



Università degli Studi di Catania
Facoltà di Giurisprudenza

Franco Scarpelli

Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda: problemi vecchi e nuovi

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 20/2004



© Franco Scarpelli 2004
Facoltà di Giurisprudenza – Università di Milano-Bicocca
franco.scarpelli@unimi.it

ISSN – 1594-817X
Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”
Via Crociferi, 81 – 95124 Catania (Italy)
Tel: + + 39 095 230464 – Fax: + +39 095 313145
centrostudidantona@lex.unict.it
www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione

Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda: problemi vecchi e nuovi*

Franco Scarpelli
Università degli Studi di Milano-Bicocca

1. Problemi, interessi e tecniche nella disciplina del trasferimento d'azienda	3
2. La prosecuzione del rapporto di lavoro: cogenza o derogabilità della regola di continuità dal punto di vista del datore di lavoro. Il licenziamento	6
3. La continuità del rapporto di lavoro dal punto di vista del lavoratore: il (negato) diritto al dissenso	10
3.1. Segue: il conferimento di attività da parte delle pubbliche amministrazioni	14
4. Le dimissioni per sostanziale modifica delle condizioni di lavoro: problemi interpretativi	16
5. La conservazione dei diritti e degli obblighi che derivano dal rapporto di lavoro	21
5.1. I trattamenti collettivi.....	23
5.2. Il problema degli usi aziendali	30
5.3. ... e quello dei trattamenti previdenziali integrativi	33

* Il saggio è in corso di pubblicazione su Quaderni di diritto del lavoro e relazioni industriali, Utet, 2004.

6. L'obbligazione solidale prevista dal secondo comma dell'art. 2112 c.c.	37
7. Il regime di solidarietà negli appalti successivi al trasferimento di ramo d'azienda	40
8. Bibliografia	45

1. Problemi, interessi e tecniche nella disciplina del trasferimento d'azienda

La disciplina del trasferimento d'azienda è al centro, da alcuni anni, di un rinnovato interesse e di un caotico succedersi di novità normative e contrasti interpretativi, sia in sede giurisprudenziale sia in sede dottrinale, tanto da dare luogo a un'intensa produzione di saggi in argomento. La ragione è ormai ampiamente segnalata e analizzata, e attiene alla centralità dell'argomento rispetto alle evoluzioni dei modelli organizzativi della produzione: in particolare, al progressivo affermarsi di tecniche di segmentazione dell'impresa. La disciplina lavoristica del trasferimento d'azienda si è dunque trovata a svolgere funzioni e sopportare tensioni interpretative non prevedibili, sino a che regolava la più semplice vicenda circolatoria di un'intera azienda da un titolare all'altro, e a dover trovare nuovi equilibri tra i più complessi o sfaccettati interessi chiamati in campo da fenomeni come le esternalizzazioni, le tecniche di terziarizzazione interna dei servizi, di articolazione contrattuale tra più soggetti imprenditoriali del processo produttivo, ecc. (tra i tanti contributi, vedi Corazza 2003, De Luca Tamajo 2002, AIDLASS 2000).

Il tema, si diceva, è stato percorso così frequentemente da non dover essere ripreso ancora una volta dal principio, potendo rinviare ai numerosi studi organici in materia (tra gli altri Romei 1993; Cosio 1995; Lambertucci 1999; Villani 2000): peraltro, sul piano tecnico esso è emerso soprattutto nel dibattito sulla nozione di azienda e ramo d'azienda, ovvero sul problema del campo di applicazione della disciplina di cui all'art. 2112 c.c. e all'art. 47 l. 428/90, che appartiene alla competenza di altro contributo in questo volume. Il dibattito sulla fattispecie e sul campo di applicazione, cioè, è stato il prioritario terreno di emersione delle tensioni sulle regole, ovvero sugli effetti in termini di disciplina: il segno e l'effettività di questa vengono messi in forte discussione dal mutamento del fenomeno regolato (Vallauri 2002, p. 638), cosicché lo scontro delle diverse opzioni interpretative si è prodotto sul se dell'applicazione della disciplina, prima ancora che sui suoi contenuti; ciò che può essere bene evidenziato da una veloce analisi delle fattispecie concrete oggetto delle sentenze pubblicate nelle annate recenti delle riviste di settore, nelle quali sono spesso i datori di lavoro a invocare l'applicazione di una normativa alla quale in passato tendevano a sottrarsi.

L'assetto degli interessi investiti dalle regole legali è oggi assai più complesso, superando la tradizionale dialettica binaria (Romei 2000, p.

142), così da rendere più difficile ricostruire in via interpretativa - a fronte di un dato normativo spesso ambiguo o incompleto - punti corretti di equilibrio tra gli interessi in campo, nella valorizzazione maggiore o minore dell'una o dell'altra *ratio* sottesa alla disciplina legale. L'interesse imprenditoriale può andare oltre quello desumibile dalla specifica operazione contrattuale di cessione dell'azienda e connettersi a operazioni di ristrutturazione 'morbida' dell'impresa (evitando le più onerose riduzioni del personale) ovvero di riorganizzazione dell'attività produttiva mediante affidamento di sue porzioni a soggetti distinti, ma fortemente integrati; dal lato dei lavoratori la continuità del contratto in capo al cessionario non sempre (come in genere avveniva in passato) costituisce sufficiente garanzia di stabilità nel tempo del rapporto, della collocazione professionale e dei trattamenti economici; sul piano collettivo, infine, viene in gioco l'interesse al mantenimento di un'omogenea area contrattuale e di adeguate condizioni di radicamento tra i lavoratori, minacciato dal processo di frammentazione dell'impresa.

Nella nostra analisi dobbiamo dare per risolto il problema della fattispecie e rivolgerci ai casi in cui, in base all'una o all'altra soluzione interpretativa, sia postulata l'applicazione della disciplina dell'art. 2112 c.c. (in tal senso, faremo uso della locuzione riassuntiva "trasferimento d'azienda", senza richiamare il complesso dibattito sulla sua stessa attuale idoneità): non è dubbio tuttavia che le medesime tensioni interpretative riemergano puntualmente su singoli aspetti di disciplina, i più rilevanti dei quali sono rappresentati dalla cogenza o derogabilità della regola di continuità del rapporto di lavoro in capo al cessionario e dal destino del patrimonio di regole, diritti ed obblighi (soprattutto di fonte collettiva) già vigenti presso il cedente. Il nostro proposito, in questa sede, è dunque quello di procedere per problemi interpretativi, dando maggiore spazio a quelli più controversi e tentando per ognuno di essi di enucleare le ragioni del dibattito.

Per molte questioni, la ricostruzione è resa complessa dall'inseguirsi e sovrapporsi dei 'materiali' da prendere in considerazione: la direttiva comunitaria (oggi riformulata nella versione della Dir. 2001/23/CE del 12 marzo 2001), la giurisprudenza della Corte di Giustizia, il succedersi di interventi legislativi di riforma dell'art. 2112.

Il rapporto col diritto comunitario rivela, in questi argomenti, difficoltà metodologiche di non poco impegno. Se infatti è vero che i contenuti della direttiva e le pronunce della Corte di Lussemburgo rappresentano un punto di riferimento continuo per l'interpretazione del diritto interno, questa si svolge su un piano differente da quello tipico del diritto europeo, che è un diritto non dogmatico, funzionale, orientato alla realizzazione di obiettivi: l'interpretazione della disciplina interna va

quindi svolta realizzando nei limiti del possibile la coerenza con gli obblighi derivanti dal diritto europeo, ma senza abbandonare il piano della corretta ricostruzione dogmatica e sistematica, nel nostro ordinamento, dei singoli istituti giuridici (segnala il problema Grandi s.d., p. 1), regola che non sempre appare rispettata (come si vedrà, ad esempio, in materia di successione dei contratti collettivi).

Anche il confronto con l'intervento del legislatore pone talvolta difficoltà nuove. Ciò avviene, ad esempio, nei casi in cui la legge opera la trasposizione nell'ordinamento interno di nozioni del diritto comunitario tralasciando appunto di darne adeguato e coerente sviluppo in rapporto a regole e strumenti della specifica tradizione giuridica nazionale: è quanto verificatosi con la previsione delle dimissioni dovute alla sostanziale modifica delle condizioni di lavoro, istituto che pone rilevanti difficoltà applicative e di collocazione sistematica (v. *infra*).

Ma il legislatore degli ultimi anni pare anche incorrere, con maggiore frequenza, in quello che a me pare un difetto e un errore, oltre che un preoccupante indice di un eccesso di regolazione, da un lato, e di un rapporto non equilibrato tra funzione regolativa e funzione dell'interpretazione: è la tendenza (alla quale soprattutto il legislatore-tecnico, in sede di decretazione delegata, sembra non riuscire a sottrarsi) a intervenire con la regola legale per risolvere minuti problemi interpretativi della previgente disciplina, ovvero per arrestare o prevenire sviluppi giurisprudenziali e dottrinali ritenuti in contrasto con la linea di politica del diritto prescelta; in poche parole, la tendenza del legislatore a scendere dal piano della regolazione generale a quello dell'interpretazione. Tale tendenza ha assunto dimensioni preoccupanti con la recentissima legislazione sul mercato del lavoro (d.lgs; 276/2003), ma non ne mancano esempi in precedenza e in particolare, quel che più ci interessa, nella riforma del D.Lgs. 18/2001 sul trasferimento d'azienda. Se in qualche caso, come nell'opera di cesello sulla nozione di ramo d'azienda, il dialogo tra legislatore e interprete attiene comunque a un punto chiave dell'operazione di politica del diritto, altri interventi iper-regolativi paiono meno giustificati e forieri di problemi più che di soluzioni: è il caso, come si vedrà, delle modifiche apportate nel 2001 alla regola legale in materia di successione dei trattamenti collettivi, che è intervenuta su un dibattito ancora ben poco maturo (almeno sul piano giurisprudenziale) introducendo una regola foriera di ulteriori problemi.

2. La prosecuzione del rapporto di lavoro: cogenza o derogabilità della regola di continuità dal punto di vista del datore di lavoro. Il licenziamento

La regola di continuità del rapporto in capo al cessionario dell'azienda, ovvero la sostituzione soggettiva di quest'ultimo al cedente nella posizione di datore di lavoro, è stata da sempre il prioritario terreno di tensione applicativa della norma. Nella Direttiva, essa si esprime ellitticamente nella garanzia del trasferimento al cessionario dei "diritti e (de)gli obblighi che risultano per il cedente da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento"; nell'art. 2112 viene evidenziata affermando ancora più direttamente che il rapporto di lavoro "continua con il cessionario", presupposto in forza del quale il lavoratore "conserva tutti i diritti che ne derivano".

Il tradizionale carico protettivo di tale regola - intesa a garantire la stabilità dell'occupazione legando il contratto di lavoro in via prioritaria al substrato materiale e organizzativo dell'impresa, più che al suo titolare - si esprime normalmente nelle controversie miranti a dare effettività al comando, disvelando le operazioni mascherate di cessione dell'azienda (ad esempio perché operate con la cessione di singoli beni e rapporti, ma non dei - o di parte dei - lavoratori) e affermando il diritto dei lavoratori a seguirne i destini presso il nuovo titolare, mediante sentenza di accertamento della prosecuzione del rapporto in capo a quest'ultimo, ove il lavoratore sia stato licenziato dall'originario datore di lavoro¹. In questo senso, la regola lavoristica pone un limite agli interessi commerciali degli imprenditori cedente e cessionario, non più (come erano nella *ratio* originaria dell'art. 2112: Grandi 1972, p. 249 ss.; Luciani 2003, p. 562) liberi di disporre della dimensione di organico del personale da dedurre nell'accordo sul trasferimento: in linea generale, può affermarsi che in tale prospettiva *ratio* commercialistica e *ratio* lavoristica si combinino virtuosamente, in quanto la tutela dell'occupazione si sposa ad una valutazione astratta del legame lavoro-azienda, in virtù dell'idoneità di quest'ultima ad essere compiuto strumento dell'attività di impresa. La regola di continuità dei rapporti si presenta dunque con carattere imperativo e inderogabile per i soggetti dell'operazione commerciale, affermato tanto nell'ambito del diritto comunitario² quanto, pacificamente, nell'analisi dell'art. 2112 (Ballestrero 2002, p. 206).

Il problema di un'eventuale diversa valutazione, da parte degli imprenditori coinvolti nell'operazione commerciale, riemerge però sotto

¹ V. di recente Trib. Firenze 29 novembre 2001, in *D&L*, 2002, 2, 390.

² Da ultimo Corte Giust. 24 gennaio 2002, *Temco Service*, causa C 51/00, in *D&L*, 2002, 1, 57.

altri profili. In primo luogo si discute della possibilità dell'imprenditore, in caso di cessioni parziali di attività, di 'scegliere' quali lavoratori cedere, trattenendo presso di sé una parte dei dipendenti addetti all'attività ceduta, anche eventualmente in accordo col cessionario³. In linea generale, anche in considerazione della chiara giurisprudenza comunitaria in merito, tale possibilità deve essere esclusa, ponendosi semmai il problema concreto dell'individuazione dei lavoratori effettivamente addetti al ramo ceduto, tanto più complesso ove si ammetta una nozione di ramo d'azienda slegata da dati materiali o dal consolidato assetto produttivo dell'impresa nelle vicende preesistenti al trasferimento⁴. Sul piano teorico, dunque, pur scontandone i problemi di applicazione concreta, può formularsi una sorta di regola di cristallizzazione dell'organico addetto al ramo d'azienda ceduto, che cedente e cessionario non possono alterare in occasione del trasferimento. Ciò evidentemente non può impedire che *prima* del trasferimento il datore di lavoro cedente, nell'utilizzo del proprio potere direttivo, trasferisca il dipendente ad altra funzione o ad altro luogo di lavoro: nel caso, oltre alla normale verifica della correttezza e legittimità dell'atto di gestione del rapporto di lavoro (ai sensi dell'art. 2103, delle norme antidiscriminatorie, ecc.), dovrà dedicarsi particolare attenzione al profilo dell'eventuale nullità dell'atto per frode alla legge, da valutarsi in relazione alla sussistenza di ragioni organizzative effettivamente autonome rispetto all'operazione imprenditoriale di cessione dell'attività.

In secondo luogo, il tema dell'inderogabilità della regola di continuità del rapporto si connette a quello del regime del recesso, sul quale sia la direttiva sia la norma interna sentono il bisogno di precisare che il trasferimento d'azienda non costituisce "di per sé" motivo di licenziamento: resta ferma peraltro la disciplina generale del recesso e in particolare, secondo la direttiva, la possibilità di licenziamenti "per motivi economici, tecnici o d'organizzazione che comportano variazioni sul piano dell'occupazione".

Sul punto si è sviluppato un dibattito teorico piuttosto vivace (v. riassuntivamente Lambertucci 1999, p. 59 ss.), teso a distinguere i limiti al recesso in capo al cedente e al cessionario, ovvero il profilo dei licenziamenti individuali o collettivi per motivi organizzativi. La riformulazione della norma col suo inserimento nel corpo dell'art. 2112 (e non più nell'art. 47 l. 428/90, ove faceva riferimento al solo alienante) dovrebbe far comprendere che, almeno sul piano teorico, il principio è

³ V. in senso positivo Trib. Milano 30 maggio 1998, in *ADL*, 1998, n. 3, p. 1019; sul tema v. Petrassi, 1998 e Aimo, 1999.

⁴ Per il criterio della prevalenza delle mansioni svolte v. Corte App. Milano, 4 giugno 2002, in *D&L*, 2002, 3, 650.

chiaro: l'eventuale recesso deve essere giustificato in relazione a vicende del tutto autonome rispetto al mutamento di titolarità dell'azienda, che al massimo ne potrà costituire l'occasione storica; sul piano del rapporto causale, la giustificazione del recesso deve 'reggere' al sindacato giudiziario anche con riferimento all'ipotesi in cui il trasferimento non fosse avvenuto.

E' evidente che, in pratica, l'applicazione di tale schema teorico potrà non essere scontata, e in questa prospettiva possono giustificarsi le distinzioni affacciate in dottrina: non tanto quella tra licenziamenti individuali e collettivi, che presuppone una differenza ontologica tra le due fattispecie definitivamente superata con la legge 223/1991 (v., se vuoi, Scarpelli 1997), quanto quella tra cedente e cessionario, poiché il primo non potrà giustificare licenziamenti le cui ragioni affondino in esigenze oggettive dell'organizzazione del lavoro proiettate successivamente alla cessione dell'azienda, licenziamenti che dunque dal suo punto di vista trovano unico motivo nell'agevolazione (eventualmente su richiesta del cessionario) del trasferimento. Diversamente dovrà dirsi per licenziamenti coincidenti con una riorganizzazione aziendale pre-cessione, che dia luogo a una nuova organizzazione del lavoro in grado di funzionare a prescindere dalla cessione dell'azienda; se tale requisito sussiste, poco importa che lo snellimento dell'organizzazione aziendale sia posto in essere anche per rendere più appetibile la cessione. Per fare degli esempi, potrà ritenersi giustificata una riduzione del personale amministrativo operata (prima ed eventualmente anche in vista della cessione) sulla base di un modello di organizzazione del lavoro idoneo a funzionare anche ove la cessione non si perfezioni; non così, invece, ove il licenziamento di alcuni lavoratori da parte del cedente trovi fondamento nella duplicazione di figure professionali successiva all'imminente cessione.

