, in *Dir. Lav. Merc.*, 3, 2003; R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d’azienda e rapporti di fornitura*, in AA.VV. (a cura di R. De Luca Tamajo), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Napoli, 2002; M. MARAZZA, *Impresa ed organizzazione nella nuova nozione di azienda trasferita*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2001, 2; P. LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell’azienda*, Torino, 1999; R. ROMEI, *Cessione di ramo d’azienda e appalti, Relazione alle giornate di studio dell’AIDLAS*, in *GDLRI*, Trento, 1999; M. GRANDI, *Trasferimento d’azienda*, in *Enc. Giur. Treccani*, Vol. XXXI, 1995 (e aggiornata nel 2007); R. ROMEI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d’azienda Art. 2112*, in *Commentario al Codice Civile* (diretto da P. Schlesinger), Milano, 1993.

<sup>1170</sup> Per una ricostruzione anche storica del fenomeno delle esternalizzazioni, funzionale all’obiettivo di “far fare agli altri ciò che fanno meglio di noi”, offre interessanti spunti di riflessione l’indagine ISFOL pubblicata nel volume, a cura di M. Emanuele, *Il fenomeno delle esternalizzazioni in Italia: indagine sull’impatto dell’outsourcing sull’organizzazione aziendale, sulle relazioni industriali e sulle condizioni di tutela dei lavoratori*, collana Fondo Sociale Europeo, 2011, con i contributi di M. EMANUELE, S. DETTORI, M. DEIDDA.

<sup>1171</sup> R. DE LUCA TAMAJO, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d’azienda e rapporti di fornitura*, op. cit., pp. 61 ss.; M. NICOLOSI, *Le esternalizzazioni di attività produttive tra trasferimento di ramo d’azienda e appalto*, in *Il Diritto del mercato del lavoro*, 2004, n. 1-2, pp. 423 e ss. che si esprime in termini di tipicità sociale del contratto di esternalizzazione derivante da una sorta di collegamento negoziale caratterizzato dall’elemento sostanziale dell’unicità degli interessi perseguiti dai contraenti. Interessante notare che per la Suprema Corte l’interdipendenza dei contratti collegati produce una regolamentazione unitaria delle vicende relative alla permanenza del vincolo contrattuale, per cui essi “simul stabunt, simul cadent”. Ciò comporta che se un contratto è nullo, la nullità si riflette sulla permanenza del vincolo negoziale relativamente agli altri contratti.” (Cass. n. 21417 del 2014). Nell’ambito dei processi di esternalizzazione il principio può avere un impatto assai rilevante ove si consideri il possibile effetto che l’eventuale accertamento della illegittimità dell’appalto potrebbe avere anche sull’antecedente contratto di cessione del ramo di azienda. Ciò tenuto anche conto, ai fini pratici, dell’eventualità che il collegamento negoziale venga invocato per giustificare anche l’impugnazione (tardiva) delle modalità applicative dell’art. 2112 c.c. nel termine di decadenza (art. 32, comma 4°, legge n. 180 del 2010) previsto per la diversa rivendicazione di un fenomeno interpositorio.

mediante il quale il cessionario, utilizzando il ramo di azienda appena acquisito, si impegna ad erogare al cedente un servizio sino a quel momento autoprodotta da quest'ultimo.

C'è però da dire che all'esponentiale incremento della casistica dei trasferimenti di rami di azienda, e quindi (inevitabilmente) anche dei conseguenti pronunciamenti giurisprudenziali sia interni<sup>1172</sup> che comunitari<sup>1173</sup>, non ha ancora fatto seguito una soddisfacente stabilizzazione della definizione della fattispecie in questione (art. 2112, comma quinto, cod. civ; artt. 1 e 6 direttiva comunitaria 23 del 2001).

E ciò, a parere di chi scrive, impone alla comunità scientifica, per quanto comprensibilmente assorbita dalle consistenti novità legislative di questi ultimi anni, di segnalare che, pur in assenza di innovazioni normative (l'ultima è del 2003), persiste una grave situazione di incertezza del diritto destinata a pesare in modo rilevante, vista la centralità del tema in questione, sulla competitività del sistema economico del Paese.

## 2. Le aspettative (deluse) di stabilizzazione della fattispecie del “ramo di azienda” a fronte della intensificazione dei processi di esternalizzazione (e della casistica giurisprudenziale).

Le aspettative degli studiosi e degli operatori, a dire il vero, erano giustificatamente diverse.

Ed infatti, muovendo dall'assunto che la decisione imprenditoriale di cessare l'autoproduzione di un segmento della produzione, per poi acquistare i corrispondenti servizi da terzi, può legittimamente configurare i presupposti per la risoluzione (individuale o collettiva) di contratti di lavoro per motivi (cosiddetti) “economici”<sup>1174</sup>, l'intensificazione dei processi di esternalizzazione avrebbe dovuto (o, quanto meno, potuto) contribuire ad indirizzare in senso estensivo la ricostruzione della fattispecie del ramo di azienda.

Ciò muovendo dal presupposto che l'interesse primario che il diritto del lavoro aspira generalmente a tutelare, quello alla prosecuzione del rapporto, avrebbe in quella prospettiva potuto

<sup>1172</sup> Nel panorama della giurisprudenza nazionale le sentenze ad oggi più significative, e per questo ampiamente richiamate nel presente scritto, sono: Cass. n. 1769 del 2018; Cass. n. 22005 del 2017; Cass. n. 19034 del 2017; Cass. n. 1316 del 2017; Cass. n. 17366 del 2016; Cass. n. 5038 del 2016; Cass. n. 8210 del 2014; Cass. n. 21714 del 2012; Cass. n. 9558 del 2010; Cass. n. 21481 del 2009; Cass. n. 19740 del 2008. Nella giurisprudenza di merito si segnala, per complessità della motivazione e per aver consapevolmente aderito ad una soluzione interpretativa che si discosta da quanto affermato da alcune pronunce della Suprema Corte, Trib. Roma 5 marzo 2018 (1647/2018).

<sup>1173</sup> Nel panorama della giurisprudenza comunitaria le sentenze ad oggi più significative, e per questo ampiamente richiamate nel presente scritto, sono: CGUE, sentenza del 27 aprile 2017, nelle cause riunite C-680/15 e C-681/15, Asklepios Kliniken; CGUE, sentenza del 9 settembre 2015 nella causa C-160/14, João Filipe Ferreira da Silva e Brito e a.; CGUE, sentenza del 6 marzo 2014, C-458/12, Amatori ed a.; CGUE sentenza del 6 settembre 2011 nella causa C-108/2010, Ivana Scattolon contro Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca; CGUE, sentenza del 12 febbraio 2009 nella causa C-466/07, Landesarbeitsgericht Dusseldorf-Germania; CGUE, sentenza del 7 marzo 1996, nei procedimenti riuniti C-171/94 e C-172/94, Merckx e Neuhuys.

<sup>1174</sup> In quest'ottica si collocano molteplici decisioni che riconducono ad un giustificato motivo oggettivo di licenziamento la soppressione del posto connessa alla cd. esternalizzazione dell'attività a terzi (Cass., sez. un., n. 25201 del 2016; Cass. n. 18416 del 2013 Cass. n. 13021 del 2001; Cass. n. 6222 del 1998). Nel senso della non sindacabilità, nei suoi profili di congruità ed opportunità, della scelta imprenditoriale che abbia comportato la soppressione del settore lavorativo o del reparto o del posto cui era addetto il dipendente licenziato, sempre che risulti l'effettività e la non pretestuosità del riassetto organizzativo operato (Cass. n. 24235 del 2010; Cass. n. 15157 del 2011; Cass. n. 7474 del 2012; tra le recenti conformi: Cass. n. 18409 del 2016; Cass. n. 16544 del 2016; Cass. n. 6501 del 2016; Cass. n. 12242 del 2015; Cass. n. 25874 del 2014, queste ultime sempre in motivazione), anche con riferimento alla specifica decisione di esternalizzare l'attività cessata (Cass. n. 18416 del 2013). Per lo stato della dottrina e della giurisprudenza sul tema del licenziamento per giustificato motivo oggettivo si rinvia, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo* (a cura di A. Perulli), Torino, 2017.

essere più efficacemente soddisfatto proprio rafforzando il collegamento tra i rapporti di lavoro e l'attività oggetto di esternalizzazione (previa cessione di ramo di azienda, ai sensi dell'art. 2112 cod. civ.).

Per dirla in altri termini, non avrebbe destato meraviglia registrare un deciso orientamento degli interpreti verso una lettura più elastica ed inclusiva della fattispecie del trasferimento di ramo di azienda cui l'ordinamento, come a tutti noto, ricollega l'effetto del passaggio dei rapporti di lavoro dal cedente al cessionario. Magari bilanciata, soprattutto nei casi di esternalizzazione, da un più rigoroso controllo dei requisiti di legittimità dell'appalto genuino onde garantire la persistenza del rapporto di lavoro in capo al cessionario/appaltatore solo nel caso in cui il cedente/committente avesse inteso realmente, e non solo surrettiziamente, spogliarsi dell'organizzazione del segmento di ciclo produttivo esternalizzato<sup>1175</sup>. In ciò valorizzando, tra l'altro, le stesse potenzialità dei possibili effetti del collegamento negoziale (cfr. nota 4).

È però accaduto, a differenza delle attese, che la giurisprudenza coinvolta della questione ha invece soventemente inteso la cessione dei rami di azienda, anche e soprattutto nell'ambito di processi di esternalizzazione, alla stregua di una misura utilizzata dal mercato in modo alternativo alla riduzione del personale quale "*forma incontrollata di espulsione di frazioni*" dell'impresa "*non coordinate tra loro*"<sup>1176</sup>. Con ciò focalizzandosi non tanto sulle prospettive di tutela dell'interesse del lavoratore a seguire l'attività oggetto di cessione, ed a continuare pertanto il rapporto presso il cessionario, quanto, all'opposto, sulla possibilità di assecondare la sua aspettativa di restare alle dipendenze dell'imprenditore cedente (soprattutto se di maggiore consistenza economica rispetto al cessionario)<sup>1177</sup>.

<sup>1175</sup> Per completare la ricostruzione del perimetro dell'appalto genuino assai rilevante potrebbe risultare una più attenta valutazione della fattispecie dell'appalto a regia. Ed infatti, le intensificazioni del potere di istruzione possono qualitativamente incompatibili con lo schema negoziale dell'appalto nella misura in cui, entrando nel merito del contenuto intrinseco della prestazione dovuta dall'appaltatore, finiscono per rendere non più imputabile ad esso l'eventuale realizzazione di un'opera o un servizio non conforme alle attese (art. 1218 c.c.) e, quindi, anche per incidere sul profilo del rischio nel procedimento di qualificazione dell'appalto come legittimo o no. La giurisprudenza si è pronunciata in più occasioni in materia di contratto di appalto a regia, ove è stato correttamente evidenziato che l'appaltatore diventa un "*nudus minister*", e come tale è esente da responsabilità in caso di non conforme realizzazione dell'opera o di difetti della stessa, quando è l'esecutore di ordini del committente e quando quest'ultimo si è ingerito nell'esecuzione del lavoro con singole e specifiche direttive di esecuzione del contratto che, sovente, prendono forma nella gestione attiva, da parte del committente, della direzione dei lavori e nella erogazione di direttive che attengono nello specifico alle modalità esecutive di dettaglio dell'opera (Cass. n. 17606 del 2015; Cass. n. 25622 del 2011; Cass. n. 14945 del 2008; Cass. n. 2752 del 2005; Cass. n. 6754 del 2003; Cass. n. 7273 del 2003). Ciò al punto da indurre la dottrina a negare che tale rapporto, mancando l'autonomia organizzativa dell'esecutore, possa essere considerato un appalto (si vedano i contributi di: P. RESCIGNO, *Appalto*, in *Enc. Giur. Trecc.*, II, Roma, 1988). Significativa, in tal senso, è anche l'ampia e variegata casistica che si ricava con maggiori dettagli di fatto nella giurisprudenza di merito, ove la qualificazione dell'appaltatore come "*nudus minister*" discende quasi sempre dall'accertamento istruttorio di ingerenze del committente sul contenuto tecnico della prestazione dell'appaltatore (Trib. Monza, 21 giugno 2016; Trib. Frosinone, 26 febbraio 2016; Trib. Bari, 17 luglio 2015).

<sup>1176</sup> Cass. n. 22005 del 2017.

<sup>1177</sup> Un interesse forse inconsapevolmente alimentato, almeno nei casi in cui un passaggio di attività tra cedente e cessionario comunque esiste, anche dalla estrema complessità della disciplina del licenziamento collettivo le cui modalità applicative restano, ancora oggi, purtroppo esposte a rilevanti oscillazioni giurisprudenziali e incertezze applicative. Ad ogni modo, sulle interferenze tra disciplina del trasferimento di azienda e quella delle riduzioni del personale R. DE LUCA TAMAJO e M. T. SALIMBENI, op. cit., pp. 1821 e ss. osservano correttamente come *il passaggio al nuovo titolare dei lavoratori addetti al ramo ceduto a prescindere dal loro consenso e l'applicazione automatica della disciplina collettiva del cessionario in luogo di quella precedentemente applicata, risulta altresì sintomatica all'interesse del cedente di liberarsi agevolmente del fattore umano relativo al segmento aziendale ceduto, senza faticose trattative e senza affrontare i costi del licenziamento collettivo.*

Ne deriva che persiste una oggettiva e conclamata difficoltà dell'interprete nel mettere a fuoco i contorni della fattispecie giuslavoristica del ramo di azienda, probabilmente da spiegare alla luce della natura assai cangiante, e quindi anche inafferrabile, dell'interesse prevalente che l'ordinamento, con questo istituto, intende tutelare<sup>1178</sup>.

### 3. Metodo sussuntivo (nell'ordinamento multilivello) e scomposizione della fattispecie "ramo di azienda".

Pur consapevoli dei rischi derivanti dall'approccio eccessivamente formalistico che può connotare il metodo sussuntivo<sup>1179</sup>, ed anche convinti che la sistemazione definitiva di questa fattispecie postula necessariamente una migliore focalizzazione dell'interesse primario ad essa sotteso (il collegamento del rapporto di lavoro con l'attività produttiva o con il datore di lavoro?), lo scopo del presente saggio è più che altro quello di offrire un contributo alla ricostruzione della fattispecie del ramo di azienda anzitutto muovendo dalla scomposizione analitica dei suoi requisiti costitutivi: l'attività economica organizzata, il requisito della sua autonomia funzionale e, infine, la questione della eventuale preesistenza presso il cedente dell'oggetto della cessione (e, cioè, dell'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata). Onde

<sup>1178</sup> Può essere emblematico, solo per fare un esempio, notare la separazione dei percorsi argomentativi seguiti dalla giurisprudenza allorché si tratta di definire la fattispecie del ramo di azienda nell'ambito dei fenomeni di esternalizzazione (in presenza di un'azione giudiziale che sovente tende a contrastare l'effetto del passaggio del rapporto di lavoro al cessionario) e di cambio appalto (in presenza di un'azione giudiziale che, all'opposto della precedente, tende invece al riconoscimento del diritto del lavoratore al passaggio del rapporto al cessionario/appaltatore subentrante). Emblematico al riguardo l'approccio della giurisprudenza ai casi di cessione di ramo di azienda prevalentemente connotati da elementi personali. La Cassazione ha difatti ritenuto applicabile l'art. 2112 cod. civ. in un caso di cambio appalto laddove il compendio ceduto resti immutato *nell'attitudine all'esercizio dell'impresa* ed affermato, con riferimento ai servizi ausiliari presso le strutture sanitarie regionali, che *deve considerarsi trasferimento d'azienda anche l'acquisizione di un complesso stabile organizzato di persone quando non occorrono mezzi patrimoniali per l'esercizio dell'attività economica* (cfr. Cass. n. 7121 del 2016). Per altro verso sempre la Suprema Corte, nell'ambito di un processo di esternalizzazione, ha affermato che non ricorrono i presupposti di configurazione di un ramo di azienda per il trasferimento di un gruppo di dipendenti dotati di particolari competenze stabilmente coordinati ed organizzati tra loro, così da rendere le loro attività interagenti ed idonee a tradursi in beni e servizi ben individuabili, stante l'accertata insussistenza del trasferimento di un know how individuabile in una particolare specializzazione del personale trasferito (anzi esclusa) (cfr. Cass. n. 1769 del 2018).

<sup>1179</sup> Il metodo sussuntivo, come noto, conduce ad applicare la norma solo se, all'esito di un giudizio teoricamente rigido, vi è piena corrispondenza tra fattispecie astratta e fattispecie concreta (sul metodo sussuntivo come espressione di sillogismo aristotelico, C. TURCO, *Diritto Civile I*, Torino, 2014, pp. 15 e ss.). Ragionamenti ancora oggi di piena attualità sulla rigidità formalistica di tale meccanismo si possono leggere in L. MENGONI, *Le ragioni del diritto. Teoria ed esperienze applicative*, in *Scritti I, Metodo e Teoria Giuridica* (a cura di C. Castronovo, A. Albanese e A. Nicolussi), Milano, 2011, pp. 6 e ss. per il quale il ricorso a "processi logico-formali analoghi al calcolo matematico non è più sostenibile in una società disomogenea come quella attuale". Ma anche L. NOGLER, *Metodo Tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1990, I, pp. 182 e ss.; Id., *Metodo e casistica nella qualificazione dei rapporti di lavoro*, in *Gior. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991, pp. 107 e ss. per il quale il metodo sussuntivo presenta il vantaggio di semplificare il giudizio qualificatorio, riducendolo in sostanza ad un'operazione meccanica di sovrapposizione ...al prezzo di gravi svantaggi quali un'estrema rigidità del giudizio e la rimozione del momento valutativo che è intrinseco nel passaggio dal livello fattuale a quello normativo. Sul metodo tipologico come alternativa al metodo sussuntivo, R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1966, pag. 805. Diversamente dal metodo sussuntivo, il metodo tipologico introduce una componente finalistica nella valutazione, orientata in senso teleologico più che sillogistico e permette di legittimare situazioni operative frequentissime nella prassi, che pur non essendo identiche, sono accomunate da somiglianze di fondo, secondo la ricostruzione operata da P. POLLICE, *Appunti sulla parte generale del contratto*, Torino, 2014. Si vedano anche i contributi di G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, pp. 32 e ss.; G. DATTILO, *Tipicità e realtà nel diritto dei contratti*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1984, I, pag. 788. Convincente a parere di chi scrive l'approccio chiaro e misurato di R. ROMEI, *Tra politica e diritto: rileggendo "Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro"*, in *Massimo D'Antona: l'attualità di un pensiero*, a cura di P. Pascucci, Milano, 2009, p. 102, che tende a sfumare la contrapposizione tra metodo sussuntivo e tipologico evidenziando la necessaria presenza, anche nel primo, dell'attività valutativa dell'interprete.

verificarne, per ciascuno di essi, nella complessità dell'ordinamento multilivello, in questa materia ancora più evidente<sup>1180</sup>, sia il contenuto astratto che le possibili proiezioni concrete.

#### 4. Azienda, ramo di azienda e attività economica organizzata (artt. 2112 e 2082 cod. civ.).

Ai sensi dell'art. 2112, comma quinto, cod. civ., il ramo di azienda è in primo luogo (al pari dell'azienda) *“un'attività economica organizzata”* nella quale il termine *“organizzata”* sta contestualmente a indicare sia un modo di essere dell'attività (che è organizzata, nel senso che consta di più atti tra loro coordinati verso uno scopo) che la necessaria e qualificante esistenza di un'organizzazione strumentale al raggiungimento degli obiettivi che il titolare di quell'attività si è posto (la produzione o lo scambio di beni e servizi)<sup>1181</sup>.

Ciò lo si ricava dalla stretta interconnessione esistente tra l'art. 2112 cod. civ. e l'art. 2082 cod. civ. ai sensi del quale, come noto, l'imprenditore è colui che *esercita professionalmente un'attività economica organizzata (al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi)*. E, cioè, un'attività che si distingue quella che il lavoratore autonomo deduce nel contratto d'opera (art. 2222 cod. civ.) proprio perché si avvale, strumentalmente, di un *complesso di beni, materiali e/o immateriali, persone e rapporti giuridici* che può essere sinteticamente definito come *“organizzazione”*.