I licenziamenti giustificati da esigenze e mutamenti dell'organizzazione del lavoro conseguenti alla cessione dell'azienda (ed eventualmente al suo inserimento in un diverso più ampio contesto organizzativo) potranno dunque essere intimati dal solo cessionario: non senza precisare che, ove gli stessi siano connessi alla cessione dovranno essere oggetto dell'informazione ed eventuale consultazione in sede di procedura ex art. 47 l. 428/90, essendo indubbio che si tratta di "conseguenze" giuridiche e sociali del trasferimento stesso. In tal senso, la connessione tra trasferimento e licenziamento dovrà essere valutata oggettivamente, in termini di causa ed effetto, a prescindere dalla soggettiva coscienza e volontà del cessionario: la breve distanza temporale dei licenziamenti è certo un'indice del rapporto di consequenzialità, ma ciò che più conta (sia nel breve sia nel medio

periodo) è se tra il trasferimento e gli stessi siano intervenuti fatti nuovi, circostanze o avvenimenti, sia interni all'impresa sia di mercato, tali da determinare autonomamente la necessità e volontà di riduzione del personale (o comunque di licenziamento per motivi oggettivi), senza che le medesime possano più considerarsi originate dalla cessione⁵. Si tratta di un giudizio che dovrà essere operato sulla base di criteri di normalità tecnica, e che presuppone evidentemente in capo al cedente e al cessionario, in sede procedurale, un onere previsionale e di completa programmazione degli effetti conseguenti all'acquisizione della azienda, la cui sanzione si riflette sia sul piano collettivo sia sul piano individuale: ove sia accertato il collegamento causale, infatti, la mancata considerazione di tali conseguenze in sede procedurale dovrà considerarsi comportamento antisindacale ma sarà altresì, sul piano del rapporto individuale, motivo di inefficacia dei licenziamenti⁶.

Un problema connesso è quello se la sede procedurale ex art. 47 (e dunque in un momento precedente al passaggio dei rapporti) possa costituire il luogo ove assolvere anche gli obblighi procedurali ex art. 4 l. 223/1991, quando il cessionario voglia anticipare i tempi di una riduzione del personale, purché, si ripete, le ragioni della medesima siano effettivamente autonome rispetto alla cessione. In linea teorica non vedo motivi ostativi alla sovrapposizione delle due procedure, ove siano rispettati pienamente gli obblighi formali e sostanziali previsti da entrambe le norme⁷ e la riduzione del personale interessi specificamente l'azienda trasferita. Invece, tale sovrapposizione non sarà ammissibile quando le ragioni oggettive dei licenziamenti non riguardino la sola azienda ceduta ma la diversa organizzazione del lavoro destinata a crearsi successivamente al trasferimento (soprattutto nei casi di incorporazione di un ramo d'azienda in una più ampia organizzazione produttiva): in tale ipotesi, l'ambito di interazione degli interessi collettivi

⁵ Per considerazioni analoghe sulla ricostruzione del nesso di causalità tra trasferimento - e relativi obblighi procedurali - e successive decisioni organizzative del cessionario (sia pure in una fattispecie ove non si trattava di licenziamenti), Trib. Milano, 20 settembre 2002, in *D&L*, 2003, 1, 49, spec. 56.

⁶ Secondo la corretta linea interpretativa, in materia di rilevanza degli obblighi procedurali collettivi, adottata in materia di cassa integrazione e licenziamenti collettivi: v. Cass. S.U. 11 maggio 2000, n. 302, in *RIDL*, 2001, 4, 777.

⁷ Potrebbe obiettarsi che in sede procedurale il cessionario non ha ancora la qualità di datore di lavoro presupposta dalla legge 223/91: ciò che a mio parere comporta l'impossibilità di una intimazione dei licenziamenti prima del perfezionarsi della cessione ma non, pena un irragionevole formalismo, l'inidoneità ad avviare la procedura di confronto con le organizzazioni sindacali. La possibilità di unificare le procedure, oltretutto, può ampliare i margini di disponibilità di soluzioni alternative ai recessi, laddove il rinvio a un momento successivo alla cessione può determinare che i giochi siano in parte già fatti e ridurre lo spazio di negoziazione sindacale.

e individuali coinvolti nei licenziamenti sarà diverso da quello interessato alla procedura ex art. 47; in particolare, i lavoratori ceduti e potenzialmente licenziandi avranno diritto alla comparazione della loro posizione, sotto il profilo dei criteri di scelta ex art. 5 l. 223, nell'intero complesso aziendale prodottosi a seguito della cessione.

3. La continuità del rapporto di lavoro dal punto di vista del lavoratore: il (negato) diritto al dissenso

Negli ultimi anni si è sviluppato un dibattito piuttosto vivace sulla questione se la regola di continuità del rapporto di lavoro sia cogente anche nei confronti del lavoratore, ovvero se lo stesso possa opporre il proprio dissenso alla sostituzione soggettiva del datore di lavoro, proseguendo il rapporto di lavoro (salvi i successivi sviluppi, anche eventualmente in termini di licenziamento) in capo al cedente. Un dibattito che si spiega proprio in relazione alle problematiche nuove insorte nei casi di separazione ed esternalizzazione, mediante trasferimento ex art. 2112, di rami d'azienda spesso consistenti in attività accessorie al *core business*: casi nei quali molto spesso le organizzazioni sindacali e i singoli lavoratori, vedendo nella cessione dei rapporti una mascherata riduzione del personale o comunque una forte compromissione delle prospettive occupazionali o professionali, hanno contestato la sussistenza di un legittimo trasferimento e hanno comunque opposto la pretesa di rimanere alle dipendenze del cedente. Peraltro, tale discussione non può essere completamente compresa senza connetterla al coevo tentativo, da parte delle giurisprudenze e di settori della dottrina, di indebolire i presupposti di fattispecie del ramo aziendale, avvalendosi (a nostro parere, in maniera metodologicamente scorretta) di alcuni sviluppi della giurisprudenza della Corte di Giustizia apparentemente legittimanti una nozione sempre più smaterializzata di azienda o attività d'impresa: un tentativo il cui segno è quello di accompagnare "le esigenze dei processi di ristrutturazione aziendale, di riconversione industriale e di delocalizzazione delle imprese"⁸, così adattando a diverse finalità una normativa sorta per la tutela di valori spesso compromessi da quegli stessi processi e imponendo il passaggio del lavoratore al cessionario, anche in casi nei quali si modifica sostanzialmente il nesso con il tipo di organizzazione imprenditoriale rispetto alla quale si era instaurato, con l'assunzione, il sinallagma contrattuale.

⁸ Sono le parole di Cass. 23 luglio 2002, n. 10761, in *RIDL*, 2003 II, 148..

Tale opzione è ampiamente condivisa, tanto da apparire oggi maggioritaria nonostante il valore eversivo della *ratio* tradizionale della normativa lavoristica e l'alterazione dell'equilibrio di interessi che questa tutelava. La 'naturalità' del passaggio del lavoratore alle dipendenze del cessionario era, a mio modo di vedere, connessa proprio alla relativa invarianza (nell'intera azienda o anche in un ramo di essa, se inteso nel senso tradizionale di stabilimento o unità produttiva complessa) del collegamento tra *rapporti contrattuali* di lavoro e *organizzazione tecnica* del lavoro⁹: di conseguenza, la cessione dell'azienda non altera significativamente (non più di quanto potesse avvenire in forza di evoluzioni degli assetti organizzativi presso il cedente) le condizioni di inserimento professionale, le prospettive di stabilità occupazionale, gli equilibri di potere collettivo, l'area di applicazione dei trattamenti contrattuali, ecc. Ben diverso è ciò che avviene, ad esempio, con la cessione di un ramo 'servizi generali' da un'impresa industriale a un'impresa di servizi, di dimensione e collocazione di mercato totalmente diverse, con diversi rapporti collettivi, che aspira a collocarsi nell'area di un diverso contratto collettivo nazionale, ecc. L'impressione è che la dimensione collettiva (in senso economico e funzionale, non in senso sindacale) delle esternalizzazioni provochi nell'interprete una sorta di atteggiamento necessitato, quasi per timore di opporsi a sviluppi dotati di una propria ineluttabilità, nonostante gli stessi pongano in secondo piano i valori dell'autonomia e dei diritti individuali.

In ogni caso, la questione è troppo dibattuta e nota per riprenderla qui nei suoi termini complessi (v. tra i contributi più recenti Cascioli 2001; Lepore 2001; Cosio 2002; Frediani 2002; Montemarano 2002), sui quali chi scrive ha avuto modo più volte di pronunciarsi (Scarpelli 1999a, 1999b, 2003): peraltro, anche in giurisprudenza come già in dottrina la tesi della rilevanza del consenso del lavoratore pare destinata a rimanere minoritaria (ma non mancano consensi: da ultimo Mazziotti 2004, p. 622), pur se l'importanza ad essa assegnata al fine di respingerla testimonia la rilevanza delle questioni che le sono sottese¹⁰. In questa sede, ci si limita pertanto a svolgere alcune osservazioni sugli sviluppi più recenti del dibattito.

In primo luogo, come si è detto, la questione del dissenso assume diversa rilevanza a seconda del quadro interpretativo in cui essa si colloca, con riferimento alla parallela questione della nozione di ramo d'azienda. Essa, non a caso, è stata proposta quale correttivo

⁹ E' un nesso lucidamente evidenziato, ad esempio, da Minervini, 1958, p. 635.

¹⁰ V., nella giurisprudenza di legittimità le pronunce, tutte in senso negativo sul diritto al consenso ma con accenti diversi per altre questioni, di Cass. 22 luglio 2002, n. 10701, Cass. 23 luglio 2002, n. 10761, Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105, in *RIDL*, 2003, II, 148.

all'alterazione più estrema dell'equilibrio di valori e interessi insito nella disciplina lavoristica del trasferimento d'azienda, prodotta dall'orientamento che attenuava fortemente i criteri di controllo della consistenza organizzativa dell'attività oggetto dei processi di esternalizzazione: nelle contrarie prese di posizione giurisprudenziali e dottrinali, dunque, pare certamente più apprezzabile la posizione che alla critica alla teoria del consenso accosta una più rigorosa ricostruzione del substrato organizzativo della nozione di ramo d'azienda, in assenza del quale non è possibile per l'impresa avvalersi dello schema ex art. 2112 per la (necessaria) cessione dei contratti di lavoro¹¹. Il tema, almeno da un punto di vista di politica del diritto, rischia ora di riaprirsi alla luce della recente riforma della norma codicistica, nei limiti in cui l'eliminazione del requisito della "preesistenza" dell'articolazione funzionalmente autonoma oggetto di cessione dovesse tornare a dare legittimità all'orientamento sopra richiamato (sul punto si rinvia al contributo che precede sui confini della fattispecie; v. anche Santoro Passarelli, 2003; Cester 2004).

In secondo luogo deve rilevarsi che dalla presa d'atto del carattere minoritario della tesi che sostiene l'attuale possibilità del dissenso del lavoratore, in caso di cessione parziale dell'attività d'impresa, pare inevitabile dedurre un vuoto di attuazione del diritto comunitario (salva l'ipotesi che si formulerà in conclusione del par. 4). Infatti, se pure è vero che la Direttiva non si esprime direttamente in materia, la giurisprudenza della Corte di Giustizia appare chiara nel disegnare un diverso assetto di interessi: l'affermazione del carattere inderogabile della regola di continuità del rapporto di lavoro nei confronti di cedente e cessionario e del diritto del lavoratore di opporsi alla cessione del medesimo al cedente¹², pare un indice inequivocabile della rilevanza, sul piano del diritto comunitario, della sola *ratio* lavoristica (diritto e non obbligo di continuità) della disciplina del trasferimento d'azienda, e del fatto che a quel livello non è introiettata anche la *ratio* commercialistica (diritto delle imprese a pretendere il passaggio dei dipendenti per garantire la potenzialità produttiva dell'azienda ceduta). E' ben vero che la Corte di Lussemburgo ha ripetutamente affermato che le forme e conseguenze del diritto d'opposizione sono lasciate alla libera determinazione del legislatore nazionale, e che dunque non esiste un obbligo di disciplinarlo

¹¹ Questa posizione è ben rappresentata da Cass. 25 ottobre 2002, n. 15105, cit., provvedimento conclusivo del *leading case* dell'industria Ansaldo.

¹² Poiché, secondo la Corte, un obbligo del genere comprometterebbe i diritti fondamentali del lavoratore, e in particolare la libera scelta del proprio datore di lavoro: da ultimo Corte Giust. 24 gennaio 2002, *Temco Service*, cit.; in precedenza sent. 16 dicembre 1992, *Katsikas*, Racc. 1992, p. 6577; sent. 7 marzo 1996, *Mercks*, in *Lav. giur.*, 1996, n. 6, p. 717, con nota Corazza; sent. 12 novembre 1998, *Europièces*, Racc. 1998, p. 6979.

in termini di diritto a restare alle dipendenze del cedente: e tuttavia, sulla base di tali premesse, deve allora ritenersi che tale aspetto non sia stato disciplinato in alcun modo dal diritto italiano. Se si esclude l'ipotesi di applicare i principi generali del contratto (che condurrebbero a riconoscere la permanenza del rapporto in capo al cedente), in omaggio alla tesi prevalente che li ritiene incompatibili con l'art. 2112, dovrebbe dunque concludersi per una carenza di attuazione del diritto comunitario, eventualmente rilevabile sul terreno dell'azione risarcitoria nei confronti dello Stato.

In realtà, è diffusa tra gli interpreti (Maresca 2001; Vallauri 2002, p. 642) una diversa tesi secondo la quale l'ordinamento interno, a seguito della riforma del 2001, conterrebbe una regola in materia, rappresentata dal diritto del lavoratore di dimettersi nei tre mesi successivi al trasferimento (imputando le dimissioni a colpa del datore di lavoro) quando subisca una sostanziale modifica delle condizioni di lavoro. In merito, non si può non osservare che, con riferimento alle tematiche qui analizzate, il nuovo istituto delle dimissioni per mutamento sostanziale delle condizioni di lavoro attribuisce al lavoratore, nella gran parte dei casi, una tutela assai debole rispetto al pregiudizio derivante dall'affidamento che aveva operato sull'inserimento in una certa organizzazione del lavoro, al momento dell'assunzione presso il cedente. In ogni caso tale tesi non appare tecnicamente corretta, poiché il diritto di opposizione attiene agli effetti della cessione sui rapporti di lavoro, laddove la novella in tema di dimissioni presuppone appunto l'avvenuto mutamento del datore di lavoro e si proietta in un momento successivo a quello della cessione (così anche De Marchis 2001, p. 123); su tale piano si obietta che con tale scelta il legislatore ha comunque preso posizione sul punto, negando una diversa soluzione (Cester 2001, p. 512), ma riconoscendo che in materia manca una soluzione definitiva (Ballestrero 2002, p. 208)¹³. Potrebbe allora prospettarsi un'ulteriore tesi interpretativa, diretta a consentire l'esercizio delle dimissioni per sostanziale modifica delle condizioni di lavoro anche nei confronti del cedente: sul punto torneremo tra breve, occupandoci di tale istituto.

¹³ E dunque, nuovamente, dovrebbe ritenersi un vuoto d'attuazione del diritto comunitario: sul punto, appaiono chiare le parole della Corte di Giustizia (sent. *Temco Service*, cit., par. 36): in caso di dissenso "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"; le conseguenze del diritto di opposizione, dunque, devono svilupparsi necessariamente e per coerenza nella sfera giuridica del rapporto tra lavoratore e impresa cedente, e non invece (come avviene nella norma sulle dimissioni) nella sfera del cessionario.

Una segnalazione merita, ancora, la recente emersione in giurisprudenza di una diversa tecnica di tutela del lavoratore contro esiti gravemente pregiudizievoli dell'effetto legale necessario della successione del contratto in capo al cessionario, nei casi in cui i processi di esternalizzazione, posti in essere con lo strumento giuridico del trasferimento d'azienda, siano attuati allo scopo prevalente di liberarsi di personale non gradito o in esubero. Si tratta dell'applicazione alla fattispecie dello schema della frode alla legge, anche eventualmente in forza di accertamenti fondati su elementi presuntivi concordanti¹⁴: una strada certamente interessante, anche se non priva di difficoltà e idonea a operare soltanto nelle fattispecie più estreme (cfr. Quadri 2003, p. 337 ss.).