Il punto è che il contenuto di tale organizzazione è intrinsecamente variabile in quanto teleologicamente individuabile solo in funzione dello scopo in concreto perseguito dall'imprenditore con l'attività economica posta in essere. Ciò per dire che se l'organizzazione è quel complesso di beni, persone e rapporti giuridici idoneo ad esprimere una propria capacità produttiva il suo contenuto (più o meno materiale, immateriale e/o personale) va necessariamente definito avuto riguardo alla tipologia specifica di beni e servizi che l'imprenditore intende produrre o scambiare. Ond'è che, per tornare al nostro tema, il contenuto dell'organizzazione che ai sensi dell'art. 2112 cod. civ. qualifica l'azienda (attività economica organizzata), così come il ramo di azienda, è inevitabilmente destinato a variare in ragione dello scopo concreto perseguito da quell'attività<sup>1182</sup>.

<sup>1180</sup> Occorre prendere atto che non vi è perfetta coincidenza delle fattispecie tipizzate dal legislatore comunitario e dal legislatore nazionale. La fattispecie del trasferimento d'azienda così come delineata all'art. 2112, comma 5, c.c. non è difatti pienamente sovrapponibile alla medesima fattispecie così come definita dagli artt. 1 e 6 della Direttiva n. 23/2001 allorché, come si vedrà nel testo, l'art. 2112 c.c. definisce il ramo d'azienda come *“articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento”* mentre l'art. 1, Direttiva n. 23/2001, ponendo l'accento sulla configurazione del ramo nell'ambito dell'organizzazione del cedente, prevede che debba intendersi come trasferimento di esso *“quello di un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria”*. Ancora, risulta particolarmente degno di nota l'art. 6 della medesima Direttiva il quale, lasciando aperti ulteriori dubbi interpretativi, devolve agli Stati Membri il compito di adottare dei provvedimenti idonei a tutelare la rappresentanza dei lavori trasferiti *“qualora l'impresa, lo stabilimento o la parte di un'impresa o di uno stabilimento non conservi la propria autonomia”*.

<sup>1181</sup> Sulla definizione di attività economica organizzata: R. DE LUCA TAMAJO e M. T. SALIMBENI, op. cit., pp. 1829 e ss. secondo i quali l'attuale formulazione del 5o co. dell'art. 2112 cod. civ. contenente l'esplicita allusione all' *“attività”*, *consente di allentare ogni vincolo con il testo dell'art. 2555 c.c. e con il riferimento al complesso di beni organizzati dall'imprenditore (con tutto il carico di materialità normalmente da questi ultimi evocato)*; richiamando, piuttosto, *la definizione dell'art. 2082 c.c., purché tale attività si svolga nel contesto di una “organizzazione produttiva”*. Nello stesso senso: R. DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del trasferimento di ramo*, op. cit., pp. 571 ss nonché G. SANTORO PASSARELLI, op.cit., pp. 11 e ss. R. ROMELI, *Cessione di ramo d'azienda e appalti*, op. cit., pp. 343 e ss. pone invece l'attenzione sulla nozione di attività economica organizzata intesa principalmente *come insieme di mezzi organizzati. Pone l'accento sull'elemento dell'organizzazione dei mezzi* G. CASIELLO, op. cit., pp. 703.

<sup>1182</sup> Seppur ancora oggi la nozione di impresa ai sensi dell'art. 2082 cod. civ. debba ritenersi tutt'altro che pacifica, la dottrina sembra aver trovato un punto di arrivo nel considerarla come fattispecie di comportamento, qualificata per mezzo dei requisiti della

Si tratta, a ben vedere, di un'acquisizione largamente condivisa dal prevalente orientamento giurisprudenziale che, sia a livello nazionale che comunitario, tende di conseguenza a ribadire come il ramo di azienda abbia un contenuto industriale (*rectius* un'organizzazione) necessariamente variabile in ragione del tipo di produzione cui è funzionale e, persino (la precisazione non è affatto secondaria) del metodo di produzione<sup>1183</sup>.

Nella medesima logica sono da intendere quelle condivisibili pronunce per le quali, tenuto conto delle caratteristiche concrete dei beni o servizi prodotti, *“può configurarsi un trasferimento aziendale che abbia ad oggetto anche solo un gruppo di dipendenti stabilmente coordinati ed organizzati tra loro, la cui capacità operativa sia assicurata dal fatto di essere dotati di un particolare know how”*<sup>1184</sup>.

##### 5. L'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata.

Quanto detto aiuta a chiarire il contenuto della fattispecie “azienda” nell'art. 2112 cod. civ. (perché spiega il ridimensionamento, nella prospettiva giuslavoristica, della portata “materializzante” dell'art. 2555 cod. civ.) ma non è certamente sufficiente per inquadrare la fattispecie, sempre giuslavoristica, del “ramo di azienda”. Ai sensi dell'art. 2112 cod. civ., infatti, il prerequisite<sup>1185</sup> indispensabile di quella fattispecie, cui l'ordinamento riconduce l'effetto della cessione dei

---

professionalità ed economicità, che si materializza in un insieme complesso di atti funzionalmente collegati verso uno scopo (cosiddetta “attività”) ed esercitati tramite un'organizzazione che essa stessa crea. Per il dibattito sul punto, si vedano i contributi di: M. MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Padova, 2002, pp. 127 e ss.; F. GALGANO, *L'imprenditore*, Bologna, 1986, pag. 88; G. OPPO, *L'impresa come fattispecie*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1982, pp. 109 e ss., cui si deve la definizione di impresa come “fattispecie di comportamento”; dello stesso Autore, *Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1976, I, pp. 591 e ss.; M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di Vassalli, Torino, 1974, pp. 63-66; N. JAEGER, *Note critiche sull'inizio dell'impresa commerciale*, in *Riv. Soc.*, 1966, pag. 756. Sulla stretta correlazione tra l'art. 2112 cod. civ. e l'art. 2082 cod. civ., si consenta il richiamo al contributo di G. SANTORO PASSARELLI, op.cit., pp. 11 e ss. secondo cui *la nuova formulazione dell'art. 2112, comma 5, c.c. stabilisce che oggetto del trasferimento sia un'attività economica organizzata. [...] interpretata alla luce della definizione di impresa contenuta nella direttiva*. Nello stesso senso, R. DE LUCA TAMAJO e M. T. SALIMBENI, op. cit., pp. 1829 e ss., nonché R. DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del trasferimento di ramo*, op.cit., pp. 571 ss.

<sup>1183</sup> In tal senso è orientata anche la Corte di Giustizia laddove rileva che, per determinare la conservazione dell'identità del ramo ceduto, *si deve prendere in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione di cui trattasi, fra le quali rientrano in particolare il tipo d'impresa o di stabilimento in questione, la cessione o meno degli elementi materiali, quali gli edifici ed i beni mobili, il valore degli elementi materiali al momento del trasferimento, la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela, nonché il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione di tali attività. Questi elementi, tuttavia, sono soltanto aspetti parziali di una valutazione complessiva cui si deve procedere e non possono, perciò, essere valutati isolatamente* (cfr. CGUE, sentenza del 9 settembre 2015 nella causa C-160/14). Nello stesso senso: CGUE, sentenza del 12 febbraio 2009 nella causa C-466/07,

<sup>1184</sup> Sul punto, si veda la recente pronuncia della Corte Suprema n. 1769 del 2018 che, relativamente alla cessione di una linea composta da informatori medico – scientifici, ha ritenuto non configurabile il trasferimento di ramo di azienda *se non viene trasferito un gruppo di dipendenti dotati di particolari competenze stabilmente coordinati ed organizzati tra loro, così da rendere le loro attività interagenti ed idonee a tradursi in beni e servizi ben individuabili*. Know how che la Corte si spinge ad individuare anche con riferimento alla particolare specializzazione del personale trasferito. Il riferimento al know how sembra invece più correttamente riferito al gruppo di lavoro ed ai relativi modello di organizzazione in Cass. n. 1316 del 2017. Nello stesso senso, Cass. n. 11832 del 2014 la quale, sempre con riferimento ad una cessione di ramo di azienda a contenuto prevalentemente personale, ha escluso si potesse configurare la cessione di ramo d'azienda in quanto *non si trattava di un gruppo di dipendenti stabilmente coordinati ed organizzati tra loro, la cui capacità operativa fosse assicurata dal fatto di essere dotati di un particolare "know how"*.

<sup>1185</sup> In tal senso, qualificano l'autonomia funzionale come prerequisite indispensabile della fattispecie, Cass. n. 22005 del 2017, Cass. n. 1316 del 2017; Cass. n. 17366 del 2016; Cass. n. 8210 del 2014.

contratti di lavoro dal cedente al cessionario (art. 2112 cod. civ.), prima ed oltre la questione della preesistenza del ramo ceduto, è quello *dell'autonomia funzionale* del compendio ceduto<sup>1186</sup>.

Ne offre una nozione chiara, ma a parere di chi scrive eccessivamente piegata al contenuto della fattispecie concreta considerata, la giurisprudenza comunitaria nella misura in cui intende l'autonomia funzionale come riferita *"ai poteri riconosciuti ai responsabili del gruppo di lavoratori di organizzare il lavoro"*<sup>1187</sup>.

Il punto, a bene vedere, è che quella nozione di "autonomia funzionale", per quanto logicamente corretta, e con alcune precisazioni anche condivisibile (vedi *infra* al n. 5.1; 5.2; 5.3), può essere soddisfacente solo nei contesti organizzativi, non importa se a basso (servizi di pulizia) o alto (servizi informatici) valore aggiunto, per i quali l'elemento personale (il lavoro dell'uomo) assume un contenuto preponderante (rispetto ai beni materiali, ad esempio) nella qualificazione dei contenuti dell'attività economica organizzata. Potendo l'organizzazione del lavoro, di conseguenza, assurgere ad oggetto principale, se non proprio esclusivo, di valutazione del requisito dell'autonomia funzionale del ramo di azienda.

In verità, se l'attività economica è organizzata in vista del conseguimento di un obiettivo che richiede necessariamente anche un significativo apporto di beni e attrezzature materiali e/o immateriali (ad esempio, reti informatiche e software) è evidente che l'autonomia funzionale del ramo di azienda dovrà essere apprezzata non solo, come si legge nella giurisprudenza comunitaria, per una certa completezza della composizione della linea gerarchica delle risorse umane applicate ma anche, più in generale, per la presenza, nell'ambito del compendio oggetto di cessione, di una certa completezza degli ulteriori elementi (materiali e/o immateriali) essenziali del ciclo produttivo.

Da questo punto di vista va condiviso il principio giurisprudenziale per il quel non può costituire un ramo di azienda l'assemblaggio di frammenti del processo produttivo privi dell'autonomia necessaria alla produzione di beni e servizi<sup>1188</sup>. I beni e rapporti oggetto di cessione, per dirla in altri termini, devono presentare tra loro un rapporto di interdipendenza che li qualifichi,

<sup>1186</sup> Sul requisito dell'autonomia funzionale, si veda il contributo di R. DE LUCA TAMAJO e M. T. SALIMBENI, op. cit., pp. 1832 e ss. i quali sostengono che per autonomia funzionale debba intendersi una *coesione funzionale e organizzativa dell'attività ceduta, ma non anche una autonomia gestionale o amministrativa, né una indipendenza economico-commerciale o un'assoluta autonomia del risultato produttivo. Ciò che rileva è che il segmento aziendale separato dall'originaria organizzazione aziendale sia in grado di funzionare autonomamente e di produrre beni o servizi. Difatti una concezione del carattere quasi ontologico e comunque immutabile del ciclo produttivo potrebbe indebitamente comprimere la nozione di autonomia funzionale, la quale si caratterizza invece per essere mutevole e aperta alle più diverse opzioni organizzative, come tale ampiamente suscettibile di operazioni di disaggregazione in segmenti "funzionalmente autonomi"*. Nello stesso senso, R. DE LUCA TAMAJO, *La disciplina del trasferimento di ramo di azienda*, op. cit., pp. 571 e ss. Contra, si vedano i contributi di P. TOSI, op. cit., pp. 1950 e ss. nonché C. CESTER, op. cit., pp. 87-92, come si vedrà più nel dettaglio in seguito.

<sup>1187</sup> CGUE sentenza del 6 settembre 2011, C-108/2010. Ciò nel senso che "l'entità economica deve anteriormente al trasferimento godere di un'autonomia funzionale sufficiente, laddove la nozione di autonomia si riferisce ai poteri, riconosciuti ai responsabili del gruppo di lavoratori considerato, di organizzare in modo relativamente libero e indipendente il lavoro in seno a tale gruppo e, più specificamente, di impartire istruzioni e distribuire compiti ai lavoratori e ciò senza intervento diretto di altre strutture del datore di lavoro" CGUE sentenza del 6 marzo 2014, C-458/2012. Per la giurisprudenza interna si veda Cass. n. 10926 del 2014; Cass. n. 22125 del 2006.

<sup>1188</sup> Tra le altre, Cass. n. 11832 del 2014.



unitariamente considerati, in funzione dell'erogazione di un servizio chiaramente individuato e distintamente apprezzabile sul piano economico<sup>1189</sup>.

Il difficile, pur condividendo che il complesso ceduto per integrare la fattispecie del ramo di azienda ai sensi dell'art. 2112 cod. civ. non può *“rappresentare il prodotto dello smembramento di frazioni non autosufficienti e non coordinate tra loro, né una mera espulsione di ciò che si riveli essere pura eccedenza di personale”*<sup>1190</sup>, è più che altro capire quale sia, in concreto, il livello di autonomia produttiva che il complesso di beni, persone e rapporti di giuridici (l'organizzazione) deve esprimere e, cioè, quando quel complesso organizzato di cose, contratti e persone può essere considerato idoneo all'esercizio dell'impresa (e, quindi, alla produzione di beni e servizi).

#### 5.1. segue: il ramo di azienda e l'autonomia funzionale “relativa” degli ordinamenti non originari.

Il problema, per scendere più nel dettaglio, è quello di sapere se la fattispecie del “ramo di azienda” richiede che sia configurabile una *“piccola azienda”*, secondo una plastica e suggestiva definizione della Corte di Cassazione che lascerebbe intendere la necessità di una completa autonomia del compendio<sup>1191</sup>, o se, invece, diversamente, si possa fissare la soglia dell'autonomia funzionale del ramo ad un livello inferiore che imponga la presenza dei soli elementi strettamente essenziali del ciclo produttivo. Di modo che l'autonomia dell'entità ceduta debba essere obiettivamente apprezzabile, pur dovendosi tenere conto della sua destinazione che, normalmente, è quella di essere integrata nell'organizzazione del cessionario<sup>1192</sup>.

La seconda opzione interpretativa è, a mio avviso, largamente preferibile<sup>1193</sup>.

In primo luogo va detto che ad enfatizzare l'autonomia funzionale del ramo sino al punto di pretendere che si tratti di una piccola azienda autosufficiente si finisce, paradossalmente, per negare l'esistenza stessa della fattispecie giacché l'articolazione di un'impresa non potrà mai avere l'autonomia propria dell'impresa complessivamente considerata<sup>1194</sup>.

<sup>1189</sup> Cass. n. 4601 del 2015.

<sup>1190</sup> Per tutte Cass. n. 17207 del 2002; Cass. n. 15105 del 2002.

<sup>1191</sup> Tra le altre, Cass. n. 206 del 2004; Cass. n. 17207 del 2002; Cass. n. 15105 del 2002. Sul punto, si consenta il richiamo al contributo di P. TOSI, op. cit., pp. 1950 e ss. il quale, rifacendosi al summenzionato filone giurisprudenziale, riprende una definizione di autonomia funzionale risalente alla pronuncia della Suprema Corte n. 206 del 2004 tale per cui l'autonomia funzionale deve presentarsi *come una sorta di piccola azienda in grado di funzionare in modo autonomo, e che non deve rappresentare, al contrario, il prodotto dello smembramento di frazioni non autosufficienti e non coordinate tra loro, né una mera espulsione di ciò che si riveli essere pura eccedenza di personale*. Nello stesso senso, tale per cui l'autonomia funzionale del ramo ceduto deve ravvisarsi non solo sul piano produttivo ma estendersi anche al piano gestionale ed organizzativo, si veda C. CESTER, op. cit., pp. 87-92 nonché G. SANTORO PASSARELLI, op. cit., pp. 122 e ss.

<sup>1192</sup> Cass. n. 10128 del 2014.

<sup>1193</sup> In tal senso, P. LAMBERTUCCI, *Modifica all'art. 2112, comma 5*, op. cit., pag. 35 nonché G. SANTORO PASSARELLI, op. cit., pp. 17 e ss. Relativamente alla possibilità d'integrare il ramo d'azienda una volta ceduto, per questo Autore *la parte d'impresa può essere connessa, a seguito del trasferimento al resto dell'organizzazione del cessionario ma non può essere smembrata o frammentata, altrimenti verrebbe meno la possibilità di conservare l'identità dell'entità economica. In altre parole, nel caso del trasferimento di parte dell'impresa il cessionario può integrarla nella restante organizzazione di cui è titolare ma non frammentarla*.

<sup>1194</sup> E, comunque, anche per pregiudicare fortemente la ratio di fondo della disciplina in questione (il cui scopo, non va dimenticato, è pur sempre quello di garantire un legale tra il rapporto di lavoro ed il contesto produttivo ove l'attività lavorativa è prestata). Distingue il concetto di autonomia da quello di autosufficienza A. BOSCATI, op. cit.

Per altro verso, ricordato che per la direttiva comunitaria 23/2001 l'autonomia del ramo di azienda ceduto potrebbe indistintamente essere conservata, o no, dal cessionario<sup>1195</sup>, la stessa giurisprudenza comunitaria ha, da un lato, confermato che il cessionario deve essere in grado di procedere (successivamente alla data del trasferimento) agli adeguamenti e cambiamenti necessari alla continuazione dell'attività<sup>1196</sup>, e, dall'altro, proprio al fine di evitare le conseguenze pregiudizievoli (per i lavoratori) di un'eccessiva restrizione della fattispecie, ha precisato che la configurabilità del ramo di azienda postula l'esistenza di un nesso funzionale di interdipendenza e complementarità tra i fattori dell'organizzazione in modo che l'organizzazione, "anche se integrata", possa consentire al cessionario lo svolgimento di un'attività identica o "analoga" a quella svolta dal cedente<sup>1197</sup>.

Nel senso che il ramo ceduto possa essere considerato funzionalmente autonomo, se pur successivamente integrato da altri elementi dell'organizzazione del cessionario, si è più volte espressa anche la nostra giurisprudenza interna<sup>1198</sup> con la precisazione, purtroppo assai liquida, che i fattori mancanti non devono essere tali da alterare l'unità economica e funzione del complesso aziendale e che gli elementi ceduti, per le loro caratteristiche ed il loro collegamento funzionale, rendano comunque possibile lo svolgimento di una specifica attività imprenditoriale "senza integrazioni di rilievo da parte del cessionario"<sup>1199</sup>.

Se ne può ricavare che il concetto di autonomia del ramo di azienda, per quanto tutt'ora ancora sfuggente, non è da intendere in modo assoluto (come piena autosufficienza) ma relativo. E ciò sia perché nell'azienda cedente quella autosufficienza è sempre e comunque limitata dall'ovvio collegamento che, per definizione, sussiste fra ogni parte dell'impresa, sia perché, per altro verso, analogo collegamento è destinato, normalmente, a riprodursi nell'impresa cessionaria (ma anche, eventualmente, nel mercato per ciò che riguarda le integrazioni che il ramo potrebbe acquisire dall'esterno se destinato ad operare quale entità a sé stante).

L'autonomia funzionale che qualifica il ramo di azienda, in altri termini, può essere considerata relativa nel senso che questo requisito della fattispecie di cui all'art. 2112, comma quinto, cod. civ., può ritenersi soddisfatto anche se il compendio oggetto di cessione, per acquisire un reale e completo livello di autosufficienza produttiva (che, a questo punto, è concetto diverso da quello di autonomia funzionale), deve essere integrato (prima da servizi e strutture del cedente non comprese nel ramo e, poi, da quelle del cessionario).

Senza voler ingigantire la questione oltre il necessario, l'autonomia funzionale relativa che qui si teorizza può essere considerata una proiezione confermativa del ben più alto principio per il quale quando un ordinamento è costituito in base ad un altro ordinamento superiore (il cosiddetto

<sup>1195</sup> Con ciò risolvendosi ogni residuo dubbio circa la facoltà del cessionario di rimodulare il perimetro e l'organizzazione del ramo successivamente alla sua acquisizione. La direttiva 23/2001 contempla infatti l'ipotesi in cui l'entità economica oggetto di cessione conservi (art 6, commi 1) o meno (art 6, commi 4) la propria autonomia al momento della cessione e, cioè, l'ipotesi in cui compendio venga ceduto per essere poi significativamente adattato e integrato nella struttura (decisionale, organizzativa e financo produttiva) del cessionario. Quindi, anche completato di elementi esterni al suo perimetro. Nel senso che è necessario che sia conservata la struttura organizzativa specifica esistente presso il cedente di veda M. NOVELLA, op. cit., pp. 603 e ss.