3.1. Segue: il conferimento di attività da parte delle pubbliche amministrazioni

Infine, deve essere dedicato qualche cenno alla questione del passaggio dei lavoratori nel caso di trasferimento o conferimento a terzi di attività svolte da pubbliche amministrazioni (v. di recente, anche per riferimenti alla scarsa dottrina in materia, Casale 2003): questione che pare porre qualche problema ulteriore e si presenta con aspetti di particolare complessità e delicatezza, che lo spazio del presente contributo non consente di affrontare a fondo. Peraltro, si tratta di problema destinato ad assumere sempre maggiore rilevanza per la tendenza all'incremento dei processi di privatizzazione ed esternalizzazione di attività e funzioni pubbliche (Novella 2001, De Simone 2001), oggetto di una precisa direttiva da parte del legislatore negli artt. 28 e 29 della legge finanziaria per il 2002¹⁵. L'art. 31 del D.Lgs. 165/2001 interviene in materia, rinviando all'applicazione della disciplina degli artt. 2112 c.c. e 47 l. 428/1990: la disposizione tuttavia pone più di un interrogativo e sconsiglia un'automatica e non riflettuta estensione, ai lavoratori pubblici, di principi e regole dell'ambito privatistico.

In primo luogo, e in sintesi, deve rilevarsi che la fattispecie di applicazione individuata dal testo unico appare più ampia di quella del codice civile (Stancanelli 2003, p. 612), anche in considerazione della maggiore difficoltà ad applicare alle pubbliche amministrazioni il concetto di attività economica organizzata, definito con riferimento all'impresa: in

¹⁴ Trib. Padova 25 maggio 2002, in *LG*, 2003, 4, 361, con nota Barraco; Corte App. Napoli 23 marzo 2001, in *RGL*, 2001, II, 283, con nota Serreti, e in *LG*, 2001, 948, con nota Venditti; Trib. Nocera Inferiore 29 maggio 2001, in *RGL*, 2002, 3, 564, con nota Trimboli.

¹⁵ L. 28 dicembre 2001, n. 448, in *Suppl. ord.* n. 285/L alla *G.U.*, Serie generale, n. 301 del 29 dicembre 2001.

ogni caso, il legislatore fa qui ampio riferimento al trasferimento di "attività", che sembra poter comprendere casi in cui ciò avvenga in assenza del conferimento di una struttura 'aziendale' nel senso definito dall'art. 2112. In tali ultime ipotesi, deve quantomeno dubitarsi della possibilità di un'automatica applicazione dell'effetto legale (necessario, secondo la tesi maggioritaria) di continuità del rapporto in capo al cessionario, effetto che nella disciplina privatistica viene giustificato proprio per la connessione tra il rapporto di lavoro e il substrato organizzativo dell'impresa.

In secondo luogo, la formulazione della norma non consente di dare per scontata la regola di continuità, poiché l'art. 31 pare rovesciarne il rapporto rispetto alla norma del codice: il testo unico, infatti, non rinvia seccamente all'art. 2112 quale fonte (nel suo primo comma) della regola di continuità, ma prevede che "al personale che passa alle dipendenze" dei soggetti cessionari dell'attività si applichi la disciplina delle fonti privatistiche. In sostanza, il problema dell'eventuale passaggio dei lavoratori pubblici al soggetto terzo sembra collocarsi sul terreno dell'art. 31, e quindi dei presupposti di operatività del rinvio alla norma codicistica, e non nell'ambito dei suoi effetti: rinvio che dunque pare operare per gli altri aspetti di disciplina (conservazione dei diritti, responsabilità solidale, successione dei trattamenti collettivi, ecc.) (così, sembra, Mainardi 2003. P. 707).

La prudenza sul punto, peraltro, pare imposta dalla considerazione che gli effetti della cessione del rapporto di lavoro, in caso di conferimento di attività da una pubblica amministrazione a un soggetto privato, sono particolarmente rilevanti, dato il radicale mutamento del complessivo *status* giuridico collegato alla perdita della qualità di lavoratore pubblico: e se è vero che negli anni recenti è fortemente diminuita la distanza tra le discipline del lavoro pubblico e privato, è altresì vero che vi sono ancora alcune significative differenze giuridiche (si pensi alla gestione della mobilità tra le pubbliche amministrazioni) e di condizione sociale. Non si può non considerare, inoltre, che l'accesso alle pubbliche amministrazioni è governato da regole particolarmente stringenti: è dunque comprensibile che da parte di lavoratori che hanno dovuto superare selezioni e concorsi per l'immissione in ruolo venga un'aspettativa di certezza in ordine alla conservazione di tale condizione, o almeno alla non disponibilità della medesima in assenza di adeguate garanzie. Forse è per tale motivo che, significativamente, recenti pronunce in materia di lavoro pubblico hanno riproposto la tematica del diritto del lavoratore di opporsi al trasferimento e optare per rimanere alle dipendenze del datore di lavoro pubblico, anche eventualmente

fine dell'inserimento nelle procedure di disponibilità e di mobilità tra le pubbliche amministrazioni¹⁶.

La questione è indubbiamente delicata. Il dubbio qui proposto sulla possibilità di fondare, sulla connessione tra art. 31 e art. 2112, un obbligo di passaggio del lavoratore pubblico alle dipendenze del cessionario lascia aperta la questione di quale sia, allora, la regola applicabile a simili vicende: incertezza foriera di gravi problemi gestionali dei richiamati processi di privatizzazione ed esternalizzazione verso privati di attività delle pubbliche amministrazioni. Una diversa soluzione interpretativa dovrebbe tuttavia farsi carico, quantomeno, di integrare il rapporto tra testo unico e codice civile ritenendo necessaria, per l'eventuale operare della regola/obbligo di continuità del rapporto di cui al primo comma, *anche* la presenza nella fattispecie dei requisiti di qualificazione dell'azienda (attività economica organizzata) definiti dal quinto comma dell'art. 2112; per gli altri casi, il rinvio dell'art. 31 può valere solo per gli ulteriori aspetti di disciplina. Diversamente, si introdurrebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra lavoratori pubblici e privati, poiché i primi - nei casi in cui risultino assenti i requisiti di fattispecie dell'art. 2112 - dovrebbero subire una cessione del contratto che, per i secondi, sarebbe certamente governata dalla regola del consenso ex art. 1406 c.c.

In tale quadro di incertezza, la migliore soluzione dei problemi originati dai processi di 'dimagrimento' della pubblica amministrazione pare affidata alla gestione collettiva, che infatti interviene significativamente in tali vicende, ad esempio con la previsione del mantenimento di un'area contrattuale unitaria e dunque l'applicazione ai rapporti di lavoro, anche presso i soggetti di natura privata, dei contratti collettivi dei comparti pubblici di provenienza.

4. Le dimissioni per sostanziale modifica delle condizioni di lavoro: problemi interpretativi

Per contiguità tematica, dunque, possono dedicarsi subito alcune considerazioni alla novella del 2001, la quale intende dare attuazione all'art. 4, par. 2 della Direttiva che prevede che la risoluzione del rapporto, dovuta al fatto che il trasferimento comporta a scapito del lavoratore una sostanziale modifica delle condizioni di lavoro , "è

¹⁶ Trib. Siena, ord. 6 marzo 2003; Trib. Siena, ord. 21 maggio 2003; *contra* Trib. Catanzaro, 27 novembre 2002, che tuttavia ritiene che il necessario passaggio del dipendente per combinazione degli art. 31 D.Lgs. 165/01 e 2112 c.c. presupponga comunque il trasferimento "di un complesso di competenze od un servizio potenzialmente in grado di autonomo esercizio": tutte in *LPA*, 2003, 935 ss.

considerata come dovuta alla responsabilità del datore di lavoro". Come si accennava in via di premessa, la trasposizione della norma comunitaria è avvenuta senza porsi adeguatamente il problema del coerente inserimento di un simile principio, espresso necessariamente in termini molto generali dalla Direttiva, nella sistematica interna: sul fronte degli elementi di fattispecie, da un lato, viene riportato senza alcuna specificazione un concetto - quello della sostanziale modifica delle condizioni di lavoro - assente sino ad oggi nel nostro ordinamento; sul fronte della disciplina, dall'altro, viene effettuato un rinvio all'istituto delle dimissioni per giusta causa, foriero di dubbi applicativi.

Quanto al primo aspetto, si è correttamente rilevato che il concetto di modifica delle condizioni di lavoro è tipico del diritto comunitario, che a sua volta ne è debitore verso altre esperienze giuridiche, in particolare quella francese (Ballestrero 2002, p. 211): in quest'ultima, peraltro, tale istituto ha subito nel tempo correzioni e mutamenti, e pare comunque connesso al diverso quadro giuridico di regolamentazione dei poteri del datore di lavoro (in assenza ad esempio di una norma come l'art. 2103 c.c. sullo *ius variandi*) (Waquet Ph. 1996). Il suo approfondimento non potrà dunque prescindere dalla comprensione della genesi e del ruolo di tale concetto nell'esperienza d'oltralpe e comunitaria, ma anche dal difficile adattamento alla diversa realtà normativa italiana: si tratta tuttavia di sviluppi incompatibili con lo spazio di questo contributo (per una completa analisi del problema nel quadro europeo, Pappalardo 2004).

Limitandoci a pochi cenni, deve rilevarsi che si pone in primo luogo un problema di individuazione dei confini delle condizioni di lavoro il cui mutamento può legittimare le dimissioni, e in secondo luogo un problema di rilevanza della modifica (il carattere sostanziale della medesima). Quanto al primo aspetto, in assenza di migliore specificazione da parte del legislatore del 2001, è probabilmente opportuno sottrarsi al tentativo di definizioni atecniche o intuitive, inevitabilmente apodittiche o incontrollabili, e, stante il carattere di istituto di diretta derivazione comunitaria, cercare nel tessuto del medesimo diritto europeo una qualche indicazione orientativa, pur nella coscienza che anche in quel contesto l'espressione è utilizzata con più significati. Probabilmente, l'opzione più corretta (Pappalardo 2004) conduce ad assumere quale terreno prioritario di riferimento la Direttiva 91/533/CEE concernente l'obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle "condizioni" applicabili al contratto o al rapporto di lavoro e delle loro successive modifiche: riferimento che ci offre un parametro sistematico anche nell'ambito del nostro ordinamento, data l'attuazione della citata direttiva da parte del D.Lgs. n. 152 del 1997 (su cui Rivara 1999, Scarpelli 1999c).

Di tale fonte dovranno essere presi in considerazione i rinvii ad aspetti del rapporto di lavoro che possono essere legittimamente oggetto di modifica successivamente al trasferimento, poiché per gli altri l'eventuale illegittima o unilaterale modifica potrà essere contestata dal lavoratore quale inadempimento, con ben maggiore effettività di tutela.

L'istituto delle dimissioni ex art. 2112, infatti, si pone su un piano diverso da quello della tutela dei *diritti* del lavoratore, per attingere entro certi limiti a quello della tutela degli *interessi* e delle *aspettative* del medesimo, assegnando una sorta di compensazione (per la via della cessazione indennizzata del rapporto) al significativo mutamento del contesto lavorativo, del tipo di inserimento professionale, del rapporto sinallagmatico tra prestazione e trattamenti economici e normativi, ecc. Il piano è quindi diverso o ulteriore rispetto a quello dell'inadempimento, sul quale opera l'istituto delle dimissioni per giusta causa (richiamate dall'art. 2112 solo per quanto attiene agli effetti). Si è sostenuto in proposito che il legislatore, avendo previsto la continuità del rapporto come effetto automatico *ex lege*, sembra aver recuperato spazio alla volontà del lavoratore dando rilevanza "a quelle modificazioni 'importanti' (e sfavorevoli) nelle condizioni di lavoro che, indipendentemente dalla loro fonte (la legge o il contratto collettivo applicabile; un atto unilaterale in sé legittimo del datore di lavoro), possono determinare il dissenso del lavoratore alla continuazione del rapporto presso il cessionario" (Ballestrero 2002, p. 213).

Dovrà dunque farsi riferimento, in primo luogo, alle condizioni di lavoro che direttamente o indirettamente possono subire modifiche nell'esercizio dei poteri datoriali, ma anche a quelle discendenti dalla legge e dalla contrattazione collettiva se e nei limiti in cui il lavoratore debba subirne il mutamento (v. *infra*). Nel catalogo individuato dall'art. 1 del D.Lgs. 152 vengono perciò in rilievo con più evidenza il luogo di lavoro, l'inquadramento del lavoratore e le caratteristiche del lavoro svolto, la retribuzione, le ferie, l'orario di lavoro, il preavviso di recesso. E' con riferimento a tali istituti che, a mio parere, può iniziare a definirsi l'ambito di operatività della disposizione in analisi, rendendo concreto e controllabile il riferimento a "tutti gli elementi che definiscono comprensivamente il modo di essere del lavoratore in una certa struttura produttiva" (Cester 2001, p. 513). Qualche dubbio potrebbe sussistere per le modifiche di trattamento che derivano dal mutamento delle regole legali applicabili al rapporto di lavoro (ad esempio, il passaggio ad un regime di stabilità obbligatoria in considerazione del minor numero di dipendenti presso la cessionaria, la perdita del diritto agli ammortizzatori sociali, ecc.), che in qualche caso potrà investire l'intero statuto giuridico (si pensi al trasferimento di attività da un datore di lavoro di

natura pubblica a un'impresa privata: v. *supra*): tali modifiche, che in qualche caso potranno essere assai significative, possono forse ricondursi al riferimento che l'art. 1 D.Lgs. 152/97 fa all'identità delle parti, inteso non in senso formale ma quale elemento idoneo a definire appunto una serie di condizioni connesse alla natura del datore di lavoro.

La modifica delle condizioni di lavoro, per legittimare le dimissioni, deve avere natura sostanziale: la legge fa qui rinvio, necessariamente e inevitabilmente, a un apprezzamento concreto affidato all'interprete (come peraltro avviene anche in altre fattispecie: si pensi al carattere "notevole" dell'inadempimento nella disciplina del licenziamento per motivi soggettivi). L'incertezza della formula legale è destinata a essere attenuata nel tempo dall'interpretazione giurisprudenziale: questa peraltro dovrà apprezzare caso per caso la rilevanza della modifica del contesto lavorativo, sia nei suoi profili oggettivi sia talvolta in quelli soggettivi (ad esempio, la modifica delle caratteristiche del lavoro svolto e del sistema di inquadramento può essere ritenuta più rilevante per un lavoratore di professionalità elevata e specialistica, per un lavoratore che recentemente fosse stato assunto lasciando un precedente impiego proprio per interesse a quello specifico lavoro, ecc.; la modifica peggiorativa dei trattamenti retributivi dovrà alterare significativamente le condizioni di reddito del lavoratore anche in relazione alla sua situazione familiare, ecc.). Il catalogo delle ipotesi potrebbe essere infinito, muovendo dal mutamento delle aspettative di guadagno connesse alle caratteristiche del lavoro (si pensi a un addetto alle vendite che a seguito del trasferimento e del mutamento di prodotti, listini, aree di competenza, ecc. vede fortemente depotenziato il sistema incentivante definito dal contratto individuale), al mutamento della sede di lavoro, al mutamento degli orari o dei turni di lavoro idoneo a incidere significativamente sull'organizzazione della vita personale, ecc. In alcuni casi il giudice potrà rinvenire elementi di valutazione in indici tratti dall'ordinamento o dalla contrattazione collettiva; ad esempio, in tema di mutamento del luogo di lavoro potranno essere assunti quali parametri di valutazione del carattere (non) sostanziale i limiti territoriali (bacino, distanza dal domicilio, tempi di trasporto con i mezzi pubblici) fissati dalle Regioni ai sensi dell'art. 4 D.Lgs. 181/2000 ai fini della perdita dello stato di disoccupazione in conseguenza del rifiuto di un offerta di lavoro.

Per quanto attiene agli effetti delle dimissioni, l'indicazione della Direttiva relativa all'imputabilità delle medesime "alla responsabilità del datore di lavoro" viene risolta col rinvio all'art. 2119, primo comma. Se inteso letteralmente il rinvio può apparire confuso o lacunoso: la norma richiamata infatti definisce a sua volta la (diversa) fattispecie del recesso per giusta causa (e quindi il rinvio non opera per tale aspetto: Ciucciavino

2003, p. 113), mentre per quanto attiene agli effetti si limita (nel secondo periodo) a precisarli per il contratto a tempo indeterminato, stabilendo il diritto del prestatore di lavoro all'indennità sostitutiva del preavviso ex art. 2118, secondo comma. Ad una lettura superficiale, potrebbe ritenersi che il legislatore abbia voluto semplicemente attribuire al lavoratore dimissionario, a prescindere dalla natura del rapporto, l'indennità di mancato preavviso prevista per i lavoratori a tempo indeterminato: se così fosse, tuttavia, la norma avrebbe dovuto più correttamente rinviare direttamente all'art. 2118, secondo comma. Peraltro, l'obbligo di interpretazione conforme al diritto comunitario - che non entra in aspetti di disciplina, ma è chiaro nell'individuare un regime di responsabilità del datore di lavoro - dovrebbe spingere a leggere la disposizione, pur imprecisa, quale rinvio al regime risarcitorio delle dimissioni per giusta causa, che l'art. 2119 specifica per il solo lavoratore a tempo indeterminato: per i lavoratori a termine, anche in considerazione del diverso affidamento e impegno posto dalle parti nella stabilità del rapporto, dovrà applicarsi un regime risarcitorio secondo i principi generali, commisurato in primo luogo al mancato guadagno sino all'originaria scadenza del contratto.