<sup>1196</sup> CGUE sentenza del 27 aprile 2017, nelle cause riunite C-680/2015 e C-681/2015.

<sup>1197</sup> CGUE, sentenza del 9 settembre 2015, nella causa C-160/2014.

<sup>1198</sup> Si veda anche Cass. n. 17207 del 2002; Cass. n. 10993 del 1995; Cass. n. 123 del 1990; Cass. n. 5871 del 1981.

<sup>1199</sup> Cass. nn. 1769 del 2018; 11247 del 2016.

ordinamento originario), i due ordinamenti restano in connessione tra loro senza che si possa parlare di una *“vera e propria medesimezza”*. Da qui la possibilità che per l'ordinamento non originario, quello derivato, *“ricorrono gli estremi dell'autonomia, la quale, si noti bene, implica una indipendenza che però non è necessario sia assoluta, ma tollera tutta una serie di gradazioni”*<sup>1200</sup>.

## 5.2. segue: autonomia funzionale (relativa) del ramo ed elementi essenziali (personali, materiali e immateriali) del ciclo produttivo.

Nella prospettiva dell'autonomia funzionale *“relativa”* ora tracciata ciò che per la giurisprudenza sembra rendere funzionalmente autonomo il ramo di azienda è l'esistenza di elementi (persone e/o beni e/o rapporti giuridici) che, tra loro interconnessi, esprimono una capacità produttiva con riferimento ad una determinata tipologia di beni e servizi<sup>1201</sup>: la capacità di essere complessivamente strumentali, proprio grazie al loro collegamento (il cui contenuto è in concreto impresso dall'imprenditore cedente ed esprime un dato modello organizzativo<sup>1202</sup>), ad un tipo di attività imprenditoriale che il cessionario, con misurate ma non meglio precisate integrazioni, può proseguire con contenuti identici o anche solo analoghi<sup>1203</sup>.

Ond'è che se il ramo di azienda deve esprimere la *“capacità di provvedere ad un determinato scopo produttivo”* ma può a tal fine essere integrato, se pur in modo non rilevante (*“senza integrazioni di rilievo”*)<sup>1204</sup>, si potrebbe (e forse dovrebbe) ulteriormente esplicitare, proprio al fine di chiarire meglio quale sia il confine del *“rilevante”*, che il frammento di un'attività economica organizzata può essere qualificato alla stregua di un *“ramo di azienda”*, perché connotato da autonomia funzionale, se al suo interno sono presenti gli elementi essenziali del ciclo produttivo e, cioè, gli elementi (personali e/o materiali) direttamente strumentali al tipo di specifica e concreta attività imprenditoriale di cui il ramo di azienda vuole essere strumento.

Con ciò tendenzialmente allineando la nozione di autonomia che qualifica il ramo di azienda (art. 2112, comma quinto, cod. civ.) a quella che, almeno per parte della giurisprudenza, contraddistingue la (diversa e, forse, non meno travagliata<sup>1205</sup>) fattispecie dell'unità produttiva (art. 35 della legge n. 300 del 1970)<sup>1206</sup>.

<sup>1200</sup> S. ROMANO, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, p. 16.

<sup>1201</sup> La capacità del ramo di azienda di *“provvedere ad uno scopo produttivo con i propri mezzi”* e quindi *“di svolgere il servizio o la funzione cui risultava finalizzato nell'ambito dell'impresa cedente al momento della cessione”*, per Cass. nn. 1769 del 2018 e 1316 del 2017.

<sup>1202</sup> Un *“metodo di produzione o di gestione”*, anch'esso rilevante per la valutazione degli elementi qualificanti del ramo di azienda, per usare la terminologia di CGUE C-160/2014.

<sup>1203</sup> In questo, soprattutto CGUE, sentenza del 9 settembre 2015, nella causa C-160/2014.

<sup>1204</sup> Per tutte si veda Cass. nn. 1769 del 2018 e 1316 del 2017.

<sup>1205</sup> Interessante l'evoluzione della nozione di unità produttiva anche nell'ambito della disciplina degli ammortizzatori sociali (art. 4, d.lgs 148/2015) ove con la circolare n.9/2017 l'INPS ha ritenuto che l'unità produttiva si caratterizza l'organizzazione autonoma e, cioè, per lo svolgimento nelle sedi, stabilimenti, filiali e laboratori distaccati, di un'attività idonea a realizzare l'intero ciclo produttivo o una sua fase completa, unitamente alla presenza di lavoratori in forza in via continuativa.

<sup>1206</sup> Ed infatti, con riferimento all'autonomia dell'unità produttiva (art. 35 della legge n. 300 del 1970) la giurisprudenza ha giustamente precisato che *“non è indispensabile che nella singola unità, perché possa qualificarsi come autonoma, debbano essere riprodotte tutte le strutture organizzative dell'intera azienda, essendo invece sufficiente che in esso si realizzassero condizioni imprenditoriali attraverso l'utilizzo di un complesso di beni organizzato - tali da esaurire ivi una frazione o un momento del ciclo produttivo”*. Interessante anche notare come per questa giurisprudenza l'autonomia dell'unità produttiva *non postula necessariamente l'esistenza di un soggetto ad essa preposto dotato di poteri rappresentativi ...e non rileva neppure la sussistenza di una unitaria direzione aziendale. Poiché la realizzazione di un medesimo risultato può essere scomposta in una pluralità di fasi (id est esecuzione di lavori), ciascuna realizzata da un diverso complesso organizzativo*, Cass. n. 21714 del 2012. L'orientamento giurisprudenziale è stato accolto e confermato anche dal

### 5.3. segue: autonomia funzionale e organizzazione gerarchica del lavoro.

In questa prospettiva che tende a perimetrare il contenuto minimo del ramo di azienda tramite il concetto della “diretta strumentalità” di cui ora si è detto dovrebbero, anzitutto, risultare indifferenti alla fattispecie (perché incredibili da parte del cedente e destinati ad essere integrati dal cessionario) i centri decisionali strategici, o comunque superiori, cui la guida operativa del ramo di azienda deve relazionarsi, sia presso il cedente che presso il cessionario, onde partecipare armoniosamente al più ampio disegno organizzativo e produttivo dell’intera impresa.

Qualsiasi parte di azienda non può che rispondere al titolare dell’attività economica organizzata complessivamente intesa (all’imprenditore) e partecipa ad un’organizzazione gerarchica piramidale (art. 2086 cod. civ.) che persegue un fine eccedente quello dei singoli “rami” di cui l’attività economica organizzata si può comporre.

Se, come detto, l’autonomia del ramo di azienda corrisponde all’autonomia, ben graduata e graduabile per contenuti e intensità, degli ordinamenti non originari<sup>1207</sup> va coerentemente detto che la tendenziale uniformità dei processi economico-organizzativi (a partire da quelli relativi alla gestione finanziaria, alla articolazione dei conti economici ed alle tecniche di gestione del lavoro) decisa dall’imprenditore per l’intero perimetro della sua organizzazione (l’ordinamento sovraordinato) nulla ha a che vedere con l’autonomia funzionale dei rami che possono comporre l’azienda (gli ordinamenti derivati).

L’unico centro decisionale rilevante per la fattispecie del ramo di azienda che qui si considera, semmai, è, e deve restare, quello operativamente riferito alle sue specifiche attività e, di conseguenza, all’organizzazione (se pur nella prospettiva di dare attuazione ad un programma da altri definito) delle persone, dei beni (materiali e immateriali) e dei servizi strumentali al circoscritto fine imprenditoriale perseguito da quella specifica articolazione dell’impresa.

Per dirla con le parole dei giudici comunitari, che sembrano in questo modo voler puntare il requisito dell’autonomia proprio alla sfera operativa delle attività del ramo, quella per l’appunto riconducibile al funzionamento del suo ciclo produttivo essenziale, la nozione di autonomia *si riferisce ai poteri, riconosciuti ai responsabili del gruppo di lavoratori considerato, di organizzare in modo relativamente libero e indipendente il lavoro in seno a tale gruppo e, più specificamente, di impartire istruzioni e distribuire compiti ai lavoratori e ciò senza intervento diretto di altre strutture del datore di lavoro*<sup>1208</sup> e, cosa ancora più rilevante, non può essere messa in discussione

Ministero del Lavoro con l’interpello del 13/06/2006, Prot. n. 25/l/0000497, secondo cui: “Nel silenzio della norma, il concetto di “unità produttiva” (art. 35, L. n. 300/1970) deve essere ricavato con riferimento al consolidato orientamento giurisprudenziale (di legittimità e costituzionale) che considera tale qualsiasi articolazione autonoma dell’impresa, che sia idonea ad espletare, in tutto o in parte, l’attività di produzione di beni o di servizi costituente l’oggetto sociale aziendale e quindi che risulti dotata, oltre che della necessaria autonomia, anche di tutti gli strumenti sufficienti e necessari allo svolgimento della funzione produttiva dell’impresa”. Sul rapporto tra autonomia dell’unità produttiva e del ramo di azienda C. CESTER, *Trasferimento di azienda e rapporti di lavoro*, op. cit., p. 509.

<sup>1207</sup> S. ROMANO, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983, p. 17.

<sup>1208</sup> CGUE sentenza del 6 marzo 2014, C-458/2012; CGUE sentenza del 6 settembre 2011, C-108/2010. Nella giurisprudenza interna “elemento dell’organizzazione intesa come legame funzionale che rende le attività dei dipendenti appartenenti al gruppo interagenti tra di esse e capaci di tradursi in beni e servizi ben individuabili” (Cass. n. 10926 del 2014; Cass. n. 22125 del 2006).

dal fatto che il datore di lavoro imponga a tale gruppo di lavoratori obblighi precisi e eserciti, pertanto, un'ampia influenza sull'attività del medesimo<sup>1209</sup>.

Può essere emblematica, per dare una proiezione applicativa di quanto si vuole dire, la fattispecie concreta della filiale di una banca<sup>1210</sup>, comprensiva della sua organizzazione gerarchica del lavoro, al pari di quella (forse più incerta) dell'aeromobile ceduto con il suo equipaggio<sup>1211</sup>. Entità organizzative qualificate (o qualificabili) alla stregua di rami di azienda, pur esprimendo un'autonomia meramente operativa che il responsabile del gruppo di persone coinvolto (il direttore di filiale piuttosto che il comandante) esercita nell'ambito di regole e procedure definite ad un livello decisionale superiore.