Per quanto appaia poco probabile l'utilizzo dell'istituto da parte di lavoratori privi di alternativa occupazionale, è il caso di precisare che, a seguito delle dimissioni per mutamento sostanziale delle condizioni di lavoro, deve essere riconosciuto al lavoratore il diritto a percepire l'indennità ordinaria di disoccupazione, non dovendosi applicare l'esclusione prevista dall'art. 34 della l. 448/1998: tale conclusione pare sostenibile sia richiamando le argomentazioni che la Corte Costituzionale ha svolto con riferimento all'ipotesi delle dimissioni per giusta causa¹⁷ sia nuovamente per un obbligo di interpretazione conforme alla direttiva europea, essendo indubitabile che nel caso dell'ipotesi dell'art. 2112, quarto comma, lo stato di disoccupazione debba essere ascritto alla responsabilità del datore di lavoro, e considerarsi perciò involontario ai fini della disciplina previdenziale.

E' evidente che, in pratica, l'istituto si prospetta di un qualche interesse per i lavoratori di elevata qualifica, dotati di migliori possibilità di reimpiego e avvantaggiati da termini di preavviso più elevati, idonei a rendere economicamente interessanti le dimissioni. Con riferimento a tali ipotesi, può osservarsi che l'ordinamento pone in capo al cessionario un rischio non indifferente, ovvero il pericolo di perdere subito dopo la cessione le risorse più qualificate, dovendosi anche addossare il costo delle relative indennità risarcitorie: si tratta di una sorta di rischio

¹⁷ Corte cost. 24 giugno 2002, n. 269, in *DPL*, 2002, 32, 2148.

d'impresa connesso all'operazione di cessione, che potrà essere contrastato soltanto acquisendo sul piano della contrattazione individuale il consenso del lavoratore alla permanenza nella nuova organizzazione, o eventualmente concordando col cedente clausole di assunzione totale o parziale della responsabilità (ovviamente non opponibili al lavoratore).

A questo proposito, e per tornare al tema trattato nel precedente paragrafo, va osservato che il legislatore italiano ha disciplinato le dimissioni per mutamento sostanziale delle condizioni di lavoro nei confronti del solo cessionario. In realtà, sul punto, la Direttiva europea è asettica: la disposizione sulla modifica delle condizioni non è collocata nell'art. 3, che si occupa dei diritti del lavoratore successivamente al trasferimento, ma nell'art. 4 dedicato al licenziamento; essa dunque, nell'attribuire la risoluzione del contratto per modifica delle condizioni alla responsabilità del datore di lavoro, non fa riferimento specifico né al cedente né al cessionario. Se si condivide quanto si è sopra osservato, relativamente al fatto che (sempre nell'ipotesi di accettazione dell'orientamento maggioritario) manca tuttora nel nostro ordinamento una disciplina del diritto di opposizione, potrebbe allora ritenersi, in via di applicazione analogica e per obbligo di interpretazione conforme al diritto comunitario, che ove la modifica sostanziale delle condizioni di lavoro sia evidente già al momento della cessione il lavoratore possa dimettersi per tale ragione nei confronti del cedente, anche in questo caso con applicazione degli effetti delle dimissioni per giusta causa (ma essendo sufficiente allegare la sostanziale modifica delle condizioni di lavoro, senza la necessità di provare la sussistenza di una causa che non consentirebbe la prosecuzione nemmeno temporanea del rapporto). Tale ipotesi, tra l'altro, pare distribuire in maniera più equilibrata tra cedente e cessionario il rischio connesso alle dimissioni dei lavoratori in corso di trasferimento; l'interesse di questi ultimi a dare le dimissioni per mutamento sostanziale nei confronti del cedente può trovare ragione nella maggiore o più semplice solvibilità dello stesso, rispetto al cessionario, con riferimento al credito per l'indennità sostitutiva del preavviso.

5. La conservazione dei diritti e degli obblighi che derivano dal rapporto di lavoro

In caso di trasferimento, il lavoratore conserva tutti i diritti che derivano dal rapporto di lavoro: come è stato sottolineato, la sostituzione del concetto di rapporto a quello di contratto contenuto nel vecchio testo dell'art. 2112 non è particolarmente rilevante, ma denota in maniera più adeguata il riferimento all'insieme delle posizioni soggettive che trovano

fondamento nell'originario regolamento negoziale (Ballestrero, 2001, p. 282) e nel contempo la proiezione dinamica della regola, che attiene non tanto alla conservazione di diritti già maturati e acquisiti al patrimonio del lavoratore, semmai tutelati dal secondo comma dell'art. 2112, quanto la conservazione del complessivo regolamento negoziale del rapporto (Salimbeni 2004, p. 600) (salvo quanto si dirà sulle fonti collettive). D'altronde, in questi termini pare esprimersi anche la Direttiva europea, che (art. 3, par. 1) parla di trasferimento al cessionario dei diritti e degli obblighi che risultano per il cedente da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro esistente alla data del trasferimento: la norma interna, con una concessione lessicale alla *ratio* essenzialmente protettiva, si esprime esclusivamente in termini di conservazione dei diritti del lavoratore, ma è ovvio che la regola di continuità del rapporto implica la sostituzione del cessionario nella posizione di contraente-datore di lavoro e l'assunzione integrale di ogni relativa posizione attiva e passiva, derivante dal complessivo regolamento negoziale applicabile.

Tra breve dedicheremo apposita analisi ad alcuni aspetti particolarmente problematici del tema. Intanto può dirsi che la regola di continuità delle posizioni soggettive non può trovare in generale limiti, se e in quanto il lavoratore sia titolare di un diritto radicato nel rapporto; diverso è il tema dell'eventuale modifica di tale diritto derivante dall'evoluzione delle fonti di disciplina, anche occasionata dalla cessione dell'azienda. In particolare, su tutta una serie di diritti potranno influire le diverse fonti applicabili nel nuovo contesto produttivo, poiché la conservazione garantita dal primo comma dell'art. 2112 non si estende all'aspettativa connessa all'applicazione nel tempo di una certa disciplina¹⁸ se quest'ultima legittimamente muta in conseguenza del trasferimento; essa invece tutela anche i diritti in via di formazione (Ballestrero 2001, p. 286), salvo che sulla loro progressiva maturazione incida nuovamente il mutamento della fonte regolativa.

Nessuna limitazione, si ritiene, può essere sostenuta con riferimento alla qualità o al contenuto dei diritti, tra i quali rientrano "anche quelli non strettamente inerenti alla relazione sinallagmatica, ma pur tuttavia pertinenti alla conformazione del rapporto (ad es. diritti personali o sindacali)" (Salimbeni 2004, p. 601): in particolare, non è ammissibile alcuna limitazione connessa ai concetti (per lo più di valore descrittivo) di trattamenti economici e normativi (locuzione utilizzata invece dal legislatore nel terzo comma dell'art. 2112) poiché - salva sempre l'evoluzione dinamica dei medesimi o il venir meno dei

¹⁸ Cfr., in materia di mutamento del regime di stabilità, Cass. 10 novembre 1999, n. 12492, in *OGI*, 2000, 1, 132.

presupposti di applicabilità della fonte istitutiva - il lavoratore conserva tutti i diritti configurabili a titolarità individuale, e pertanto anche quelli che si proiettano nella sfera delle relazioni collettive¹⁹.

5.1. I trattamenti collettivi

In tale contesto si inserisce la questione, particolarmente dibattuta e impegnativa, della sorte dei trattamenti di fonte collettiva applicabili al rapporto, dopo il trasferimento. Anche con riferimento a questo tema, per ragioni di sintesi, ci limiteremo ad alcune osservazioni problematiche nel confronto con gli orientamenti in campo, rinviando ai tanti contributi in materia l'analisi più approfondita del dibattito e delle singole posizioni (v., oltre alle opere di carattere monografico citate inizialmente, Castelvetri 2000a, Lunardon 1999).

Conviene ancora una volta partire dal dato di diritto comunitario: la Direttiva, all'art. 1 par. 3, stabilisce che a seguito del trasferimento il cessionario "mantiene le condizioni di lavoro convenute mediante contratto collettivo nei termini previsti da quest'ultimo per il cedente fino alla data della risoluzione o della scadenza del contratto collettivo o dell'entrata in vigore o dell'applicazione di un altro contratto collettivo", aggiungendo poi che gli Stati membri possono limitare il periodo del mantenimento delle condizioni di lavoro derivanti dal contratto collettivo, purché esso non sia inferiore ad un anno. La disposizione va poi posta in collegamento con quanto prevede l'art. 6, diretto a garantire la continuità di rappresentanza collettiva dei lavoratori interessati al trasferimento.

A chi scrive pare evidente che il legislatore comunitario, conscio dell'importanza della dimensione collettiva nell'equilibrio di interessi e regolazione dei rapporti di lavoro subordinato, intenda assicurarne la continuità (sotto il profilo degli strumenti - la rappresentanza - e dei risultati - i trattamenti fissati dai contratti -) nel periodo successivo alla cessione d'azienda: quest'ultima, infatti, modificando il substrato organizzativo che è alla base della formazione di interessi collettivi omogenei, e delle relative forme di organizzazione, espressione e regolazione, può fortemente disarticolare gli assetti raggiunti nella dialettica tra potere manageriale e contropotere collettivo: soprattutto nei casi di cessione parziale d'azienda, il gruppo di lavoratori interessato può vedersi separato dalle logiche precedenti di rappresentanza, aggregato a un diverso gruppo di colleghi, eventualmente collocato in una diversa

¹⁹ Cfr., in relazione alla conservazione della carica di rappresentante sindacale aziendale, Cass. 3 maggio 2003, n. 6723, in *RIDL*, 2004, 1, II, 174, con nota Vallauri. Sul punto peraltro incidono anche le regole dell'art. 6 della Direttiva sul mantenimento della *status* e delle funzioni dei rappresentanti dei lavoratori.

area di articolazione dei rapporti contrattuali, anche extra-aziendali. Il segnale che la Direttiva invia agli ordinamenti, su tale terreno, pare dunque quello della garanzia di un relativo periodo di stabilità degli assetti precedenti (preoccupandosi di stabilirne anche la misura minima di un anno) nel quale dare modo alle relazioni collettive e di rappresentanza di riassetarsi, per poi tornare ai fisiologici sviluppi affidati ai rapporti di forza.

Deve ancora aggiungersi che, come si sottolineava in premessa, il diritto comunitario esprime finalità di armonizzazione di ordinamenti caratterizzati da differenti tradizioni giuridiche e dogmatiche, nel merito delle quali non si avventura (o lo fa con estrema prudenza): ciò vale a maggior forza per il diritto dei rapporti collettivi, che ha caratteristiche anche molto diverse tra i singoli ordinamenti dei paesi europei e nel quale, come è noto, il diritto comunitario interviene solo per aspetti specifici (diritti di informazione, rappresentanze sovranazionali, ecc.). Ciò significa che le disposizioni della Direttiva non possono, di per sé, essere accostate dall'interprete come fossero norme a immediata rilevanza strutturale e dunque idonee a definire regole interne di efficacia o applicazione dei contratti collettivi; in secondo luogo, la norma interna di trasposizione della Direttiva deve essere interpretata nel modo più conforme alla finalità di armonizzazione, ma anche in modo coerente ai principi regolativi del diritto sindacale interno (che non possono certamente essere alterati in forza della Direttiva stessa). Questi principi devono dunque guidare l'accostamento al terzo comma dell'art. 2112, e in particolare a quel concetto di "contratti collettivi applicabili" sul quale il confronto è più vivace.

La norma del codice afferma l'obbligo del cessionario di applicare ai lavoratori ceduti (non i contratti collettivi stessi, ma) i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi di vario livello vigenti (*rectius*: applicati ai rapporti di lavoro) nell'azienda o parte d'azienda oggetto del trasferimento: tale obbligo permane fino alla scadenza dei contratti che sono fonte dei trattamenti vincolanti, "salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario". A tale disposizione la novella del 2001 ha aggiunto un periodo finale²⁰, il quale prevede che "l'effetto di sostituzione si produce esclusivamente tra contratti collettivi del medesimo livello".

Come è noto, prima della riforma del 2001 si sono formati soprattutto due orientamenti interpretativi (cfr. riassuntivamente Lambertucci 1999, p. 47 ss.): l'uno che afferma la possibilità di una

²⁰ Oltre ad apportare una modifica lessicale al primo periodo, inserendo il riferimento anche ai contratti collettivi territoriali, che tuttavia non pare significativa data la libertà, nel nostro ordinamento, di sviluppo e articolazione delle fonti collettive.

sostituzione (o armonizzazione, secondo l'efficace linguaggio sindacale) dei trattamenti collettivi, prima della scadenza delle relative fonti, soltanto mediante l'intervento di un altro contratto collettivo efficace per il cessionario e per i lavoratori interessati, cosa che eventualmente potrà avvenire anche in sede di procedura con la stipulazione di un c.d. contratto collettivo di ingresso; l'altra che ammette invece la sostituzione anche immediata, evidentemente per decisione unilaterale del cessionario, tutte le volte in cui presso quest'ultimo sia presente e applicato un diverso contratto collettivo. A tale seconda tesi ha aderito l'unica (a quanto consta) pronuncia del Giudice di legittimità, la quale ha affermato che nel caso in cui l'impresa acquirente "segua comunque una contrattazione collettiva" non avrebbe più ragion d'essere "la preoccupazione della continuità di una copertura contrattuale": "In tal caso la regola - afferma apoditticamente la Corte - è che la contrattazione collettiva dell'acquirente, successiva a quella dell'alienante, sostituisca immediatamente e in tutto la prima disciplina collettiva"²¹. Nel confronto col dato comunitario si afferma, come già ritenuto dalla dottrina che aveva sostenuto questa interpretazione (Lambertucci 1999, p. 52), che il limite temporale di un anno previsto dal secondo periodo del par. 3 della Direttiva non integra la regola che lo precede ma si pone su un piano separato, ed è destinato ad operare solo per l'ipotesi in cui non si sia appunto verificata una sostituzione immediata dei trattamenti collettivi²².

A mio parere la tesi seguita dalla Corte e da una parte della dottrina è sbagliata, ed è in aperto contrasto sia con la Direttiva sia, soprattutto, con le regole e i principi della nostra tradizione giuridica in tema di contrattazione collettiva. Essa mostra di essere vittima di una concezione del contratto collettivo come fonte eteronoma che prescinde del tutto, sul piano del rapporto contrattuale tra lavoratori trasferiti e cessionario, dalla consolidata concezione del contratto collettivo in termini di atto di autonomia negoziale privata.

Lo spazio di questo saggio e la complessità degli argomenti teorici toccati, che costringerebbero a confrontarsi con principi, dubbi e aporie dell'intero diritto sindacale italiano, mi inducono a sviluppare il

²¹ Cass. 8 settembre 1999, n. 9545, in *MGL*, 1999, 11, 1147, con nota Lunardon, e in *RIDL*, 2000, II, 341, con nota Castelvetri.

²² Peraltro la Corte decideva un caso affatto peculiare, nel quale si discuteva della vigenza di un accordo aziendale (sul trattamento retributivo delle festività cadenti al sabato) nel passaggio tra due imprese che applicavano il medesimo contratto collettivo nazionale, e nella cessionaria erano efficaci accordi aziendali disciplinanti altre materie; inoltre, nella decisione si fanno riferimenti impropri alle regole di successione nel tempo dei contratti collettivi, riportate sulla diversa fattispecie della successione (non temporale tra contratti del medesimo ambito, ma tra accordi di diversi ambiti) per passaggio dall'una all'altra azienda.

ragionamento nella forma più sintetica, pur conscio dei rischi di semplificazione.

In primo luogo deve rilevarsi che, in assenza della regola specifica del terzo comma dell'art. 2112, il cessionario che subentra nella posizione del datore di lavoro rimarrebbe vincolato alla scelta della fonte contrattuale collettiva operata dalle parti del contratto, prima della cessione: nella gran parte dei casi, nei quali il rinvio alla contrattazione collettiva avviene in sede di stipulazione del contratto individuale di lavoro, o per comportamenti concludenti delle parti, ciò comporterebbe l'obbligo di applicazione delle medesime fonti collettive nella loro evoluzione dinamica, in quanto lo stesso rientra certamente nei diritti ed obblighi risultanti dallo stesso contratto di lavoro. Ciò avverrebbe, sia ben chiaro, non perché i contenuti del contratto collettivo si 'incorporino' nel contratto individuale, ma perché con quest'ultimo le parti hanno reciprocamente assunto l'impegno di integrare il regolamento negoziale del rapporto col rinvio dinamico a una certa fonte collettiva (quando ciò sia avvenuto, si intende, dovendo verificare caso per caso il "rinvio mobile" - Prosperetti 1989, p. 163 - operato dalle parti alle fonti collettive). Per inciso, tale effetto non comporterebbe alcuna violazione del principio di libertà sindacale del nuovo datore di lavoro, poiché la fonte collettiva non sarebbe imposta dall'ordinamento ma in forza di un normale effetto di limitazione dell'autonomia privata, che subisce chiunque subentra in un regolamento negoziale già determinato da altri soggetti.

La regola del terzo comma dunque, introducendo un'asimmetria rispetto al primo comma (Salimbeni 2004, p. 602), attribuisce al nuovo titolare dell'azienda la possibilità di svincolarsi, in prospettiva, da fonti collettive che altrimenti sarebbe tenuto ad osservare: per la verità, tale effetto si produce parzialmente all'atto stesso della cessione, nel momento in cui la norma stabilisce che il cessionario sia tenuto non all'applicazione *tout court* dei contratti vigenti, ma dei trattamenti economici e normativi previsti dai medesimi. Questi ultimi devono essere garantiti sino alla scadenza delle fonti collettive che li hanno previsti, salva la loro sostituzione nei limiti che si diranno tra breve²³: sul punto, il legislatore non ha ritenuto di introdurre la garanzia temporale minima di un anno prevista dalla Direttiva, così producendosi un dubbio di corretta

²³ Per il caso di contratti collettivi a tempo indeterminato la possibilità di svincolarsi passerà per le regole, di costruzione interpretativa, sulla risoluzione dei medesimi previa negoziazione secondo correttezza e buona fede dell'eventuale modifica: v. in tema Tursi 1996, 220 ss.

trasposizione per l'ipotesi in cui la scadenza dei precedenti contratti intervenga prima del decorso dell'anno successivo alla cessione²⁴.

A parte quest'ultima osservazione, tali regole paiono nel complesso coerenti al quadro funzionale prefigurato dalla Direttiva la quale, come si è visto, si preoccupa che l'evoluzione dei trattamenti si determini in un periodo che consenta ai protagonisti dei rapporti collettivi di ricostituire le fisiologiche dinamiche di conflitto/negoziazione, sulla base di un rinnovato rapporto di rappresentatività (anche presuntivo, come normalmente avviene) con i lavoratori inseriti nel nuovo contesto aziendale. Alla scadenza dei precedenti contratti, e secondo le consuete dinamiche di effettività e rapporti di forza, il nuovo datore di lavoro potrà negoziare con le organizzazioni sindacali che ritiene rappresentative dei propri dipendenti l'applicazione di una diversa contrattazione; ovvero, in assenza di significative relazioni sindacali, tale applicazione potrà essere il frutto dell'accordo (di fatto, normalmente, forzata accettazione) con gli stessi lavoratori; o ancora, potrà ritenersi libero dall'obbligo di applicazione di alcuna fonte collettiva²⁵.

L'alternativa alla dinamica ora descritta è quella della sostituzione dei precedenti trattamenti con nuove fonti collettive "applicabili". La formulazione della norma, che parla di contratti applicabili "all'impresa del cessionario", può effettivamente indurre a una lettura superficiale che consideri i contratti collettivi alla stregua di fonti eteronome dotate di un loro oggettivo campo di applicazione: così non è, tuttavia, e basta richiamare in merito il dibattito sulla (non) applicabilità ai contratti post-corporativi dell'art. 2070 c.c.²⁶ (cfr. Lambertucci, 2000, p. 95 ss.). L'efficacia tra i soggetti del rapporto di lavoro di un contratto collettivo, secondo i principi generali, non è mai frutto di scelte unilaterali ma di un atto di volontà negoziale: l'obbligo assunto con l'adesione alle parti stipulanti, ma soprattutto e più frequentemente il rinvio consensuale all'atto della stipulazione del contratto individuale.

Nel nostro ordinamento, un contratto collettivo è "applicabile" se e nei limiti in cui su di esso si formi il consenso di entrambe le parti del

²⁴ Ci si potrebbe domandare se tale limite sia superabile in sede interpretativa, integrando per tale ipotesi la norma codicistica con riferimento al disposto della Direttiva. Ciò tuttavia, in base delle regole di efficacia delle direttive comunitarie nei rapporti interpretati, non pare possibile: per il lavoratore eventualmente pregiudicato dal venir meno dei trattamenti prima dell'anno sembra residuare la sola possibilità di azione risarcitoria nei confronti dello Stato per inadempimento degli obblighi comunitari.

²⁵ Salvo l'obbligo di riconoscere trattamenti retributivi parametrati ai minimi dei contratti di settore, discendente dall'art. 36 Cost., ovvero l'operare degli altri meccanismi che direttamente o indirettamente inducono le imprese ad applicare i contratti collettivi di settore, quali ad esempio quelli connessi alla partecipazione al mercato degli appalti pubblici.

²⁶ V. Cass. S.U. 26 marzo 1997, n. 2665, in *GC*, 1997, I, 1199.

rapporto: normalmente l'accettazione da parte dei lavoratori del contratto prescelto dall'impresa è necessitata, salve le pressioni collettive per ottenere diversi e migliori trattamenti; tuttavia, una volta che le parti del contratto abbiano convenuto la scelta di una certa fonte collettiva, questa non può essere modificata unilateralmente ma solo in via nuovamente negoziale, ciò che in via generale può avvenire anche sul piano sindacale. In concreto, alla pretesa del datore di lavoro di sostituire le fonti collettive, il lavoratore potrà opporre la vincolatività *inter partes* della precedente scelta: nel caso del trasferimento d'azienda, tuttavia, tale opposizione potrà svolgersi, in forza dell'art. 2112 terzo comma, nei soli limiti della conservazione dei trattamenti derivanti dalla fonte precedentemente vincolante, e fino alla scadenza della medesima. Al contrario, la sostituzione dei precedenti trattamenti con una nuova fonte collettiva potrà avvenire con un accordo sindacale, e quindi consensualmente, da parte di soggetti sindacali rappresentativi dei lavoratori interessati²⁷: in questa luce appare dunque corretta la tesi dottrinale che ammette la disponibilità del principio legale di conservazione dei trattamenti (solo) mediante un nuovo contratto collettivo, quale regola che corrisponde "a una più effettiva sensibilità per la dinamica collettiva" (Castelvetri, 2000a, p. 359).

La tesi opposta, che ammette la sostituzione per il solo fatto che l'impresa cessionaria, soprattutto nei casi di incorporazione di un ramo d'azienda, applichi già un diverso contratto collettivo, si fonda normalmente su argomenti privi di rilevanza giuridica, quale ad esempio l'esigenza imprenditoriale di uniformità dei trattamenti (oltretutto smentita dai frequenti casi in cui le stesse imprese preferiscono, per non aumentare i costi, mantenere al loro interno trattamenti collettivi differenziati in relazione alla provenienza di gruppi di lavoratori da diverse acquisizioni di azienda)²⁸; essa soprattutto, come si è detto, è in insanabile contrasto con le regole di efficacia dei contratti collettivi, certamente non superabile con l'indebito appoggio alla Direttiva comunitaria. Tale tesi, inoltre, consentirebbe irragionevoli differenze di trattamento: così, ad esempio, i dipendenti di un ramo d'azienda acquisito da una nuova impresa avrebbero diritto alla conservazione dei precedenti trattamenti, ma basterebbe che la medesima pochi giorni prima della cessione assuma anche un solo lavoratore, applicando allo stesso un certo contratto collettivo, per ritenere sussistente la condizione

²⁷ Non si può approfondire in questa sede, ovviamente, la complessa tematica della legittimazione negoziale delle organizzazioni sindacali e dell'efficacia dei contratti nei confronti dei lavoratori.

²⁸ Differenza di trattamenti peraltro ritenuta legittima dalla giurisprudenza: v. da ultimo Cass. 23 dicembre 2003, n. 19681, segnalata in *RGLNews*, 2004, 1, 9.

per operare la sostituzione automatica per tutti i lavoratori successivamente acquisiti!

In tale quadro, la novella del 2001 contiene un disposto ambiguo, e portatore a mio modo di vedere di complicazioni più che benefici. Appare evidente, nell'intenzione del legislatore, la finalità di temperare gli effetti pregiudizievoli della tesi qui criticata e fatta propria dalla Corte di Cassazione (Roccella 2004, p. 358): sennonchè in tal modo il legislatore interviene in una controversia interpretativa ancora ben poco matura²⁹ e può dare l'impressione (Cester 2001, p. 510; Ballestrero 2002, p. 216) di aver fatto proprio, sia pure ponendovi dei limiti, l'orientamento più criticabile e in contrasto coi principi dell'ordinamento. Tali considerazioni, in ogni caso, non possono avere effetto decisivo nell'interpretazione della norma: il riferimento dell'ultimo periodo del terzo comma all' "effetto di sostituzione" non implica necessariamente una presa di posizione del legislatore sulle origini di tale effetto, che per le ragioni esposte non può essere legale ma derivare esclusivamente dalle dinamiche negoziali sopra descritte. Semmai la norma, nel suo intento di tutela, introduce rigidi limiti alla dinamica della contrattazione collettiva, che paiono non del tutto ragionevoli e forse in contrasto con il principio di libertà sindacale: in sede di contrattazione sull'armonizzazione, le parti sembrano ora vincolate a operare partitamente sui diversi livelli, senza poter operare una libera scelta di quale sia il trattamento collettivo complessivamente più adatto alla regolamentazione dei rapporti di lavoro. Si pensi all'ipotesi di un accordo di armonizzazione relativo alla cessione di un ramo d'azienda da parte di un'impresa impiantistica, che applica la contrattazione nazionale e aziendale del settore metalmeccanico, a un'impresa che applica quella del settore edile articolata sui livelli nazionale e provinciale: ove debba ritenersi la norma legale vincolante, le parti si troverebbero nella difficile situazione di non poter armonizzare i trattamenti previsti dal vigente contratto aziendale col passaggio a quelli del contratto territoriale del diverso settore.

Infine, non può non segnalarsi che la norma utilizza un concetto tipico delle relazioni sindacali (il "livello" di contrattazione) che è privo nel nostro ordinamento di un preciso significato giuridico, anche in forza della libertà costituzionalmente garantita degli sviluppi della contrattazione collettiva, che sarebbe limitata da una formalizzazione giuridica dei livelli e degli ambiti di contrattazione. Così facendo, la legge provoca anche in questo caso notevoli dubbi interpretativi: si pensi all'ipotesi di quelle grandi imprese, o gruppi di imprese, nelle quali il contratto aziendale o di

²⁹ Con una sola pronuncia di legittimità, per di più emanata a soluzione di una vicenda affatto particolare.

gruppo è anche contratto nazionale (era il caso, ad esempio, del contratto delle ferrovie, solo di recente sostituito dal contratto collettivo nazionale del settore delle attività ferroviarie). In caso di cessione di un'azienda da un tale settore ad altra impresa, che voglia concordare con le organizzazioni sindacali il passaggio alla disciplina di un diverso contratto collettivo nazionale, le due fonti in comparazione potranno ritenersi del medesimo livello? E se quell'impresa offre anche l'applicazione di un contratto aziendale integrativo del contratto di categoria, quali sono i terreni corretti di confronto? Come si vede, è necessaria un'opzione interpretativa diretta a rimuovere il carattere vincolante, per le parti collettive, della norma, pena la sua assurdità e l'inevitabile censura di illegittimità costituzionale.

5.2. Il problema degli usi aziendali ...

La conservazione dei diritti del lavoratore prevista dal primo comma dell'art. 2112 implica, come si è detto, che il cessionario riconosca ai lavoratori divenuti suoi dipendenti tutti i diritti contenuti nel contratto individuale: ciò vale anche per l'effetto di eventuali usi aziendali che lo abbiano integrato. Sotto questo profilo si ripropone, dunque, la dibattuta questione di quale sia il comportamento del datore di lavoro cedente che, reiterato nel tempo con apprezzabile continuità, e caratterizzato dalla cd. spontaneità, dalla generalità, oltre che dal carattere favorevole per i lavoratori, non potrà in quanto tale essere modificato dalla disciplina collettiva del cessionario (cfr. Cester, Miscione, Zoli 1998, I, p. CVII). Si pone dunque il problema di fare il punto - certamente in maniera non esaustiva - sulla qualificazione degli "usi aziendali" (Liebman 1991, p. 141; Castelvetti 1997, p. 161) e soprattutto di valutare l'effetto che questi ultimi producono, qualora creati anteriormente al trasferimento del complesso aziendale o di un ramo di esso, sotto il profilo della loro rilevanza e dell'obbligatorietà nei confronti del cessionario (vedi, ancora, Romei 1993, p. 157; Cester, Miscione, Zoli 1998, p. CX).

In merito, deve subito segnalarsi che qualora un diritto esistente al momento del trasferimento trovi origine in un uso aziendale, la giurisprudenza prevalente (Bellestrero 2001, p. 288) continua a ritenere che lo stesso integri il contratto individuale di lavoro, e in quanto tale non sia derogabile *in peius* dalla contrattazione collettiva e sia vincolante nei confronti del cessionario³⁰. L'univocità delle pronunce di legittimità, la cui

³⁰ Cfr. Cass. 30 marzo 2001, n. 4773, in *NGL*, 2001, 574; Cass. S.U. 17 marzo 1995, n. 3101, in *MGL*, 1995, 162; Cass. S.U. 30 marzo 1994, n. 3134, in *FI*, 1994, I, 2114; Cass.

massima può dirsi ormai divenuta tralaticia³¹, si ferma tuttavia all'esito dell'*iter* logico-argomentativo delle singole motivazioni: sembra, infatti, condivisibile l'osservazione (Liebman 2000, p. 596) che se la Suprema Corte pare aver chiaro il risultato da perseguire - ovvero, l'obbligatorietà della prassi aziendale - affannosa e contraddittoria si rivela, di contro, la ricerca di un fondamento normativo dell'istituto in esame.

Tornando dunque a monte delle questioni poste, è opportuno dare atto che i percorsi finora intrapresi dalla giurisprudenza per mantenere vitale una fattispecie che rischia altrimenti di ridursi ad una mera convenzione linguistica (Castelvetri 2000b, p. 610) sono, in linea di massima, così sintetizzabili: a) accertata *a posteriori* la spontaneità del comportamento datoriale, l'uso aziendale, che deriva dal mero fatto della sua reiterazione, sarebbe assimilabile alle clausole d'uso disciplinate dall'art. 1340 c.c., concorrendo a integrare il contenuto del contratto individuale in difetto della contraria volontà delle parti³²; irrilevante sarebbe, in tal senso, l'indagine relativa all'elemento soggettivo o psicologico posto a base della condotta del datore di lavoro; b) in presenza delle acquisite caratteristiche strutturali - attribuzione spontanea e ripetuta, a tutti i dipendenti o ad una categoria di essi, di un trattamento più vantaggioso - l'uso aziendale, come comportamento concludente, svolgerebbe una funzione interpretativa della volontà dei contraenti individuali, in quanto tale integrativa del contenuto di ciascun singolo regolamento negoziale ai sensi dell'art. 1374 c.c.³³.

Come noto, la contraddittorietà di tale filone interpretativo, fatta salva l'identità dei risultati conseguiti anche attraverso confuse soluzioni mediane, è stata a più riprese sottolineata dalla dottrina (cfr. Liebman 1995, p. 215; Liebman 1997, p. 7; Castelvetri 2000b, p. 608; Gandi 2000, p. 77; Valente 2002, p. 227), le cui critiche vanno ben al di là della mancata correttezza dei riferimenti normativi fondanti le pronunce di legittimità. Prima fra tutte, un'obiezione di metodo (Liebman 1995, p. 219) che ha indotto a interrogarsi sul perché la giurisprudenza abbia sempre ricondotto alla medesima qualificazione di "usi aziendali" fattispecie concrete profondamente diverse: da un lato, situazioni in cui sia in discussione la legittimità di un disimpegno unilaterale dell'imprenditore da obbligazioni sorte verso soggetti che già sono stati ripetutamente destinatari di un determinato beneficio; dall'altro, casi nei

24 maggio 1991, n. 5903, in *MGL*, 1991, 641; Cass. 19 aprile 1980, n. 2585, in *FI*, 1980, I, 2504.

³¹ V. da ultimo Cass. 17 maggio 2002, n. 7200, in *MGL*, 8-9, 2002, 596.

³² V. tra le tante Cass. S.U. 30 marzo 1994, n. 3134; Cass. S.U. 23 agosto 1990, n. 8573, in *MGL*, 1990, 119.

³³ V. tra le meno risalenti Cass. 17 aprile 1984, n. 2498, in *NGL*, 1984, 541.

quali la controversia abbia ad oggetto la pretesa sussistenza del medesimo vincolo anche nei confronti di lavoratori diversi dai beneficiari originari, alla sola condizione che questi vengano a trovarsi nella medesima situazione di fatto.