#### 5.4. segue: autonomia funzionale e servizi accessori.

Sempre nella prospettiva del principio della "diretta strumentalità" non dovrebbero concorrere alla qualificazione dell'autonomia funzionale del ramo di azienda i servizi meramente accessori rispetto al ciclo produttivo del compendio e, cioè, quei servizi trasversali – perché funzionali ad una pluralità differenziata di attività economiche (servizi del personale, legali, contabili, ecc..) - che non qualificano l'attività produttiva del ramo di azienda ma, più semplicemente, la sostengono dall'esterno.

Si tratta, infatti, di servizi solo mediamente connessi all'oggetto produttivo del compendio che, a loro volta, possono essere espressione di un autonomo e ben distinto ciclo produttivo e che, almeno per parte significativa, potrebbero anche essere acquistati da fornitori esterni. Servizi, per dirla in altri termini, che devono rispondere al centro decisionale operativo del ramo ma che non entrano a fare parte del suo ciclo produttivo essenziale.

Non è importante, per entrare nel vivo della casistica giurisprudenziale, che il ramo ceduto sia privo delle strutture che contribuiscono all'organizzazione del lavoro, ad esempio rilevando le presenze e giustificando le assenze<sup>1212</sup>, perché queste strutture non qualificano in alcun modo il ciclo produttivo ma, piuttosto, lo sostengono dall'esterno affiancando il vertice operativo<sup>1213</sup>.

Per altro verso, non sembra invece possibile ritenere che la fattispecie sia configurata quando il compendio sia stato ceduto, ad esempio, senza i sistemi informatici che ne avevano consentito il funzionamento presso il cedente giacché in mancanza di essi il resto dei beni che compongono il

<sup>1209</sup> Esattamente in questi termini, CGUE sentenza del 6 settembre 2011, C-108/2010. Non sembra coerente con questi principi quanto si legge in Cass. n. 1316 del 2017 nella parte in cui viene enfatizzata, per comprovare l'assenza di autonomia organizzativa del ramo, la gestione centralizzata, anche dettagliata, delle procedure operative. Per R. DE LUCA TAMAJO e M. T. SALIMBENI, op. cit., pp. 1828 e ss. è richiesta *una coesione funzionale e organizzativa dell'attività ceduta ma non anche una autonomia gestionale o amministrativa, né una indipendenza economico-commerciale o un'assoluta autonomia del risultato produttivo*.

<sup>1210</sup> Cass. n. 18258 del 2014; n. 13726 del 2007.

<sup>1211</sup> CGUE 9 settembre 2015, C 160-2014, che riguarda il passaggio di quattro aeromobili avvenuto contestualmente all'assunzione di alcuni dipendenti ed alla acquisizione di alcune apparecchiature di ufficio.

<sup>1212</sup> Requisiti invece valorizzati, in modo a parere di chi scrive non convincente, da Cass. n. 1316 del 2017 che mette in discussione l'esistenza di autonomia funzionale perché il ramo di azienda operava secondo procedure definite a livello centralizzato così come centralizzati erano i processi di gestione delle spese per trasferte e rimborsi. Ciò pur avendo la medesima sentenza, da questo punto di vista correttamente, evidenziato come l'autonomia funzionale del ramo fosse carente perché la cessione non aveva riguardato i programmi informativi necessari per lo svolgimento dell'attività ceduta (e rimasti nella disponibilità del cedente).

<sup>1213</sup> In altri termini, si tratta servizi la cui assenza è del tutto irrilevante se nel ramo sono comunque presenti i centri decisionali operativi essenziali. In senso diverso Cass. n. 8210 del 2014 che ha escluso l'applicabilità dell'art. 2112 cod. civ. *in quanto il segmento ceduto era composto da un nucleo privato di ogni funzione decisoria e diversa da quella meramente operativa*.

compendio non è in grado di esprimere alcuna capacità produttiva<sup>1214</sup>. È ciò, ovviamente, per guardare anche la componente personale o comunque più immateriale dell'organizzazione, vale anche per quanto riguarda le professionalità ed il *know how* essenziali, perché direttamente strumentali, al completamento del ciclo produttivo del ramo di azienda.

## 6. Il requisito della “preesistenza” del ramo di azienda nella fattispecie di diritto interno e in quella comunitaria.

È noto che con l'entrata in vigore dell'art. 32, comma 1, del d.lgs. n. 276 del 2003 l'art. 2112 cod. civ. (nel testo all'epoca risultante all'esito delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 18 del 2001) è stato ulteriormente emendato ed il ramo di azienda, che fino a quel momento doveva essere “*preesistente come tale al trasferimento*” e conservare “*nel trasferimento la propria identità*”, dalla riforma del 2003 è identificato “*come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento*”.

L'innovazione legislativa, per quanto ad una prima lettura chiara, non ha sortito gli effetti attesi da chi ne sosteneva (e tutt'ora sostiene) un'interpretazione letterale<sup>1215</sup> ed il requisito della preesistenza del ramo, soprattutto in ragione di quanto previsto dalle fonti comunitarie, ha dunque continuato a trovare ampi riscontri negli orientamenti della giurisprudenza<sup>1216</sup>.

Ed in effetti va chiaramente detto, come del resto più volte ricordato dalla giurisprudenza comunitaria<sup>1217</sup>, che ai sensi dell'art. 1 della direttiva n. 23 del 2001 è considerato trasferimento di azienda quello che ha ad oggetto un'entità economica “*che conserva la propria identità*” (e che, dunque, esiste anche prima del trasferimento) e che sia dotata di una forma di autonomia che può essere conservata o meno dal cessionario per effetto del trasferimento (art. 6 direttiva 23/2001). Con ciò risultando comunque confermato l'elemento della preesistenza giacché il tema della conservazione o no, sia dell'identità (art. 1, direttiva 23/2001) che dell'autonomia (art. 6, direttiva 23/2001) del ramo, postula, necessariamente, la preesistenza del compendio ceduto presso il cedente.

Ciò non di meno sempre per la Corte di Giustizia “*l'art. 1, paragrafo 1, lett. a) e b), della direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001, ..., deve essere interpretato nel senso che non osta ad una normativa nazionale..., la quale, in presenza di un trasferimento di una parte di impresa, consenta la successione del cessionario al cedente nei rapporti di lavoro nell'ipotesi in cui la parte di impresa in questione non costituisca un'entità economica funzionalmente autonoma preesistente al suo trasferimento*”<sup>1218</sup>.

<sup>1214</sup> Cass. n. 19034 del 2017; Cass. n. 1316 del 2017; Cass. n. 8210 del 2014. Il caso concreto sotteso alla prima delle due sentenze citate è lo spunto per le riflessioni di M. NOVELLA, op. cit. In senso diverso si è invece espresso Trib. Roma, 5 marzo 2017, cit., che sembra ridimensionare la circostanza che il cessionario abbia continuato ad operare facendo uso dei sistemi informatici della cedente.

<sup>1215</sup> P. TOSI, op. cit., pp. 1950 e ss.

<sup>1216</sup> Sul requisito della preesistenza, si veda: G. SANTORO PASSARELLI, op. cit., pp. 18 e ss. per il quale *il requisito della preesistenza dell'articolazione autonoma, previsto dal legislatore del 2001 era sicuramente utile a scoraggiare pratiche elusive delle parti ma logicamente non aggiungeva nulla alla autonomia dell'articolazione. Infatti un'articolazione per essere funzionalmente autonoma al momento del trasferimento deve essere necessariamente preesistente. Perciò sotto il profilo dell'autonomia dell'articolazione, l'art. 32 riferito al trasferimento di parte dell'azienda, nonostante la diversità di formulazione, non può essere interpretata con un significato diverso da quello della disposizione precedente*”. Contra, R. DE LUCA TAMAJO e M. T. SALIMBENI, op. cit., pp. 1834 e ss.

<sup>1217</sup> CGUE, 6 marzo 2014, C-458/12; CGUE, 6 settembre 2011. C-108/10.

<sup>1218</sup> CGUE, 6 marzo 2014, C-458/12; Cass. n. 4601 del 2015.

Ne deriva, pertanto, che il legislatore italiano ben avrebbe potuto escludere il requisito della preesistenza, e quindi ampliare la fattispecie, proprio al fine di rafforzare il legame tra rapporto di lavoro e attività produttiva (piuttosto che con il datore di lavoro cedente attività). Scelta di politica del diritto che sarebbe risultata peraltro razionale alla luce della evoluzione della nozione di motivo economico di licenziamento, individuale e collettivo, di cui sé detto in principio (vedi n. 2).

Ciononostante per l'orientamento prevalente della Cassazione ai sensi dell'art. 2112 cod. civ. il ramo di azienda è un'entità che conserva la propria identità nel trasferimento e ciò presuppone *“una preesistente realtà produttiva autonoma e funzionalmente esistente”*<sup>1219</sup>.

L'orientamento maggioritario, in altri termini, ribadisce che la fattispecie di diritto interno presuppone una preesistente realtà produttiva autonoma con la conseguenza che il ramo di azienda non può essere identificato come tale in occasione del trasferimento dalle parti nel negozio traslativo<sup>1220</sup> perché non potrebbe essere nel trasferimento “conservato” quel che non c'è<sup>1221</sup> e perché non sarebbe consentito all'autonomia privata del cedente e del cessionario disporre degli effetti inderogabili dell'art. 2112 cod. civ.<sup>1222</sup>.

Il legislatore italiano, dunque, con la riforma del 2003 non sarebbe intervenuto, pur teoricamente potendo, con il fine di allargare l'ambito della fattispecie comunitaria della cessione di ramo giacché, si legge espressamente nella giurisprudenza, la legge delega n. 30 del 2003 aveva delegato il governo a rivedere l'art. 2112 cod. civ. con il fine di completare l'adeguamento della disciplina interna a quella comunitaria e, quindi, non con l'obiettivo di estenderne la portata<sup>1223</sup>.

L'argomentazione, per quanto autorevole, è sinceramente poco convincente.

A tacere d'altro, non considera il fatto che l'art. 1, comma 2, lettera p), della legge n. 30 del 2003 delegava il governo ad effettuare la revisione del decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 18, nel rispetto, tra l'altro, del criterio direttivo della *“previsione del requisito dell'autonomia funzionale del ramo di azienda nel momento del suo trasferimento”* e, quindi, la legge delega in verità appare compatibile con un intervento del legislatore delegato che per la verifica del requisito dell'autonomia funzionale del compendio aziendale punta l'attenzione, più che su ciò che preesiste presso il cedente, sulla realtà organizzativa prefigurata dalle parti al momento del perfezionamento dell'atto di cessione.

Ond'è che la legge delega sembrava aver proprio delegato al Governo il compito di rivedere, come poi è stato fatto, l'ambito di esercizio dell'autonomia negoziale di cedente e cessionario se pur, bene inteso, con riguardo al solo requisito della preesistenza e senza in alcun modo voler affidare all'accordo di cessione la possibilità di disporre degli effetti che l'art. 2112 cod. civ. ricollega al trasferimento di un'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata.

<sup>1219</sup> Cass n. 22005 del 2017; Cass. n. 2266 del 2017; Cass. n. 5038 del 2016.

<sup>1220</sup> Cass. n. 1769 del 2018; Cass. n. 8757 del 2014; Cass. n. 20422 del 2012; Cass. n. 8066 del 2011.

<sup>1221</sup> Sul punto anche Cass. n. 21697 del 2009.

<sup>1222</sup> Cass. n. 17366 del 2016. Ma sulla questione della indisponibilità degli effetti da parte dell'autonomia privata si veda quanto precisato più avanti nel testo e anche al punto n. 6.2. che segue.

<sup>1223</sup> Cass. n. 17366 del 2016, ciò in quanto *la normativa nazionale non è stata rimodellata con il fine di allargare l'ambito della fattispecie astratta della cessione di ramo d'azienda rispetto alla nozione adottata in sede comunitaria*, ma avendo come fine dichiarato il completo adeguamento della disciplina vigente alla normativa comunitaria.

6.1. segue: la preesistenza come elemento della fattispecie riconducibile al concetto di “attività economica organizzata” (esistente o esistita).

In verità, a non voler seguire la soluzione argomentativa giurisprudenziale piuttosto forzata di cui qui sopra si è dato conto, il requisito della preesistenza può essere spiegato in tutt'altro modo perché si può ricavare dal fatto che la fattispecie astratta di riferimento, il ramo di azienda, è un'attività (“attività economica organizzata”) connotata da autonomia funzionale e non, invece, un complesso di beni e persone inerte.

Non si tratta, per dirla altrimenti, di un complesso di elementi solo astrattamente collegati o collegabili tra loro nell'ambito del negozio traslativo che ne determina la circolazione<sup>1224</sup>. Il ramo di azienda, piuttosto, è un'attività esistente, perché viva al momento della cessione o, al limite, esistita, perché cessata e da riprendere<sup>1225</sup>, che abbia espresso un livello di autonomia funzionale (vedi *infra* ai nn. 5 e seguenti) oggettivamente dimostrato prima del trasferimento e, proprio per tale ragione, per rafforzare la prospettiva di tutela del lavoratore<sup>1226</sup>, preesistente<sup>1227</sup>.

6.2. segue: i risvolti applicativi della possibile rilettura del requisito della preesistenza sulla costituzione ad hoc del ramo di azienda e sulla sorte dei suoi servizi accessori.

Il che, anzitutto, porta a concludere nel senso che – nei termini qui di seguito specificati - non dovrebbe affatto essere precluso all'autonomia negoziale del cedente e del cessionario qualificare come ramo di azienda una struttura creata *ad hoc* per essere ceduta<sup>1228</sup>.

Ciò, bene inteso, a condizione che l'entità individuata dalle parti per essere ceduta sia un'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata e non emerga astrattamente dal negozio traslativo contestualmente alla sua efficacia. Essendo invece quanto meno necessario che quell'entità, se pur in esecuzione di un programma negoziale condiviso, sia stata preventivamente oggetto, presso il cedente e per un arco di tempo apprezzabile, di una concreta

<sup>1224</sup> Nel senso che non è sufficiente un'idoneità all'esercizio dell'attività di impresa solo teorica o potenziale, Cass. n. 2266 del 2017; Cass. n. 5038 del 2016.

<sup>1225</sup> Si veda la recente pronuncia del Tribunale di Firenze che ha sancito l'applicabilità dell'art. 2112 cod. civ. in quanto *l'attività svolta dalle due società è risultata la medesima ed è proseguita nei medesimi locali. Difatti, il criterio decisivo per stabilire se si configuri un trasferimento d'azienda consiste nella circostanza che l'entità in questione conservi la propria identità, la quale risulta in particolare dal fatto che la sua gestione sia stata effettivamente proseguita o ripresa (sentenza 7 marzo 1996, cause riunite C-171/94 e C172/94),* crf. Tribunale di Firenze, sentenza del 22 marzo 2017. Nello stesso senso, Cass. n. 21481 del 2009; Cass. n. 19740 del 2008.

<sup>1226</sup> M. NOVELLA, op. cit., p. 610, ove si legge che la più efficace tutela del lavoratore si realizza quando egli abbia la possibilità di seguire le sorti di un ramo di azienda di cui sia già stata sperimentata l'idoneità a svolgere un'attività produttiva.

<sup>1227</sup> Interessanti sul punto alcuni passaggi argomentativi in G. SANTORO PASSARELLI, op.cit., pp. 11 e ss. secondo cui *si può affermare ragionevolmente che oggetto del trasferimento non sia più il complesso dei beni potenzialmente idonei all'esercizio dell'impresa, ossia l'azienda inerte, ma l'impresa intesa come organizzazione e attività e più precisamente un'organizzazione in funzione*; A. NICOLUSSI PRINCIPE, op. cit., pp. 175 e ss. secondo il quale *l'elemento della preesistenza impone di testare le caratteristiche della funzionalità dell'azienda o di parte dell'azienda già prima della sua cessione. Non basta dunque la mera capacità potenziale dell'entità oggetto di cessione ad operare come azienda*; C. CESTER, op. cit., p. 264 secondo il quale *l'autonomia funzionale di un'attività economica organizzata deve essere valutata relativamente ad una sua oggettività sussistenza e misurabilità esterna.*

<sup>1228</sup> Nei termini qui proposti l'autonomia negoziale di cedente e cessionario non può affatto disporre degli effetti, inderogabili, che l'art. 2112 cod civ. riconduce solo alla fattispecie in quanto resta ben fermo il principio che giammai il ramo di azienda potrà coincidere con il *nomen iuris* attribuito alle parti all'oggetto del negozio traslativo. Al contrario, resta ben saldo il principio per quale il ramo di azienda deve essere apprezzabile da un punto di vista oggettivo, come ben scrive M. NOVELLA, op. cit., p. 605.



attività imprenditoriale<sup>1229</sup>. Donde abbia concretamente potuto esprimere il livello di autonomia funzionale richiesto dalla legge<sup>1230</sup>.

A ragionare in questo modo, del resto, per un verso, si asseconda la finalità di tutela che la disposizione persegue, nella misura in cui il rapporto di lavoro è trasferito al cessionario a condizione che sia parte di un'entità economica che ha in concreto già espresso una sua capacità produttiva, e, per altro verso, affatto secondario, è anche possibile attribuire un senso alla novella del 2003 che ha modificato il testo dell'art. 2112 cod. civ., per l'appunto, prevedendo che il ramo può essere identificato *“come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento”*.

Sotto un diverso profilo la ridefinizione del contenuto e della portata del requisito della preesistenza qui ipotizzata aiuta anche a risolvere l'annoso dubbio che riguarda la possibilità o meno di ricomprendere nel ramo di azienda ceduto le risorse occupate dal cedente nei servizi accessori al ramo.

Giacchè se è vero quanto sopra detto (vedi sopra al n. 5.4) circa il fatto che i servizi accessori non dovrebbero, in quanto tali, essere considerati come elementi qualificanti del ramo (in ragione della loro natura trasversale e non qualificante il ciclo produttivo del ramo ceduto) è anche vero, d'altro canto, che le risorse prevalentemente dedicate alle attività accessorie di quello specifico ramo ne entrano in qualche modo a fare parte, secondo la logica del requisito della preesistenza, perché la loro attività risulta funzionalmente collegata, in modo prevalente, a quella specifica attività. Ond'è che se quelle risorse sono stabilmente dedicate al ciclo produttivo del ramo oggetto di cessione, almeno per il tempo necessario a soddisfare il requisito della preesistenza, il loro rapporto sembra ragionevolmente destinato a passare alle dipendenze del cessionario ai sensi e per gli effetti dell'art. 2112 cod. civ.

### **7. Il problema della fattispecie del ramo di azienda nella disciplina dei cambi appalto (art. 29, comma 3, d.lgs. n. 276 del 2003).**

Ai sensi dell'art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 276 del 2003, nel testo modificato dall'art. 30 della legge n. 122 del 2016 (in vigore dal 17 marzo 2017), l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa non costituisce trasferimento d'azienda, o di ramo d'azienda, *“ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa”*<sup>1231</sup>.

<sup>1229</sup> Nella giurisprudenza di merito ci sono pronunce che sembrano contestare tale assunto nella misura in cui affermano che il ramo non sarebbe preesistente se costituito, se pur con anticipo, in vista della cessione o, per dirla altrimenti, costituito a ridosso della cessione. In questo senso Trib. Ravenna 22 gennaio 2013 pubblicata con puntuali e assai convincenti osservazioni critiche di A. BOSCATI, op. cit. Con ampia argomentazione, e consapevolmente discostandosi dall'orientamento della Su-prema Corte, si esprime in questo senso anche Trib. Roma 5 marzo 2018, cit.

<sup>1230</sup> In senso contrario, perché nega del tutto rilevanza al requisito della preesistenza, P. TOSI, op. cit., pp. 1950 e ss. In senso invece vicino a quello esposto nel testo L. MENGHINI, op. cit., pag. 434 per il quale il requisito della preesistenza è una conseguenza del fatto che l'attività economica deve essere in atto, funzionante, giacchè è su questo profilo che si concentrerebbe la tutela dei lavoratori. Soluzione a mio avviso pienamente condivisibile, pur dovendosi aggiungere che anche l'attività cessata, ma concretamente esistita presso il cedente, potrebbe ritenersi preesistente.

<sup>1231</sup> Tra i diversi contributi si veda: A. SITZIA, *Il “subentro” di un nuovo appaltatore dopo la “Legge Europea” 2015-2016*, in *Lavoro nella Giur.*, 2017, n. 6; L. A. COSATTINI, *Cambio appalto e trasferimento d'azienda: un intervento normativo poco meditato*, in *Lavoro nella Giur.*, 2016, n. 11; E. MASSI, *Cambio Appalto: le nuove norme*, in *Diritto & Pratica del lavoro*, 2016, n. 42.