Accogliendo le numerose sollecitazioni della dottrina (che qui non è possibile ripercorrere integralmente), la Cassazione in alcune pronunce ha fornito una differente ricostruzione del fenomeno: esclusa la correttezza dei riferimenti normativi precedentemente adottati e rivalutata l'esigenza di ricondurre nell'ottica negoziale l'inquadramento e gli effetti degli usi aziendali, la Suprema Corte ha stabilito che qualora sia possibile rilevare l'avvenuta formazione di una volontà del datore di lavoro di riconoscere un beneficio non obbligatorio ai singoli o ad una cerchia di dipendenti, in presenza di una ripetizione di tale comportamento, l'uso aziendale sarebbe idoneo a far "sorgere un obbligo unilaterale di carattere collettivo, che agisce sul piano dei singoli rapporti individuali allo stesso modo e con la stessa efficacia di un contratto collettivo aziendale, sostituendo alle clausole contrattuali e quelle collettive in vigore, quelle più favorevoli dell'uso aziendale"³⁴.

Parte della dottrina e qualche sporadica pronuncia vanno, tuttavia, oltre tale riconduzione dell'istituto all'interno dello schema negoziale e della logica volontaristica, traendone la conseguenza che "l'uso aziendale in sé non esista" (Liebman 2000, p. 595), in quanto gli effetti che ne conseguono "non possono che essere ricondotti ad una delle due sole ipotesi alternativamente possibili: in un caso, l'eventuale stabilizzazione del vincolo nei confronti di coloro che già siano stati beneficiari del trattamento favorevole, a seguito di una modifica, per fatti concludenti, dei singoli contratti individuali; nell'altro, l'avvenuta stipulazione di un contratto collettivo tacito, qualora l'effettiva presenza di un interlocutore sindacale e il complessivo comportamento delle parti consentano di collocare ragionevolmente il fenomeno sul piano dei rapporti collettivo-sindacali"³⁵.

Le alternative di inquadramento risultanti da questa schematica ricostruzione di un istituto di esclusiva creazione giurisprudenziale - che, proprio in quanto tale, necessariamente risente delle oscillazioni degli indirizzi interpretativi - producono diversi effetti nella vicenda del trasferimento d'azienda. La ripetuta e consolidata soluzione secondo cui l'uso integra il contenuto del contratto individuale conduce, come si è detto, a ribadire l'orientamento largamente prevalente secondo il quale i trattamenti migliorativi da esso derivanti assumono carattere vincolante

³⁴ V. Cass. 6 novembre 1996, n. 9690, in *RIDL*, 1997, II, 687 con nota di Occhino, 693; Cass. 27 novembre 1999, n. 13294 in *OGL*, 2000, 1, 61.

³⁵ Così Trib. Milano 10 luglio 1998, in *MGL*, 1999, 43.

per il cessionario; diversa, ovviamente, è la prospettiva aperta dalla tesi di una valenza collettiva della fattispecie in esame³⁶, che ne consentirebbe l'inquadramento nelle regole di evoluzione dinamica dei trattamenti di fonte collettiva sopra analizzate, e dunque la modificabilità dell'uso, ma soltanto in forza di un nuovo contratto collettivo in materia. Peraltro una simile prospettiva, certamente più sensibile alle dinamiche del confronto collettivo, non potrebbe essere imboccata acriticamente, ma dovrebbe essere filtrata dall'accertamento concreto, secondo criteri d'esperienza e in relazione alle circostanze del caso specifico (prudente Romei 1993, p. 163), che il comportamento originariamente unilaterale del datore di lavoro abbia effettivamente dato vita per volontà delle parti - datore di lavoro e sindacati, effettivamente e attivamente presenti nella realtà aziendale - a un contratto collettivo tacito. In proposito - e pur muovendo da opzioni culturali che inducono a guardare simpateticamente alla lettura 'collettivo-sindacale' degli usi aziendali - non si può non rilevare che essa rischia di perdere progressivamente legittimazione e praticabilità in un contesto che, proprio in forza della crescente frammentazione e riduzione delle dimensioni di impresa, vede restringersi sempre più gli spazi di radicamento del potere sindacale, e dunque di concreto sviluppo di un effettivo contropotere collettivo.

5.3. ... e quello dei trattamenti previdenziali integrativi

L'intreccio delle situazioni giuridiche che vedono implicati, all'interno della vicenda circolatoria dell'azienda, il lavoratore, il datore di lavoro e gli enti di gestione dei fondi di previdenza complementare ha per lungo tempo costituito un terreno d'indagine meno esplorato rispetto alle tematiche classiche sopra analizzate (v. Villani 2000, p. 68). Nell'ultimo decennio, tuttavia, si registrano un crescente interesse verso l'argomento (per tutti, Tursi 1994; Tursi 2001, p. 463; Miani Canevari 2001, p. 186) giustificato dalla centralità che il sistema di previdenza ha assunto nelle scelte dei modelli di sviluppo.

Per quanto riguarda il profilo che qui maggiormente interessa, è noto che il dibattito dottrinale avente ad oggetto gli effetti giuridici del trasferimento d'impresa sui diritti alle prestazioni pensionistiche complementari prende avvio da due osservazioni: la deroga di cui all'art. 3, par. 3 della Direttiva sul trasferimento d'azienda, che consente di sottrarre alle regole generali, in materia di tutela dei diritti derivanti dal contratto individuale e dal contratto collettivo, "i diritti dei lavoratori a prestazioni di vecchiaia, d'invalidità o per i superstiti dei regimi

³⁶ Nella sua versione più estrema, vedi l'isolato precedente Cass. 19 marzo 1986, n. 1916, in *ADL*, 1995, 1, 393.

complementari di previdenza professionali o interprofessionali, esistenti al di fuori dei regimi legali di sicurezza sociale degli Stati membri" (vedi, Foglia 1986, p. 431); l'assenza nell'art. 2112 c.c. di una previsione espressa circa il mantenimento di tali diritti (Romei, 1993, p. 168) in capo a dipendenti che fossero destinatari di una forma di previdenza complementare presso il cedente.

Il medesimo punto della Direttiva citata, peraltro, pone l'obbligo agli Stati membri di adottare le misure necessarie per tutelare gli interessi dei lavoratori "per quanto riguarda i diritti, da essi maturati o in corso di maturazione", relativi "ai regimi di previdenza complementare": parte della dottrina (Cinelli 1991, p. 273; Persiani 1992, p. 76) si è dunque interrogata sulla possibilità di comprendere tali posizioni giuridiche nella nozione dei diritti "derivanti" dal rapporto di lavoro disciplinati dal primo comma dell'art. 2112 c.c., e sulla completa e corretta attuazione, da quest'ultimo punto di vista, della Direttiva (Cester 2004, p. 241).

L'orientamento prevalente ritiene (Cinelli 1991, p. 279; Piccinino 1992, p. 268; Romei 1993, p. 171), invero, che la risposta relativa all'idoneità o meno dell'art. 2112 c.c. a tutelare le obbligazioni inerenti a fondi di previdenza integrativa vada fornita distinguendo gli assetti strutturali che contraddistinguono le sue varie tipologie (sulle quali vedi, Romagnoli 1960, p. 858; Ghera 1988, p. 115). Nel caso di fondi "interni", ovvero quando il cedente applichi una fonte istitutiva di un fondo, di norma un contratto collettivo aziendale o di categoria, per cui tra datore di lavoro e lavoratore intercorre un rapporto obbligatorio accessorio, compenetrato al rapporto di lavoro stesso, sarebbe possibile e necessaria la prosecuzione con il cessionario dei rapporti afferenti il fondo pensione, nei limiti e con le modalità di cui all'art. 2112, comma 3 c.c. (meglio, con tutti i problemi di definizione dell'effetto sostitutivo: v. *supra*).

Qualora, invece, le obbligazioni previdenziali ineriscano a un fondo dotato di personalità giuridica, lo schermo costituito da tale distinta soggettività e l'inesistenza di un rapporto accessorio "derivante" da quello di lavoro impedirebbero l'applicabilità del principio di mantenimento (da ultimo, Passalacqua 2002, p. 538), dovendosi nella fattispecie dei fondi "esterni" fare ricorso all'art. 2558 c.c., secondo il quale il subentro del cessionario ha luogo solo "se non è pattuito diversamente".

Soffermandosi, per evidenti esigenze di sintesi, sui fondi istituiti successivamente all'entrata in vigore del D.Lgs. 124/93, parte della dottrina ha ritenuto che l'unica norma collegata alla tematica in esame e rappresentativa della soluzione adottata dal legislatore italiano - su sollecitazione di quello comunitario - sia l'art. 10 del menzionato decreto il quale, offrendo un'apposita regolamentazione dei diritti del lavoratore

alla garanzia della propria posizione previdenziale in caso di trasferimento da un fondo all'altro, ben si presterebbe a disciplinare anche l'ipotesi in cui tale mutamento dipenda da vicende che travalicano la sfera individuale del lavoratore (vedi, anche sulle forme considerate dagli artt. 2117 e 2123 c.c., Cinelli 2002, p. 55; Passalacqua 2002, p. 539).

Di contro si è rilevato (Tursi 2003, p. 451) come la ricordata Direttiva non autorizzi affatto una distinzione tra fondi 'esterni' e 'interni' ai fini dell'applicabilità dell'art. 2112 e che l'art. 10, primo comma, D.Lgs. 124/93 più che sostituire la norma generale a questa si affianca, concorrendo con la stessa a disciplinare una fase logicamente successiva a quella del trasferimento d'azienda. Sembra, infatti, condivisibile il ragionamento secondo cui solo qualora il trasferimento dell'impresa, o di un ramo di essa, abbia determinato la fuoriuscita dall'ambito di applicazione della fonte istitutiva del fondo pensione (ad esempio, perché il cessionario transiti legittimamente all'applicazione di un diverso contratto collettivo), si sarà in presenza di una cessazione dei requisiti di partecipazione, con conseguente attribuzione ai lavoratori del diritto a esercitare una delle opzioni previste dall'art. 10, cit.; allorquando, invece, la vicenda circolatoria veda coinvolte aziende in cui operi un medesimo fondo, di gruppo o di categoria, non troverà applicazione la disposizione speciale, mentre la disciplina di cui all'art. 2112 "troverà un concreto spazio di operatività non tanto con riferimento alla perpetuazione degli obblighi afferenti per il futuro al fondo - ché tali obblighi incombono sulle parti in virtù dell'adesione al fondo, non interrotta dalla vicenda traslativa aziendale -, quanto con riguardo alla regola della responsabilità solidale tra vecchio e nuovo datore di lavoro per le obbligazioni pregresse" (Tursi 2001, p. 474).

Una conferma di tale tesi pare essere stata fornita proprio dal giudice comunitario³⁷, il quale ha affermato che i diritti a una prestazione di pensionamento anticipato, prevista e disciplinata da un contratto collettivo, e non ricadenti in alcuna delle ipotesi di esclusione di cui all'art. 3, par. 3 della Direttiva 77/187/CE, si trasferiscono automaticamente e inderogabilmente in capo al cessionario. In altre parole, le argomentazioni che sulla base dell'autonomia del rapporto di previdenza complementare dal rapporto di lavoro tendevano a negare l'applicabilità dell'art. 2112 e quindi dell'effetto traslativo sembrerebbero definitivamente superate alla luce del criterio adottato dalla Corte, di stretta interpretazione delle fattispecie contemplate dalla deroga al principio generale.

³⁷ Corte di Giustizia 4 giugno 2002, *Beckmann Dynamco Whicheloe Macfarlane Ltd.*, C 164/00, in *RIDL*, 2003, II, 397.

Un ultimo cenno va fatto a un'ulteriore questione che si è posta soprattutto in passato, a fronte della diffusa affermazione dottrinale (vedi, in tale senso Persiani 1992, p. 74; Romei 1993, p. 172) della natura retributiva, in quanto corrispettiva dell'attività lavorativa svolta, delle prestazioni erogate dai regimi di previdenza complementare. Il problema - che sembrava ormai chiuso alla luce delle pronunce della Corte Costituzionale³⁸, sebbene recentemente risollevato dalla Cassazione³⁹ - assumeva e assume notevole interesse in relazione alla possibilità che per le forme pensionistiche complementari la contrattazione collettiva (dello stesso livello) applicata dal cessionario imprima all'effetto sostitutivo una dinamica distinta rispetto a quella coinvolgente i trattamenti economici e normativi latamente intesi (vedi, ancora, Tursi 2001, p. 130).

In particolare, se è possibile sostenere che il diritto alle prestazioni previdenziali si è certamente perfezionato in capo ai singoli beneficiari il cui rapporto di lavoro sia cessato anteriormente al trasferimento, nell'ipotesi di prosecuzione del rapporto presso un cessionario (eventualmente) non soggetto alla disciplina collettiva istitutiva del fondo sorge la questione della conservazione, o della rilevanza, di quanto è stato accantonato per il periodo in cui la prestazione è stata eseguita nell'impresa cedente. Affermare la natura di retribuzione differita dei trattamenti di previdenza integrativa, per quanto opinabile a seguito del D.Lgs. 124/93, significava, da un lato, ammettere l'intangibilità delle quote accantonate presso il fondo di provenienza, in qualità di somme già entrate nel patrimonio dei singoli lavoratori, pur essendo la loro erogazione differita al momento dell'estinzione del rapporto di lavoro (cfr. Persiani 1992, p. 81; Romei 1993, p. 174); dall'altro, fornire una risposta soddisfacente alla scansione fra mere aspettative e situazioni giuridiche definite nella logica dei diritti quesiti⁴⁰ (vedi, Spagnuolo Vigorita 1995, p. 32; Villani 2000, p. 116).

Se, invece, come si sostiene anche alla luce dell'art. 7, comma quinto, D.Lgs. 124/93 (oltre che della ricordata giurisprudenza costituzionale), si abbandona l'idea che il trattamento pensionistico complementare si configuri come corrispettivo del lavoro svolto, per aderire alla tesi secondo cui "la natura lavoristicamente corrispettiva dei contributi di previdenza complementare altro non è che la necessaria

³⁸ V., tra le tante nel senso della natura strettamente previdenziale dei contributi in esame, C. Cost. 8 settembre 1995 n. 421, in *MGL*, 1995, 535; C. Cost. 8 giugno 2000 n. 178, in *MGL*, 2001, 91; per una sintesi in dottrina, Miani Canevari 2001, p. 195; Poso 2002, p. 318.

³⁹ Cass. 2 novembre 2001 n. 13558, in *RIDL*, 2002, II, 312; cfr. in senso critico, Tursi 2002, 489.

⁴⁰ Cfr. Cass. 12 febbraio 1990, n. 987, in *RIDL* 1990, II, 290.

implicazione della caratterizzazione contrattuale e volontaria" di tali forme contributive (Tursi 2002, p. 497), ne discende che difficilmente la soluzione di tutela di tali posizioni potrà passare attraverso l'intangibilità dei cd. "diritti acquisiti"⁴¹. In tale seconda prospettiva, la risposta andrebbe dunque cercata nel rapporto "di concorrenza" (v. Tursi 1994, p. 113) che sussiste tra la disciplina del trasferimento d'azienda e la normativa speciale (artt. 11 e 18, comma settimo, D.Lgs. 124/93), laddove, a fronte di un cessionario che intenda (nei limiti in cui ciò possa legittimamente avvenire) sottrarsi agli obblighi derivanti dal fondo operante presso il cedente, ricorrerà un'ipotesi di "scioglimento del fondo pensioni per vicende concernenti i soggetti tenuti alla contribuzione" (art. 11, comma primo) la quale prevede una copertura assicurativa diretta per i pensionati, e il rinvio, per i lavoratori in servizio, alle opzioni di cui all'art. 10 (adesione al nuovo fondo; adesione ad un "fondo aperto"; riscatto della posizione individuale).

6. L'obbligazione solidale prevista dal secondo comma dell'art. 2112 c.c.

Se nell'ambito della modifica soggettiva dal lato del datore di lavoro la prima e fondamentale tutela per i lavoratori trasferiti consiste nella continuazione del rapporto di lavoro con il cessionario, l'ulteriore strumento utilizzato dal legislatore in funzione di garanzia della posizione creditoria è rappresentato, come noto, dalla particolare ipotesi di responsabilità solidale prevista dal secondo comma della norma in commento.

A quadro normativo immutato sul punto, sembra inopportuno ripercorrere interamente il dibattito che ha animato la dottrina a seguito della scomparsa (con l'art. 47, l. 428/90) di ogni criterio limitativo della responsabilità del cessionario, rappresentato dalla "conoscenza o dalla conoscibilità" del credito di cui lavoratore ceduto fosse titolare al momento del trasferimento, piuttosto che dall'esplicito riferimento ai crediti che "trovano causa nella disdetta data dall'alienante" (su cui Grandi 1972, p. 361; Romei 1993, p. 175; Cosio 1995, p. 105). Le problematiche su cui pare opportuno soffermarsi sinteticamente in questa sede riguardano, da un lato, l'inquadramento teorico della fattispecie "obbligazione solidale", dall'altro, la definizione del campo di applicazione del principio di solidarietà: di tutela dei crediti dei soli lavoratori ceduti ovvero anche di coloro il cui rapporto di lavoro sia legittimamente cessato in un momento anteriore al trasferimento d'azienda.

⁴¹ Cfr. Cass. 23 aprile 1999, n. 4069, in *MGL*, 1999, 717.