Quest'ultima precisazione legislativa, come noto, è stata introdotta all'esito di specifiche indicazioni formulate dalla Commissione europea nell'ambito delle procedure finalizzate a prevenire possibili contrasti con le fonti comunitarie. Ciò in quanto ad avviso dell'autorità comunitaria la precedente formulazione dell'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003 lasciava emergere un dubbio di conformità con la direttiva comunitaria se interpretata nel senso di non considerare alla stregua di un trasferimento di ramo di azienda, anche in caso di cambio appalti, il passaggio di un insieme organizzato di persone (ovviamente con riferimento ad un ramo connotato da elementi prevalentemente personali)<sup>1232</sup>.

Da qui l'esigenza avvertita dal legislatore italiano di specificare che il passaggio di un gruppo di persone non configura un ramo di azienda ai sensi dell'art. 2112 cod. civ. solo nel caso in cui siano rinvenibili elementi di "discontinuità" che determinino una specifica identità dell'impresa subentrante nell'appalto.

Nei pochi precedenti giurisprudenziali ad oggi noti i giudici di merito hanno ravvisato nell'autonoma organizzazione del subentrante la condizione per realizzare la citata discontinuità, pur dovendosi segnalare che i due casi concreti presi in considerazione (appalto cosiddetto *labour intensive* l'uno e appalto che richiedeva l'utilizzo di apparati materiali strumentali, l'altro) erano assai diversi ed hanno, quindi, ben potuto condurre a soluzioni finali opposte in merito alla configurabilità di una cessione di ramo di azienda<sup>1233</sup>.

La questione, a ben vedere, più che altro destinata ad incidere sui cambi appalti di attività svolte con organizzazione prevalentemente personale (ad altro o basso valore aggiunto, dai servizi di magazzinaggio e pulizia a quelli informatici), la si può considerare da due diversi punti di vista.

Restando ad un'interpretazione meramente letterale dell'art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 276 del 2003, gli "elementi di discontinuità" idonei a svelare la specifica "identità di impresa" potrebbero anche essere riferiti all'impresa subentrante nel suo complesso e, quindi, verificati avuto riguardo all'intera organizzazione di quest'ultima e non solo a quella frazione di organizzazione strumentale all'esecuzione del contratto di appalto in questione.

<sup>1232</sup> Caso EU Pilot 7622/15/EMPL, poi archiviato all'esito delle modifiche legislative introdotte. Sul punto interessanti i lavori della XI Commissione Permanente (lavoro pubblico e privato) (seduta di mercoledì 25 maggio 2016) dai quali si può bene ricostruire il percorso argomentativo che ha portato alla modifica dell'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003. Ove si rileva, tra l'altro, che con riferimento alla vecchia formulazione di quella disposizione *i servizi della Commissione europea (Caso EU Pilot 7622/15/EMPL), ai fini della valutazione della compatibilità della norma con la disciplina dell'Unione europea*, hanno reputato insufficienti le argomentazioni difensive in quanto *le sentenze della Corte di Cassazione, così come ricostruite dalla Commissione, sosterrrebbero un'interpretazione della norma che esclude la configurazione del subentro nell'appalto come trasferimento d'azienda o di parte d'azienda in tutti i casi in cui il medesimo subentro non sia accompagnato, oltre che dal passaggio del personale, da un trasferimento di beni di « non trascurabile entità»*. L. ARIOLA, *Appalti e lavoro* (a cura di D. Garofalo), Volume II, 2017, pp. 224 e ss. rappresenta come *EU Pilot* sia uno strumento di cooperazione orientato alla valutazione preventiva di possibili rischi di conformità della disciplina interna rispetto a quella comunitaria.

<sup>1233</sup> Nello specifico, il Tribunale di Roma, con l'ordinanza del 26 settembre 2016, con riferimento ad un cambio appalto di attività *labour intensive* ha ritenuto configurabile un trasferimento di azienda, *indipendentemente dal trasferimento contestuale di beni materiali e dall'esistenza di rapporti contrattuali tra impresa cessante ed impresa subentrante*, avuto riguardo ad un caso di addetti al lavoro di magazzino transitati alle dipendente di diversi datori di lavoro, pur sempre nell'esecuzione del medesimo servizio, senza riscontrare una "significativa discontinuità d'impresa", tanto che *i lavoratori quasi non si accorgevano del cambio di appaltatore, ne venivano informati dai sindacati e poi l'azienda subentrante proponeva il nuovo contratto di lavoro e chiedeva loro se volevano proseguire o no*. Al contrario, il Tribunale di Como ha escluso l'applicabilità dell'art. 2112 cod. civ. avendo accertato, con riferimento al servizio di gestione della rete di distribuzione del gas, l'autonoma organizzazione dell'impresa subentrante anche in ragione delle attrezzature e tecnologie apportate (Tribunale di Como, sentenza del 12 aprile 2017). In particolare, per quanto qui più interessa, per il Tribunale di Como l'esistenza di una propria organizzazione dell'impresa subentrante conferma che non si possa configurare il semplice mutamento della titolarità di un'attività economica organizzata e, quindi, anche "la condizione richiesta per escludere la discontinuità e, cioè, una reale separazione, distinzione, tra l'organizzazione aziendale che subentra e l'altra).

In questi termini, pertanto, il requisito della discontinuità non riguarderebbe il complesso aziendale funzionale all'esecuzione dell'appalto e perseguirebbe l'obiettivo di escludere l'applicazione dell'art. 2112 cod. civ. ogni qual volta l'imprenditore subentrante sia effettivamente dotato di un complesso organizzato preesistente nel quale vengono inseriti, per effetto della clausola sociale, i lavoratori (se pur organizzati) precedentemente occupati dall'impresa che ha perso l'appalto.

Una siffatta soluzione interpretativa, per quanto rassicurante perché idonea a limitare la configurazione della fattispecie del trasferimento di azienda in un caso nel quale il passaggio delle risorse è comunque frutto di adempimento di un obbligo (più che di una scelta), non risulterebbe pienamente coerente con le osservazioni formulate dalla Commissione europea e, per altro verso, porterebbe a concludere nel senso che nei cambi appalti il legislatore ha inteso introdurre una fattispecie del ramo di azienda assai più ristretta di quella contemplata dall'art. 2112 cod. civ. Ciò perché il ramo di azienda, nel cambio appalto, risulterebbe configurabile solo quando il complesso ceduto, oltre a soddisfare i requisiti dell'art. 2112 cod. civ., non è destinato ad integrarsi in una più ampia ed articolata dimensione aziendale idonea a svelare, per l'appunto, una specifica "identità di impresa".

Per altro verso il requisito dell'identità di impresa, diversamente da quanto sin qui ipotizzato, potrebbe anche essere riferito in modo specifico al ramo di azienda funzionale allo svolgimento dell'appalto. Ond'è che la specificità dell'identità di impresa andrebbe in concreto verificata in quel determinato e ben specifico perimetro aziendale funzionale all'esecuzione dell'appalto.

Il che starebbe a dire che nel caso di attività che richiedono un apporto prevalentemente personale, come spesso accade nei servizi a basso valore aggiunto, il passaggio di un gruppo di persone organizzato, e quindi funzionalmente autonomo perché completo della linea gerarchica necessaria al funzionamento operativo (vedi sopra al n. 5 e seguenti), dovrebbe configurare un trasferimento di ramo di azienda anche nel caso in cui, come avviene nei cambi appalto, l'assunzione delle persone sia imposta dal contratto collettivo applicato e riguardi tutti i componenti del gruppo di lavoro. Salvo, bene inteso, che non si intenda sviluppare il ragionamento, a mio avviso assai discutibile, che in casi analoghi, ma per finalità opposte, ha valorizzato ai fini della configurabilità della fattispecie del ramo di azienda di cui all'art. 2112 cod. civ. anche il *know how* riferito alla particolare specializzazione dei singoli lavoratori<sup>1234</sup> (difficilmente rinvenibile nei servizi a basso valore aggiunto).

Questa seconda interpretazione è probabilmente quella più fedele alla *ratio* della disposizione in questione, tenuto anche conto della sua genesi, oltre che la più coerente con la formulazione dell'art. 2112 cod. civ. giacché, se non altro, scongiura il disorientamento che deriverebbe dalla introduzione di un'ulteriore fattispecie di trasferimento di ramo di azienda<sup>1235</sup>.

<sup>1234</sup> Cass. n. 1769 del 2018.

<sup>1235</sup> Per A. SITZIA, op. cit., pag. 537 e ss. per effetto del comma 3 dell'art. 29 del D.Lgs. n. 276 del 2003 i requisiti della fattispecie di cui all'art. 2112, comma 5°, cod. civ. (a partire da quello della preesistenza) verrebbero ridefiniti come "elementi di discontinuità" della identità di impresa, "fattore speculare ed opposto all'identità come connotato dell'entità trasferita ai fini del comma 5 dell'art. 2112 c.c.". Come a dire, sembra di intendere, che tanto l'art. 2112 cod. civ. che l'art. 29 del d.lgs. n. 276 del 2003 puntano, se pur da prospettive diverse, a definire la medesima fattispecie di ramo di azienda. Per L. A. COSATTINI, op. cit., pp. 953 e ss. la discontinuità andrebbe invece riferita più che agli elementi oggetto di passaggio all'organizzazione imprenditoriale dell'attività, con esempi esplicativi che tendono a enfatizzare le innovative modalità organizzative del servizio da parte del subentrante.

Ma c'è anche da dire che se dovesse prevalere questa lettura della norma ne risulterebbe inevitabilmente condizionata l'applicazione delle attuali clausole sociali e la formulazione di quelle future<sup>1236</sup>. Se non altro perché è plausibile una forte insistenza, oggi dei datori di lavoro che applicano accordi collettivi con clausole sociali, e domani delle associazioni datoriali che dovranno rinegoziare quelle pattuizioni collettive, a prevedere che il passaggio dei lavoratori dall'imprenditore cessante a quello subentrante nell'appalto non può o non dovrebbe riguardare le posizioni apicali presenti nella (anche micro) organizzazione di persone addette all'esecuzione del servizio appaltato. Ciò al fine di lasciare emergere quella discontinuità di organizzazione che potrebbe non rendere configurabile la fattispecie del trasferimento di ramo azienda a contenuto prevalentemente personale.

---

<sup>1236</sup> E. MASSI, op. cit., pp. 2486 e ss.