Sotto il primo profilo, la dottrina prevalente (per una ricostruzione degli orientamenti sul punto, vedi Romei 1993, p. 176; Lambertucci 1999, p. 38) ha affermato che la previsione contenuta nel secondo comma dell'art. 2112 c.c. non determina, in ordine alla responsabilità solidale, la successione del cessionario nel debito del cedente, bensì l'accessione di un nuovo obbligato a quello originario, per cui, a seguito dell'ingresso *ex lege* di un nuovo soggetto nel rapporto, si verificherebbe, dal punto di vista del soggetto passivo, la trasformazione dell'obbligazione da semplice a complessa. Se l'aggiunta di un nuovo soggetto obbligato (il cessionario) all'originario debitore si giustifica, in termini funzionali, in una logica di sostanziale rafforzamento della posizione creditoria del lavoratore, una recente rilettura dell'istituto (Corazza 1997) ne ha invero suggerito un diverso e interessante inquadramento che tenga conto dell'ambito nel quale questo strumento viene utilizzato. Ripercorrendo le diverse nozioni di solidarietà accolte dalla dottrina civilistica, si è a tal fine sottolineato come il vero nodo problematico che ha caratterizzato l'inquadramento delle obbligazioni solidali, nell'ambito delle obbligazioni soggettivamente complesse, riguardi l'individuazione dell'*eadem causa obligandi*. La legge parla, infatti, in generale di solidarietà con riferimento a due ambiti non omogenei: le obbligazioni contratte nell'interesse esclusivo di uno dei coobbligati - dove la connessione si esprime in termini di accessorietà, per cui a un'obbligazione principale se ne aggiunge una con funzione di garanzia - e le obbligazioni caratterizzate dalla comunione di interessi tra i contraenti, comprese nella più ampia categoria delle obbligazioni soggettivamente complesse (Corazza 2003, p. 227). In quest'ultima prospettiva, si è proposto di valorizzare l'operazione economica complessa che coinvolge le prestazioni lavorative (sino a individuarvi profili di collegamento negoziale), cui l'ordinamento ricondurrebbe conseguenze giuridiche che vanno oltre la mera funzione di garanzia della parte debole del rapporto, in funzione appunto "di regolazione delle operazioni economiche che attraverso complesse vicende negoziali utilizzano o coinvolgono l'attività lavorativa" (Corazza 1997, p. 91).

Quanto al campo di applicazione del secondo comma dell'art. 2112, è ormai prevalente in giurisprudenza l'orientamento secondo cui la solidarietà tra cedente e cessionario per i crediti vantati dal lavoratore al momento del trasferimento presuppone la vigenza del rapporto, e non è quindi riferibile ai lavoratori il cui rapporto sia cessato prima del trasferimento stesso, per i quali troverebbe applicazione l'art. 2560 c.c.⁴²;

⁴² V. Cass. 16 giugno 2001, in *MGL*, 2001, 836; Cass. 19 dicembre 1997, n. 12889, in *RIDL*, 1998, II, 764; nella giurisprudenza di merito Trib. Milano 25 ottobre 2001, in *OGL*, 2002, 1,

ciononostante, i contributi dottrinali sul punto continuano a dividersi (v., anche per una sintetica analisi dell'evoluzione giurisprudenziale, Luzzana 1998, p. 120; Del Conte 1998, p. 238).

Secondo un'opinione che ha trovato eco nella ricordata giurisprudenza, la normativa italiana andava invero letta sulla scorta di un'unitaria ricostruzione della disciplina comunitaria, di cui ha poi costituito il recepimento. E se l'art. 3 par. 1 della Direttiva 77/187/CE prevedeva solo in via facoltativa la possibilità che gli Stati membri disciplinassero la responsabilità solidale del cedente, per gli obblighi anteriori al trasferimento, la normativa comunitaria sarebbe comunque stata "pienamente idonea a conformare l'interpretazione di cui debbono essere poi oggetto le disposizioni di diritto interno" (Liebman 1993, 845). A tale stregua, e nel quadro dell'eliminazione dell'inciso che includeva nell'area della responsabilità solidale quel "credito che trova causa nella disdetta data dall'alienante", sarebbe parso incongruo - anche perché contrario a esigenze di razionalizzazione degli scambi commerciali - ipotizzare che il cessionario dovesse rispondere anche dei crediti di lavoratori il cui rapporto di lavoro si fosse definitivamente risolto anteriormente alla cessione (Lambertucci 1999, p. 49).

Di contro si riteneva che la responsabilità solidale dovesse abbracciare ogni credito vantato dal lavoratore che trovasse causa nel rapporto di lavoro, purché maturato in epoca anteriore al subingresso dell'acquirente nella titolarità dell'azienda (vedi, Grandi 1972, p. 358; Magrini 1980, p. 203; Romei 1993, p. 183). Secondo questa tesi, se è vero che i crediti anteriori al trasferimento e relativi a rapporti di lavoro già cessati rimangono estranei alla vicenda successoria di cui al primo comma dell'art. 2112 c.c., a maggior ragione si pone per gli stessi un problema di garanzie realizzate attraverso lo strumento della responsabilità solidale tra cedente e cessionario (cfr. Romei 1998, p. 769). In questo senso, e non senza indici normativi a favore di tale orientamento (la soppressione della regola di "conoscenza e conoscibilità dei crediti": vedi, Cosio 1995, p. 109), si è sostenuto che la differenziazione fra crediti e crediti in ragione della continuazione del rapporto sarebbe contraddittoria rispetto alla *ratio* stessa del principio di solidarietà, rappresentato dall'esigenza di assicurare a tutti i lavoratori la permanenza di quelle ragioni di garanzia costituite dal complesso dei beni aziendali⁴³.

151; Trib. Milano 15 marzo 2000, in *OGL*, 2000, 2, 464; Trib. Milano 10 luglio 1998, in *OGL*, 1998, 636.

⁴³ In giurisprudenza, sia pure con carattere di orientamento minoritario, v. Trib. Milano 25 marzo 2000, in *Lav. Giur.*, 200, 799; Trib. Milano 10 luglio 1999, in *Lav. Giur.*, 1999, 1162;

Nel bilanciamento degli interessi in gioco - l'interesse al credito derivante dal rapporto di lavoro e l'interesse alla circolazione dell'azienda - non pare che gli argomenti letterali riferiti al diritto interno o a quello comunitario assumano valore decisivo: semmai viene da osservare - quasi sul piano del contesto culturale dell'operazione interpretativa - che l'accentuazione del nesso tra rapporti di lavoro e azienda, che l'orientamento dominante ha fortemente promosso per legittimare le operazioni di scorporo ed esternalizzazione (tale per cui il contratto si lega necessariamente e quasi oggettivamente all'azienda, annullando la dimensione soggettiva dell'autonomia nel rapporto con il titolare della medesima) dovrebbe per coerenza avvalorare l'orientamento che nell'azienda riconosce la principale garanzia patrimoniale dei crediti del lavoratore, perciò destinata a permanere anche dopo la cessione a prescindere dalla vitalità del rapporto al momento della stessa.

7. Il regime di solidarietà negli appalti successivi al trasferimento di ramo d'azienda

Con l'entrata in vigore del D.Lgs. 276/2003 (art. 32), l'art.2112 c.c. si è arricchito di un sesto comma del quale appare oscura la formulazione, tale da suscitare subito una pluralità di interpretazioni. Al fine di proporre una lettura coerente e ragionevole, è opportuno richiamare lo sviluppo e il contesto della norma: la legge delega n. 30/2003, all'art. 1, comma secondo, lett. *p*), prevede la revisione della disciplina del trasferimento d'azienda indicando, al terzo criterio di delega, la previsione "di un regime particolare di solidarietà tra appaltante e appaltatore, nei limiti di cui all'art. 1676 del codice civile, per le ipotesi in cui il contratto di appalto sia connesso ad una cessione di ramo d'azienda". Tale disposizione trova origine nell'accordo tra Governo e parti sociali (con esclusione della Cgil) del luglio 2002, e sembra dunque sottintendere la volontà di prevedere una tutela aggiuntiva per i lavoratori nei casi di esternalizzazione, anche quale bilanciamento dell'attenuazione dei criteri di controllo del trasferimento dovuto all'eliminazione del requisito della "preesistenza" in tema di definizione della fattispecie (così Biagi, Tiraboschi 2003, p. 487): il legislatore delegato, tuttavia, ha adempiuto a tale compito con una disposizione mal formulata, senza sviluppare adeguatamente il contenuto della delega e anzi, se possibile, rendendolo ancor meno perspicuo.

Il nuovo ultimo comma dell'art. 2112 fa riferimento al caso in cui, dopo il trasferimento di un ramo d'azienda, si instauri tra cedente e

Cass. 27 novembre 1992, n. 12665, in *RIDL*, 1993, II, 838; Cass. 23 marzo 1991, n. 3115, in *MGL*, 1991, 241.

cessionario (qui scorrettamente nominati alienante e acquirente) un contratto di appalto "la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione": in tale ipotesi la norma dispone che tra appaltante e appaltatore operi "un regime di solidarietà di cui all'articolo 1676". Quest'ultima norma, come è noto, prevede che i dipendenti dell'appaltatore impiegati nell'opera o nel servizio appaltati possano proporre un'azione diretta contro il committente per ottenere il pagamento di quanto è loro dovuto, ma con il limite del debito che il committente ha verso l'appaltatore (in genere, a titolo di residuo corrispettivo dell'opera o del servizio) al momento in cui viene proposta la domanda.

Il fenomeno regolato, come accennato, è con tutta evidenza quello delle esternalizzazioni, e in particolare di quelle operazioni che - nei limiti consentiti dalla corretta interpretazione della disciplina del trasferimento d'azienda, qui dati per presupposti - vedono la cessione a terzi di un ramo d'azienda funzionalmente autonomo, non finalizzata tuttavia alla definitiva dismissione dal ciclo produttivo di una parte di attività: il cedente rinuncia bensì alla gestione diretta della stessa per affidarla a un terzo, mantenendola nella propria complessiva attività produttiva sulla base di un rapporto di integrazione contrattuale (per tale concetto, che anche nel seguito della nostra analisi assumerà rilievo centrale, v. Corazza 2003). La finalità del legislatore sembra essere quella di indirizzare l'attore principale dell'operazione (l'impresa decentrante) verso la scelta di imprese terze serie e responsabili, e impedire che l'operazione abbandoni i lavoratori coinvolti a soggetti di scarsa affidabilità patrimoniale; sembra quasi che il legislatore voglia sottolineare che il decentramento di attività a terzi post-cessione d'azienda rischi maggiormente, rispetto al decentramento puro verso un soggetto già presente sul mercato con una propria organizzazione, di dar luogo alla presenza di imprese in condizioni di dipendenza e economica e minore solvibilità. Tuttavia, la giusta direttiva trova poi uno sviluppo debole e confuso, in realtà già compromesso dal riferimento della legge delega ai limiti di cui all'art. 1676.

La norma, infatti, pone problemi sia per la corretta individuazione del suo campo di applicazione, oggettivo e soggettivo, sia per quanto attiene agli effetti di disciplina. Quanto al primo profilo, il generico riferimento all'appalto svolto utilizzando il ramo d'azienda ceduta fonda il dubbio se tra cessione e contratto d'appalto debba esservi continuità, ovvero se la regola operi anche verso un appalto attivato in un momento successivo (cfr. Cester 2004, p. 269; Chisari 2004, p. 592). Inoltre, non è chiaro se destinatari della norma siano i lavoratori originariamente addetti al ramo d'azienda ceduto, ovvero solo quelli poi effettivamente impiegati

nell'attività appaltata. Sotto il secondo profilo, si pongono i problemi del rapporto con il secondo comma dell'art. 2112 - solidarietà per i crediti sussistenti all'atto della cessione -, con l'art. 29 del D.Lgs. 276 - solidarietà tra committente e appaltatore negli appalti di servizi - e con lo stesso l'art. 1676 c.c. - rispetto al quale la norma potrebbe sembrare un'inutile ripetizione di una regola già operante, sulla base appunto del disposto codicistico.

E' mia opinione che ognuno di tali problemi, nella faticosa ricostruzione di un significato ragionevole della norma, vada affrontato avendo presente il contesto e le finalità sopra descritti. Ciò consente di respingere qualsiasi tesi che abbia un carattere limitativo di garanzie attribuite ai lavoratori in forza di altre disposizioni: è evidente infatti che l'intenzione del legislatore, per quanto mal tradotta, fosse quella di rafforzare la garanzia dei crediti e non di indebolirla, quando l'appalto succeda ad una esternalizzazione mediante trasferimento d'azienda. Pertanto, dovrà rintracciarsi un significato della disposizione che aggiunga garanzie altrimenti non previste.

E' certo infondata, in primo luogo, l'idea che il sesto comma dell'art. 2112 deroghi in senso peggiorativo all'obbligazione solidale piena tra cedente e cessionario, prevista dal secondo comma, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento (così Salimbeni 2004, p. 605). Ciò deve ritenersi sia per coerenza alla volontà del legislatore (Biagi, Tiraboschi 2003, p. 487) sia soprattutto per la differenza di fattispecie regolate, poiché il sesto comma dell'art. 2112, a differenza del secondo, incide sui rapporti di credito che insorgono nella vicenda successiva al trasferimento (Corazza 2003, p. 225; Chisari 2004, p. 590; Cester 2004, p. 268). L'ipotizzata attenuazione della garanzia di solidarietà all'atto del trasferimento d'azienda dovrebbe inoltre considerarsi viziata da un eccesso di delega rispetto all'art. 1 della l. 30/2003, nonché dalla violazione della clausola di non regresso nell'attuazione della direttiva, implicitamente richiamata dallo stesso incipit dell'art. 32, primo comma, D.Lgs. 276/2003, nella parte in cui interviene sulla disciplina del trasferimento (Cester 2004, p. 247).

Appena più complicato appare il rapporto tra la norma in commento e l'art. 29, secondo comma, D.Lgs. 276, nella parte in cui prevede che negli appalti di servizi - che ben potrebbero essere appalti la cui esecuzione avviene utilizzando un ramo d'azienda oggetto in precedenza di cessione - il committente sia obbligato in solido per i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti ai dipendenti dell'appaltatore, senza alcun limite se non quello temporale di un anno dalla cessazione dell'appalto (Scarpelli 2004, par. 8): vi è dunque una parziale sovrapposizione di fattispecie e l'intreccio di due regimi di

garanzia differenti (quello del 2112 peggiorativo quanto all'apposizione di un limite al debito del committente, ma più ampio quanto ai crediti tutelati; v. *infra*). Anche in questo caso dev'essere respinta la tesi, per quanto proposta criticamente (Salimbeni 2004, p. 606; Cester 2004, p. 270; Roccella 2004, p. 366; Corazza 2003, p. 226) secondo la quale il sesto comma dell'art. 2112 renderebbe inapplicabile il secondo comma della norma sugli appalti di servizi: vi osta la necessità di una lettura coerente alla legge delega e la non coincidenza di fattispecie e discipline, tale da rendere improponibile un rapporto derogatorio tra norma generale e norma speciale. Inoltre, l'irragionevole disparità di trattamento tra lavoratori coinvolti in un appalto di servizi, a seconda del fatto che lo stesso sia connesso, o non, a una precedente cessione di ramo d'azienda, esporrebbe inevitabilmente la norma a censura di legittimità costituzionale per violazione del principio di eguaglianza; del resto non può ritenersi che nello spazio di due norme quasi contigue il legislatore del 2003, che con l'art. 32 voleva aggiungere garanzie nelle vicende di esternalizzazione, abbia inteso ridurre quanto appena riconosciuto nell'art. 29: si deve perciò concludere che la regola dell'art. 32 si affianchi a quella dell'art. 29, senza affatto derogarvi, e che i lavoratori provenienti dal ramo d'azienda ceduto, impiegati in un appalto di servizi col cedente/committente, godano anche della solidarietà piena (senza il limite del debito tra le imprese) per i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali (Ichino 2003, par. 32).

Ciò premesso, deve dunque stabilirsi quale sia il contenuto della garanzia dell'ultimo comma dell'art. 2112, anche per rispondere all'interrogativo di quale sia il senso della previsione atteso che l'art. 1676 c.c., in quanto norma generale, deve ritenersi applicabile per forza propria ad ogni appalto. La risposta può trarsi dal richiamo delle descritte finalità del legislatore - introdurre garanzie aggiuntive per gli appalti post-esternalizzazione - e dall'attenta analisi del (mal formulato) disposto legislativo, che criteri di interpretazione sistematica e di coerenza costituzionale impongono di leggere alla luce della legge delega. Quest'ultima, infatti, non prevedeva affatto di applicare l'art. 1676 agli appalti connessi a una cessione di ramo (previsione che sarebbe stata del tutto pleonastica, essendo la norma del codice applicabile per forza propria) ma invitava il legislatore delegato a introdurre una regola di solidarietà "nei limiti", ma non coi contenuti, dell'art. 1676: il rinvio alla norma codicistica non vale dunque per ogni aspetto di disciplina, ma solo per quello relativo al limite del credito azionabile in via solidale verso il committente, che non può superare quanto dovuto da questi all'appaltatore.

La pessima formula adottata in sede d'attuazione della delega deve dunque essere interpretata in tal senso, e alla luce delle finalità della riforma. In mancanza di un più analitico sviluppo della disciplina, deve ritenersi a mio parere che il sesto comma dell'art. 2112 preveda, per i casi di cessione di ramo d'azienda, *una fattispecie autonoma di obbligazione solidale*: cioè un'ampia obbligazione solidale del cedente/committente verso tutti i lavoratori ceduti, responsabilità che permarrà nel tempo sino a quanto il cedente intrattenga col cessionario rapporti di articolazione contrattuale dell'attività d'impresa. La collocazione della regola nello stesso art. 2112 (e non nella rinnovata disciplina degli appalti) induce a ritenere che la garanzia si indirizzi a tutti i lavoratori già dipendenti del cedente, a prescindere dal fatto che siano poi impiegati nell'attività appaltata (Biagi, Tiraboschi 2003, p. 487), poiché tale garanzia si proietta nel periodo successivo al trasferimento ma trova in questo la propria ragione: con il che si è individuato un primo significato di tutela aggiuntiva rispetto alla regola codicistica.

Quanto al problema della connessione temporale dell'appalto con la precedente cessione di ramo d'azienda, esso va risolto con ragionevolezza: se pare evidente il riferimento del legislatore a vicende nelle quali l'appalto succede alla cessione senza soluzione di continuità, tale requisito non può essere assunto in maniera formalistica, pena la facilissima elusione della disciplina. Dunque, la garanzia opererà ogni qualvolta permanga, anche a distanza di qualche tempo, una connessione tecnico-funzionale tra l'operazione imprenditoriale di cessione e il successivo appalto; non invece quando l'appalto sia frutto di un nuovo 'incontro' nel futuro tra le due imprese, tale da non presupporre quel nesso di dipendenza funzionale ed economica tra i due soggetti, scaturente dalla precedente esternalizzazione, che il legislatore sembra aver avuto in mente.

In secondo luogo - e ancora in senso aggiuntivo rispetto ad altre disposizioni -, l'obbligazione solidale opererà con riferimento a ogni credito del lavoratore, per qualsiasi titolo connesso al rapporto di lavoro, proprio perché la legge intende rafforzare le garanzie del dipendente 'estromesso' dal precedente contesto aziendale, ma ceduto a un'impresa i cui rapporti di mercato sono ancora 'condizionati' dall'originario datore di lavoro: con il che l'ultimo comma dell'art. 2112 assume un significato diverso e parzialmente migliorativo rispetto alla garanzia dettata per gli appalti di servizi dall'art. 29 D.Lgs. 276⁴⁴, ed evita ogni dubbio connesso

⁴⁴ Il quale invece, appunto per i soli appalti di servizi e, sembrerebbe, per i soli lavoratori addetti all'attività appaltata, prevede una garanzia più ridotta quanto ai contenuti - i soli crediti retributivi e il diritto al versamento dei contributi - ma più estesa quanto

al dibattito sulla latitudine della garanzia ex art. 1676 c.c. (per quanto, anche con riferimento alla norma codicistica, appaia più corretta la lettura che estende la garanzia a ogni credito del lavoratore: Marinelli 2002, p. 140).

Credo che la lettura ora esposta dia un senso a una norma altrimenti oscura o dagli esiti irragionevoli: certamente rimane il fatto della debolezza della garanzia attribuita dal legislatore, per l'operare del rinvio all'art. 1676 per l'aspetto relativo al limite di esigibilità diretta dei crediti, connesso al debito attuale del committente verso l'appaltatore. Anche tale limite, tuttavia, può apparire meno pesante alla luce della ricostruita *ratio* della norma: se questa intende disciplinare un rapporto dinamico nel tempo, garantendo i dipendenti dell'appaltatore in una situazione di articolazione contrattuale dell'attività di impresa, nella quale sono passati alle dipendenze del soggetto presumibilmente più debole ed economicamente dipendente, si può presumere che il committente abbia un interesse imprenditoriale alla prosecuzione di tale modalità operativa, così da rinnovare nel tempo il debito verso l'appaltatore sul quale possono contare i dipendenti di quest'ultimo per l'eventuale attivazione della garanzia.

8. Bibliografia

- AIDLASS (2000), *Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Atti delle Giornate di Studio di Trento, 5-6 giugno 1999, Milano: Giuffrè.
- Aimo M. (1999), *Il trasferimento di azienda tra diritto comunitario e diritto interno: le garanzie individuali dei lavoratori*, in *RGL*, 4, 839.
- Ballestrero M.V. (2001), *Servizi pubblici e trasferimento d'azienda. Il trattamento economico e normativo dei lavoratori*, in *LD*, 2, 279.
- Ballestrero M.V. (2002), *Trasferimento d'azienda e trattamento dei lavoratori*, in *LD*, 2, 201.
- Biagi M., Tiraboschi M. (2003), *Istituzioni di diritto del lavoro*, II ed., Milano: Giuffrè.
- Casale D. (2003), *Le esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni fra trasferimento di funzioni e gestione delle eccedenze*, in *LPA*, 945.
- Cascioli S. (2001), *Il trasferimento d'azienda e la rilevanza del consenso del lavoratore alla cessione del contratto*, in *D&L*, 3, 563.
- Castelvetri L. (1997), *Una nuova prospettiva teorica per gli usi aziendali*, in *ADL*, p. 161.

all'azionabilità della medesima, che non incontra il limite del debito del committente verso l'appaltatore.

- Castelvetri L. (2000a), *Trattamenti normativi e contratto collettivo applicabile nel trasferimento d'azienda*, in *RGL*, 11, 345.
- Castelvetri L. (2000b), *Ma l'uso aziendale esiste?*, in *RIDL*, 2, p. 608.
- Cester C. (2001), *Trasferimento d'azienda e rapporti di lavoro: la nuova disciplina*, in *LG*, 6, 505.
- Cester C. (2004), *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 *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, coordinato da F. Carinci, 11, Milano: Ipsoa, 238.
- Cester C., Miscione M., Zoli C. (1998), *Le fonti del diritto del lavoro*, in *Diritto del lavoro. Commentario*, diretto da F. Carinci, 1, Torino: Utet, CVII.
- Chisari C. (2004), *Cessione di ramo d'azienda, appalto e solidarietà*, in De Luca Tamajo R., Rusciano M., Zoppoli L. (a cura di), *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema*, Napoli: Editoriale Scientifica, 587.
- Cinelli M. (1991), *Trasferimenti d'azienda, trasformazioni di impresa e previdenza integrativa*, in *RIDL*, 1, p. 272.
- Cinelli M. (2002), *Trasferimento o conferimento di attività economica organizzata, principio di mantenimento e diritti dei lavoratori e previdenza*, in *RDSS*, 1, 9.
- Ciucciovino S. (2002), *La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il d.lgs. 18/2001*, in De Luca Tamajo (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 83.
- Corazza L. (1997), *Appunti in tema di obbligazioni solidali e rapporti di lavoro*, in *RIDL*, 1, 1, 77.
- Corazza L. (2003), *"Contractual integration" e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, Trento: ed. provv.
- Cosio R. (1995), *Discipline del trasferimento d'azienda. Differenziazione e unità dell'ordinamento giuridico*, Milano: Franco Angeli.
- Cosio R. (2002), *Il trasferimento d'impresa: dal d.leg. 18/01 al Patto per l'Italia*, in *FI*, 1, 2280.
- De Luca Tamajo R. (2002), *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in De Luca Tamajo (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 9.
- De Marchis C. (2001), *Aspetti vecchi e nuovi del trasferimento d'azienda alla luce del decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 18*, in *RGL*, 2, 113.

- De Simone G. (2001), *La 'privatizzazione' dei servizi pubblici locali, tra norme speciali e disciplina del trasferimento d'azienda*, in *LD*, 2, 257.
- Del Conte M. (1998), *Crediti del lavoratore e responsabilità del cessionario e del cedente nel trasferimento d'azienda, ai sensi dell'art. 2112, secondo comma, c.c.*, in *MGL*, 238.
- Frediani M. (2002), *Ancora sul consenso del lavoratore nel trasferimento d'azienda*, in *LG*, 4, 3.
- Gandi S. (2000), *Usi aziendali: prime conferme al revirement della Cassazione*, in *OGL*, 4, p. 71.
- Ghera E. (1988), *Forme speciali e integrative di previdenza sociale*, in *DL*, I, p. 115.
- Grandi M. (1972), *Le modificazioni del rapporto di lavoro. I. Le modificazioni soggettive*, Milano: Giuffrè.
- Grandi M. (s.d.), *Trasferimento d'azienda (dir. Lav.)*, *EGT*, agg., vol. IV.
- Ichino P. (2003), *La somministrazione di lavoro*, in corso di pubbl. in *Comm. Zanichelli d.lgs. 276/2003*.
- Lambertucci P. (1999), *Le tutele del lavoratore nella circolazione dell'azienda*, Torino: Giappichelli.
- Lambertucci P. (2000), *Area contrattuale e autonomia collettiva*, in *AIDLASS (2000), Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo*, Atti delle Giornate di Studio di Trento, 5-6 giugno 1999, Milano: Giuffrè, 87.
- Lepore A. (2001), *Trasferimento del ramo d'azienda e diritto di opposizione del lavoratore alla sua cessione (anche con riferimento al nuovo articolo 2112 cod. civ. in attuazione della Direttiva comunitaria n. 98/50)*, in *RGL*, II, 356.
- Liebman S. (1991), *Individuale e collettivo nel rapporto di lavoro: il problema degli "usi aziendali" nella giurisprudenza della Cassazione*, in *DRI*, 1, 141.
- Liebman S. (1995), *Gli "usi aziendali" davanti alle Sezioni Unite della Cassazione: l'occasione per un bilancio (e per alcune puntualizzazioni)*, in *ADL*, 1, 215.
- Liebman S. (1997), *Ancora in tema di usi aziendali e contrattazione collettiva* in *MGL*, 1, 7.
- Liebman S. (2000), *Comportamenti unilaterali dell'imprenditore, usi aziendali e teoria delle fonti di regolamentazione del rapporto di lavoro*, 6, 594.
- Luciani V. (2004), *Trasferimento d'azienda e tutela dei lavoratori: il bilanciamento di interessi nell'evoluzione dell'art. 2112 c.c.*, in De Luca Tamajo R., Rusciano M., Zoppoli L. (a cura di), *Mercato del*

- lavoro: riforma e vincoli di sistema*, Napoli: Editoriale Scientifica, 561.
- Lunardon F. (1999), *Avvicendamento delle discipline collettive e continuità del rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, in *MGL*, 11, 1142.
- Luzzana M. (1998), *Responsabilità solidale per i crediti di lavoro nel trasferimento d'azienda e continuazione dei rapporti nel testo novellato dell'art. 2112 c.c.*, in *OGL*, 120.
- Magrini S. (1980), *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Milano: Giuffrè.
- Mainardi S. (2003), *"Azienda" e "ramo d'azienda": il trasferimento nel d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, in *DLM*, 3, 683.
- Maresca A. (2001), *Le <novità> del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda*, in *ADL*, n. 2, 587.
- Marinelli M. (2002), *Decentramento produttivo e tutela dei lavoratori*, Torino: Giappichelli.
- Mazziotti F. (2004), *Trasferimento d'azienda e tutele dei lavoratori*, in De Luca Tamajo R., Rusciano M., Zoppoli L. (a cura di), *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema*, Napoli: Editoriale Scientifica, 617.
- Miani Canevari F. (2001), *Svolgimenti recenti della giurisprudenza costituzionale e contributo all'evoluzione del sistema previdenziale*, in *RDSS*, 1, p. 186.
- Minervini G. (1958), *Contro la 'funzionalizzazione' dell'impresa privata*, in *RDC*, 618.
- Novella M. (2001), *Aspetti giuslavoristici delle trasformazioni dei servizi pubblici locali*, in *LD*, 2, 207.
- Pappalardo F. (2004), *La modifica delle condizioni di lavoro nel diritto comunitario*, Università di Ferrara, tesi di dottorato di ricerca.
- Passalacqua P. (2002), *Corte di Giustizia, trasferimento d'impresa e previdenza: riflessi nell'ordinamento interno e problematiche aperte*, in *RDSS*, 2, p. 533.
- Persiani M. (1992), *Trasferimento di imprese e regimi previdenziali*, in AA.VV. *La trasformazioni aziendali in vista del mercato europeo*, in *NGL suppl.*, p. 74.
- Petrassi M. (1998), *Trasferimento di ramo di azienda e trasferimento parziale dei dipendenti ad esso addetti*, in *ADL.*, n. 3, 917.
- Piccininno S. (1992), *La disciplina comunitaria del trasferimento d'azienda e la previdenza complementare*, in AA.VV. *La trasformazioni aziendali in vista del mercato europeo* in *NGL suppl.*, p. 268

- Poso V. (2002), *Una premessa assai discutibile e una conclusione errata a proposito della natura retributiva dei trattamenti pensionistici integrativi aziendali*, in *RIDL*, II, 312.
- Prosperetti G. (1989), *L'efficacia dei contratti collettivi nel pluralismo sindacale*, Milano: Franco Angeli.
- Quadri G. (2003), *I limiti all'applicabilità dell'art. 2112 c.c. ai processi di 'esternalizzazione'*, in *DML*, 1-2, 307.
- Rivara A. (1999), *La direttiva sull'informazione: problemi di effettività dei diritti*, in *DLRI*, 134.
- Roccella M. (2004), *Manuale di diritto del lavoro*, Torino: Giappichelli.
- Romagnoli U. (1960), *Natura giuridica dei fondi di previdenza (art. 2117 c.c.)*, in *RTDPC*, 2, 858.
- Romei R. (1993), *Il rapporto di lavoro nel trasferimento dell'azienda. Art. 2112*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, Milano: Giuffrè.
- Romei R. (1998), *La responsabilità solidale per i crediti di lavoro in caso di trasferimento di azienda al vaglio della giurisprudenza*, in *RIDL*, II, 765.
- Romei R. (2000), *Cessione di ramo d'azienda e appalti*, in *AIDLASS*, 2000, 139.
- Salimbeni M.T. (2004), *Trasferimento d'azienda e conservazione dei diritti dei lavoratori*, in De Luca Tamajo R., Rusciano M., Zoppoli L. (a cura di), *Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema*, Napoli: Editoriale Scientifica, 599.
- Santoro Passarelli G. (2003), *Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento d'azienda e di ramo d'azienda*, in *RIDL*, 2, I, 189.
- Scarpelli F. (1997), *I licenziamenti collettivi. La nozione e il controllo del giudice*, in *QDLRI*, n. 19, 29.
- Scarpelli F. (1999a), *Esternalizzazioni e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, *DRI*, 3, 351.
- Scarpelli F. (1999b), *Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni. Le opinioni di (Mariella Magnani e) Franco Scarpelli*, *DLRI*, 82-83, 491.
- Scarpelli F. (1999c), *Diritti di informazione individuali e collettivi: l'incidenza sulla configurazione del contratto di lavoro*, *RGL*, 2, 271.
- Scarpelli F. (2003), *Nozione di trasferimento di ramo d'azienda e rilevanza del consenso del lavoratore*, in *RIDL* 1, II, 150.
- Scarpelli F. (2004), *Commento all'art. 29*, in corso di pubbl. in *Commentario al d.lgs. 276/2003* diretto da E. Gragnoli e A. Perulli, Padova: Cedam.
- Spagnuolo Vigorita L. (1995), *Obiettivi collettivi e strumenti contrattuali. I diritti acquisiti in tema di pensione integrativa*, in *ADL*, 2, 17.

- Stancanelli A. (2003), *Articolo 31*, in AA.VV., *L'impiego pubblico. Commento al d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165*, Milano: Giuffrè, 613.
- Tursi A. (1994), *Riflessioni sulla nuova disciplina della previdenza complementare*, in *ADL*, 1, p. 77.
- Tursi A. (1996), *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, Torino: Giappichelli.
- Tursi A. (2001), *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale. Fattispecie e disciplina giuridica*, Milano: Giuffrè.
- Tursi A. (2002), *La natura giuridica e la disciplina legale dell'obbligazione contributiva del datore di lavoro nelle forme pensionistiche complementari*, in *RPPP*, 4, 489.
- Tursi A. (2003), *Previdenza complementare e trasferimento d'impresa*, in *RIDL*, 2, 397.
- Valente L. (2002), *Uso aziendale e agevolazioni tariffarie: quando un comportamento liberale del datore di lavoro diventa obbligatorio per l'azienda*, in *RGL*, 2, 227.
- Vallauri M.L. (2002), *Studio sull'oggetto del trasferimento ai fini dell'applicazione del nuovo art. 2112 c.c.*, in *LD*, n. 4, 629.
- Villani G. (2000), *Trasferimento d'azienda. Profili di diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Torino: Utet.
- Waquet Ph. (1996), *La modification du contrat de travail e le changement des conditions de travail*, in *RJS*, 12, 791.